

Audiencia Provincial Civil de Madrid
Sección Vigésimooctava
C/ Gral. Martínez Campos, 27 , Planta 1 -
28010
Tfno.: 914931988
37007740
N.I.G.: 28.079.00.2-2013/0006414



ROLLO DE APELACIÓN Nº 372/2013

Procedimiento de origen: Incidente concursal nº 539/2012 (dimanante del concurso nº 364/10).
Órgano de Procedencia: Juzgado de lo Mercantil nº 10 de Madrid.

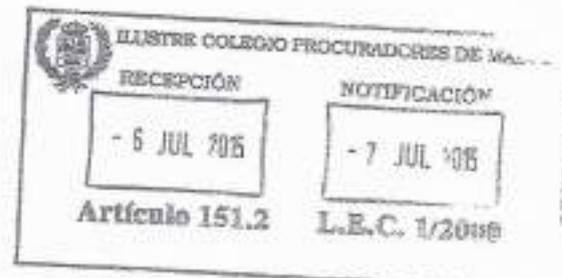
Parte apelante: "BANKIA, S.A."
Procurador/a: Doña Marta Ortega Cortina.
Letrado/a: Don

Parte apelada: DOÑA

Procurador/a: Doña Ana Alberdi Berriatúa.
Letrado/a: Don Jorge Muñoz Gómez.

Parte apelada: ADMINISTRACIÓN CONCURSAL DE LA ENTIDAD "TRAVELTUR HOTELS & RESORTS S.L. EN LIQUIDACIÓN"

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:
D. ENRIQUE GARCÍA GARCÍA
D. ALBERTO ARRIBAS HERNÁNDEZ
D. PEDRO MARÍA GÓMEZ SÁNCHEZ



SENTENCIA nº 181/2015

En Madrid, a veintiséis de junio de dos mil quince.

En nombre de S.M. el Rey, La Sección Vigésima Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, integrada por los ilustrísimos señores magistrados antes relacionados ha visto el recurso de apelación, bajo el núm. de rollo 372/2013, interpuesto contra la sentencia de fecha 18 de enero de 2013, recaída en el incidente concursal nº 539/2012 del concurso de acreedores nº 364/2010, seguido ante el Juzgado de lo Mercantil nº 10 de Madrid.

Han sido partes en el recurso, como apelante, la entidad "BANKIA, S.A."; y como apelados, DOÑA I

I todos ellos defendidos y representados por los profesionales antes relacionados, sin que haya comparecido en esta alzada la administración concursal de la entidad "TRAVELTUR HOTELS & RESORTS S.L., EN LIQUIDACIÓN".

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Las actuaciones procesales se iniciaron mediante escrito de demanda presentado por doña I

Fernández, contra la concursada "TRAVELTUR HOTELS & RESORTS" y "BANKIA, S.A." (antes, CAJA DE AHORROS DE VALENCIA, CASTELLÓN Y ALICANTE, BANCAJA) por, en el que, tras exponer los hechos que estimaba de interés y alegar los fundamentos jurídicos que consideraba que apoyaban su pretensión, suplicaba al Juzgado que dictase sentencia con los siguientes pronunciamientos:

1º La nulidad del contrato suscrito por mis mandantes en fecha 7 de septiembre de 2008 con la demandada TRAVELTUR HOTELS & RESORTS SL, número GB 290/2008, de aprovechamiento por turno y prestación de servicios del apartamento número 262, sito en el complejo Residencial Albir Garden, sito en el término de Alfaz del Pi, o partida Guixa, hoy Camino Viejo de Altea 29.

2º La de nulidad de la póliza de préstamo núm. 39195200516586, suscrita por mi mandante el Sr. en fecha 8 de septiembre de 2008 con BANKIA por importe de 16.050 euros, por tratarse de un contrato vinculado, condenando a esta última a restituir a mi mandante todas las cantidades abonadas por éste con motivo de dicho préstamo, con más los intereses legales.

3.- La expresa condena en costas.

SUBSIDIARIAMENTE, en el supuesto de no estimar íntegramente la pretensión principal acuerde la nulidad de ambos contratos, pero sin la condena a Bankia en la obligación de restituir a mi mandante el Sr. [redacted] todas las cantidades por éste abonadas con motivo del contrato de la póliza de préstamo.”.

SEGUNDO.- Tras seguirse el juicio por sus trámites el Juzgado de lo Mercantil dictó sentencia con fecha 18 de enero de 2013, aclarada por auto de fecha 31 de enero de 2013, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor:

“SE ESTIMA LA PETICIÓN PRINCIPAL DEL PUNTO UNO Y LA SUBSIDIARIA DEL PUNTO DOS DEL SUPPLICO DE LA DEMANDA presentada por ANA ALBERDI BERRIATUA, Procuradora de los Tribunales, en nombre y representación de [redacted] y [redacted]

O contra TRAVELTUR HOTELS & RESORTS S.L. y contra la CAJA DE AHORROS DE VALENCIA, CASTELLÓN Y ALICANTE, BANKIA (sic), y de BANKIA, S.A.U. representada por la Procuradora de los Tribunales D^a Marta Ortega Cortina y en consecuencia:

- SE DECLARA LA NULIDAD

1.- Del contrato suscrito por la actora en fecha 7 de septiembre de 2008 con la demandada Traveitur Hotels & Resorts SL., número GB 290/2008, de aprovechamiento por turno y prestación de servicios del apartamento número 262, sito en el complejo Residencial Albir Garden, en el término de Alfaz del Pi, o partida Guixa, hoy Comino Viejo de Altea 29, y, en consecuencia, la concursada deberá devolver la cantidad de 16.050 euros.

2.- Y de la póliza de préstamo núm. 39195200516586, suscrita por la actora en fecha 8 de septiembre de 2008 con BANKIA por importe de 16.050 euros.”.

TERCERO.- “BANKIA, S.A.” interpuso recurso de apelación contra la meritada sentencia, el cual, admitido por el Juzgado, con oposición de los demandantes, ha dado lugar a la formación del presente rollo ante esta sección de la Audiencia Provincial de Madrid, que se ha seguido con arreglo a los de su clase, señalándose para su deliberación, votación y fallo el día 25 de junio de 2015.

CUARTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

Ha actuado como ponente el Ilmo. Sr. Magistrado don Alberto Arribas Hernández, que expresa el parecer del tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La presente litis tiene origen en la demanda promovida por doña Purificación González Lavandeira y don Manuel Francisco Verduzco Gonzalo contra la concursada "TRAVELTUR HOTELS & RESORTS" y la entidad "BANKIA, S.A." (como sucesora de la entidad "BANCAJA, CAJA DE AHORROS DE VALENCIA, CASTELLÓN Y ALICANTE"), con el fin de que se declarase la nulidad tanto del contrato de adquisición de derecho sobre inmuebles en régimen de aprovechamiento por turno que celebraron con la primera de las entidades señaladas el 7 de septiembre de 2008, como del contrato de préstamo concertado con la segunda entidad el 8 de ese mismo mes para financiar la adquisición de aquel derecho, solicitando la condena de la entidad "BANKIA, S.A." a la restitución a los demandantes de todas las cantidades abonadas por éstos con motivo de dicho préstamo. Subsidiariamente, se solicitaba la nulidad de ambos contratos sin condena a la entidad financiera a restituir las cantidades abonadas por los demandantes.

La sentencia de primera instancia estimó la demanda declarando la nulidad del primer contrato al apreciar la concurrencia de dolo como vicio del consentimiento -sin perjuicio de desarrollar otros argumentos, a mayor abundamiento, sobre la ineficacia del contrato por inexistencia de objeto-, así como la nulidad del contrato de financiación, por su carácter vinculado con el primero, en aplicación del artículo 14.2 de la Ley de Crédito al Consumo. También se acuerda en la sentencia que la concursada devuelva a los demandantes la cantidad de 16.050 euros, sin que nadie haya censurado la posible incongruencia de la resolución en este particular a la vista de las peticiones contenidas en la demanda.

Como ya advertimos en las sentencias de este tribunal de fecha 13 de enero de 2014 (rollo 535/12) y de 21 de febrero de 2014 (rollo 564/12), por las que resolvimos sendos recursos con objeto similar al de la presente apelación con relación a dos contratos de aprovechamiento por turno y de financiación suscritos por otros adquirentes con la ahora concursada, resulta conveniente precisar, a fin de delimitar el objeto del debate que ha quedado subsistente en esta segunda instancia, que, así como en su contestación a la demanda "BANKIA S.A." se opuso íntegramente a la totalidad de las pretensiones ejercitadas en la demanda, incluida la referente a la ineficacia del contrato de aprovechamiento por turno, el objeto de su recurso es más limitado.

Así, en el encabezamiento del recurso el apelante nos indica que impugna: "...expresamente el FALLO que contiene frente a mi representada y la pretensión deducida contra ella, exclusivamente, al estimar la petición subsidiaria del punto dos del suplico de al demandada...", y, de modo coherente con ese planteamiento inicial, lo que pide en el suplico de dicho escrito es que este tribunal dicte sentencia revocatoria en cuya virtud: "...desestime íntegramente la demanda planteada frente a mi representada...". Pues bien, como quiera que tanto la demanda como la sentencia que la acoge supeditan en todo momento la suerte de la pretensión ejercitada contra "BANKIA S.A." (la relativa a la ineficacia del contrato de préstamo) a la suerte que haya de correr, merced a su vinculación, la pretensión ejercitada contra la concursada (la relativa a la ineficacia del contrato de aprovechamiento por turno), es patente que el pronunciamiento de dicha sentencia por el que se declara la nulidad del contrato de aprovechamiento es gravoso para "BANKIA S.A." y confería a esta entidad legitimación plena para recurrirlo.

En consecuencia, si, frente a esa posibilidad, "BANKIA S.A." ha decidido no recurrir tal pronunciamiento y dejar que el mismo adquiera firmeza, la nulidad del contrato de aprovechamiento por turno es un dato del que debemos forzosamente partir en el desarrollo de cualquier análisis, sin que tenga el menor sentido, por tal motivo, que, pese a no recurrirlo, "BANKIA S.A." haya pretendido resucitar en una parte de la fundamentación de su recurso el fenecido debate concerniente a la validez o nulidad de tal contrato. Significa ello, en definitiva, como indicábamos en las resoluciones antes citadas, que el objeto de la presente resolución ha de quedar circunscrito al

examen de las razones por las que dicha apelante considera desacertados aquellos razonamientos de la sentencia apelada a través de los cuales, merced a la vinculación que aprecia entre ellos, se proyecta sobre el contrato de préstamo en el que "BANKIA S.A." sí fue parte el pronunciamiento anulatorio referente al contrato de aprovechamiento por turno celebrado con TRAVELTUR y para cuya financiación se concertó aquél.

SEGUNDO.- Como ya hemos adelantado, se reproducen aquí algunas de las cuestiones que ya fueron objeto de examen por este tribunal con ocasión de las sentencias de este tribunal de fecha 13 de enero de 2014 (rollo 535/12) y de 21 de febrero de 2014 (rollo 564/12).

No se aprecian, más allá de los datos relativos a la identidad de los demandantes y fechas de los contratos, matices dignos de mención. En tal tesitura, se impone aquí la misma respuesta que ya dimos con ocasión de los anteriores recursos de apelación. A continuación reproducimos la fundamentación desarrollada en las anteriores resoluciones que resulta igualmente aplicable al supuesto ahora enjuiciado.

"SEGUNDO - *Para analizar convenientemente la problemática que BANKIA S.A. plantea consideramos de interés transcribir a continuación los particulares de aquellos preceptos legales cuyo aparente conflicto genera tal problemática. Son los siguientes:*

A) -De la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias (su texto es el aplicable al caso por haber estado dicha ley vigente hasta el 18 de marzo de 2012):

-Art. 10.- Desistimiento y resolución del contrato.

"1. El adquirente de derechos de aprovechamiento por turno tiene un plazo de diez días, contados desde la firma del contrato, para desistir del mismo a su libre arbitrio. Si el último día del mencionado plazo fuese inhábil, quedará excluido del cómputo, el cual terminará el siguiente día hábil. Ejercitado el desistimiento, el adquirente no abonará indemnización o gasto alguno.

En el caso de que haya falta de veracidad en la información suministrada al adquirente, éste podrá, sin perjuicio de la responsabilidad penal en que hubiera podido incurrir el transmitente y sin perjuicio de lo establecido en el párrafo anterior, instar la acción de nulidad del contrato conforme a lo dispuesto en los artículos 1.300 y siguientes del Código Civil.

2. Si el contrato no contiene alguna de las menciones o documentos a los que se refiere el artículo 9, o en el caso de que el adquirente no hubiera resultado suficientemente informado por haberse contravenido la prohibición del artículo 8.1, o incumplido alguna de las obligaciones de los restantes apartados de ese mismo artículo, o si el documento informativo entregado no se correspondía con el archivado en el Registro, el adquirente podrá resolverlo en el plazo de tres meses, a contar desde la fecha del contrato, sin que se le pueda exigir el pago de pena o gasto alguno”.

-Art. 12.- Régimen de préstamos a la adquisición.

“Los préstamos concedidos al adquirente por el transmitente o por un tercero que hubiese actuado de acuerdo con él quedarán resueltos cuando el primero desista o resuelva en alguno de los casos previstos en el artículo 10”.

B)- De la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al consumo. (su texto es el aplicable al caso por haber estado vigente hasta el 25 de septiembre de 2011):

-Art. 1. Ámbito de aplicación.

“1. La presente Ley se aplicará a los contratos en que una persona física o jurídica en el ejercicio de su actividad, profesión u oficio, en adelante empresario, concede o se compromete a conceder a un consumidor un crédito bajo la forma de pago aplazado, préstamo, apertura de crédito o cualquier medio equivalente de financiación, para satisfacer necesidades personales al margen de su actividad empresarial o profesional.

2. A los efectos de esta Ley se entenderá por consumidor a la persona física que, en las relaciones contractuales que en ella se regulan, actúa con un propósito ajeno a su actividad empresarial o profesional.

3. No se considerarán contratos de créditos los que consistan en la prestación de servicios, privados o públicos, con carácter de continuidad, y en los que asista al

consumidor el derecho a pagar tales servicios a plazos durante el periodo de su duración".

-Art. 14-2. Eficacia de los contratos vinculados a la obtención de un crédito.

"2. La ineficacia del contrato, cuyo objeto sea la satisfacción de una necesidad de consumo, determinará también la ineficacia del contrato expresamente destinado a su financiación, cuando concurren las circunstancias previstas en los párrafos a), b) y c) del apartado 1 del artículo 15, con los efectos previstos en el artículo 9".

-Art. 15. Derechos ejercitables en los contratos vinculados.

"1. El consumidor, además de poder ejercitar los derechos que le correspondan frente al proveedor de los bienes o servicios adquiridos mediante un contrato de crédito, podrá ejercitar esos mismos derechos frente al empresario que hubiera concedido el crédito, siempre que concurren todos los requisitos siguientes:

a.-Que el consumidor, para la adquisición de los bienes o servicios, haya concertado un contrato de concesión de crédito con un empresario distinto del proveedor de aquéllos.

b.-Que entre el concedente del crédito y el proveedor de los bienes o servicios, salvo que se trate de aquellos previstos en el párrafo siguiente de la presente letra, exista un acuerdo previo, concertado en exclusiva, en virtud del cual aquél ofrecerá crédito a los clientes del proveedor para la adquisición de los bienes o servicios de éste.

En el caso de que se provean servicios de tracto sucesivo y prestación continuada, que entre el concedente del crédito y el proveedor de los mismos exista un acuerdo previo en virtud del cual aquél ofrecerá crédito a los clientes del proveedor para la adquisición de los servicios de éste.

El consumidor dispondrá de la opción de concertar el contrato de crédito con otro concedente distinto al que está vinculado el proveedor de los bienes y servicios en virtud de acuerdo previo.

c.- Que el consumidor haya obtenido el crédito en aplicación de acuerdo previo mencionado anteriormente...".

A partir de ese panorama normativo, dos son las cuestiones que la apelante BANKIA S.A. plantea:

1.- Como quiera que la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno constituye ley especial con relación a la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo, el hecho de que no pueda aplicarse al caso el automatismo previsto en el Art. 12 de la primera de ellas en cuanto a la ineficacia del crédito ligado al contrato de adquisición por no encontramos ante el ejercicio de la facultad de desistimiento o de la resolución previstas en el Art. 10 de la misma ley no significa -entiende dicha apelante- que pueda aplicarse al caso el régimen de ineficacia por vinculación del Art. 14-2 de la Ley 7/1995 de Crédito al Consumo.

2.-...

TERCERO.- Aplicabilidad o inaplicabilidad de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al consumo.-

El ámbito de aplicación de la Ley de Crédito al Consumo es, de acuerdo con su Art. 1, el de los contratos en los que una persona física o jurídica en el ejercicio de su actividad, profesión u oficio (empresario), concede o se compromete a conceder a un consumidor un crédito bajo la forma de pago aplazado, préstamo, apertura de crédito o cualquier medio equivalente de financiación, para satisfacer necesidades personales al margen de su actividad empresarial o profesional, entendiéndose a estos efectos por consumidor la persona física que, en las relaciones contractuales que en ella se regulan, actúa con un propósito ajeno a su actividad empresarial o profesional. No parece dudoso que los demandantes responden a este perfil en relación con la financiación del acto adquisitivo de derechos de aprovechamiento al que se contrae el presente litigio, y tampoco se ha cuestionado que el contrato en que se pacta esa financiación encaja conceptualmente dentro del ámbito objetivo que delimita dicha norma.

Sometiendo el Art. 14-2 de esta ley a determinados requisitos o condicionamientos la ineficacia del contrato de crédito que haya de ser consecutiva a la ineficacia del contrato adquisitivo para cuya financiación se celebra aquel, con posterioridad se promulgó, para el ámbito específico de los contratos adquisitivos de derechos sobre inmuebles en régimen de aprovechamiento por turno, la Ley 42/1998 de 15 de diciembre. Ley ésta que, para determinados supuestos de ineficacia del contrato adquisitivo -los provocados por el especial derecho de desistimiento que regula o de resolución fundada en ciertas causas que contempla en su Art. 10-, establece un

peculiar régimen de automatismo para la operatividad de la ineficacia del contrato de financiación vinculado al acto adquisitivo (Art. 12). Este régimen singular se caracteriza por dispensar al consumidor de la necesidad de justificar la presencia de los requisitos que con carácter general exigía el Art. 14-2 de la Ley de Crédito al Consumo (los previstos en las letras "a", "b" y "c" de su Art. 15) a la hora de impetrar la ineficacia acumulada y vinculada del contrato de crédito, y todo ello en el evidente ánimo, que imponía la normativa europea de armonización, de brindar al consumidor, en determinadas hipótesis en las que se juzgaba que este se encontraba una posición especialmente vulnerable, un grado de protección más intenso del que derivaba del Art. 14-2 de la Ley de Crédito al Consumo.

Compartimos, por lo tanto, el punto de vista de la apelante cuando alega que el Art. 12 de la Ley 42/1998 es norma especial -y de preferente aplicación- con respecto al Art. 14-2 de la Ley 9/1995, pero, disintiendo de su parecer, consideramos que en lo que se traduce esa especialidad es únicamente en la aplicabilidad al consumidor que adquiere derechos de aprovechamiento por turno del régimen de automatismo singularmente benigno que en su provecho instaure el primero de dichos preceptos legales cuando se dan las circunstancias especiales que el mismo contempla (que la ineficacia del contrato adquisitivo provenga de las hipótesis de desistimiento o de resolución reguladas en el Art. 10). Lo que significa, en el mejor de los casos para la apelante, que, caso de no darse tales circunstancias, el consumidor no podría beneficiarse de ese régimen especial, pero no que se encuentre privado también de la facultad de hacer valer la ineficacia del contrato de crédito que con carácter general instaure, siempre que esté comprendido dentro del ámbito conceptual del Art. 1 de la Ley 7/1995 de Crédito al Consumo, el Art. 14-2 de esta última; facultad menos tuitiva o más rigurosa -se insiste- que la que regula Ley 42/1998 en tanto que se encuentra sometida a ciertos condicionamientos cuya concurrencia no exige esta última ley en las especiales hipótesis que contempla.

En tal sentido, señala la sentencia de la Sección 21ª de esta Audiencia Provincial de Madrid de 25 de junio de 2013 lo siguiente: "Dispone el artículo 12 de la Ley 42/1998 que los préstamos concedidos al adquirente por el transmitente o por un tercero que hubiese actuado de acuerdo con él quedarán resueltos cuando el primero desista o resuelva en alguno de los casos previstos en el artículo 10, y aunque este precepto

sólo se refiere al desistimiento o resolución del contrato parecería aplicable analógicamente a los supuestos de nulidad contractual, aunque en cualquier caso y como ya expusimos en nuestra sentencia de 8 de mayo de 2012 la solución es la misma aplicando la Ley de Crédito al Consumo 7/1995 ...”.

Y en la sentencia de 7 de mayo de 2013 el mismo tribunal razonaba del siguiente modo: “La dicción literal de este artículo 12 ha suscitado la duda de si es de aplicación a la acción de nulidad del párrafo segundo del apartado 2 del artículo 10. Duda que ha sido resuelta de manera dispar en las sentencias dictadas por las diferentes Audiencias Provinciales, pues, mientras en unas se considera de aplicación, en otra(s) no. En cualquier caso, aunque se mantenga la postura negativa de la no aplicación, lo que no ofrece duda es que, en este supuesto, sería de aplicación la genérica legislación proteccionista del consumidor en concreto la Ley 7/1995, de 23 de marzo de 1995 que regula el Crédito al Consumo (apartado 2 del artículo 14 en relación con las letras a, b y c del apartado 1 del artículo 15). De ahí que en el presente caso, la resolución de la duda jurídica, carezca de relevancia práctica, pues tanto por el cauce del artículo 12 de la Ley 42/1998 de 15 de diciembre de 1998 como por el cauce del apartado 2 del artículo 14 de la Ley 7/1995, de 23 de marzo de 1995, al préstamo del Banco Popular Español s.a. se extiende la nulidad del contrato de transmisión del derecho de aprovechamiento por turno del bien inmueble de uso turístico. ...”. Este es, por lo demás, el parecer imperante en las distintas secciones de esta Audiencia Provincial de Madrid y, en general, en la doctrina emanada de la mayor parte de las Audiencias Provinciales.

A título ejemplificativo, razona la reciente sentencia de la Sección 16 de la Audiencia Provincial de Barcelona de 24 de octubre de 2013 del siguiente modo: “...Recordemos que ya la propia LATBI venía a reconocer la vinculación entre los contratos que regula y los préstamos para la adquisición de los derechos de aprovechamiento por turnos, al establecer en su artículo 12 que “Los préstamos concedidos al adquirente por el transmitente o por un tercero que hubiere actuado de acuerdo con él quedarán resueltos cuando el primero desista o resuelva en alguno de los casos previstos en el art. 10”. Obviamente, el hecho -en el que hace especial hincapié Bancaja- de que tal vinculación la refiera el precepto a los casos de desistimiento o a la específica causa de resolución que la ley regula no significa que queden excluidos supuestos más graves como el que aquí nos ocupa (nulidad

del contrato por causa imputable a la transmitente del derecho financiado), supuestos a los que no cabe sino concluir será de aplicación la entonces vigente Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo...".

Es concluyente, pues, a juicio de este tribunal la aplicabilidad de la norma genérica contenida en el Art. 14-2 de la Ley 7/1995 de Crédito al Consumo cuando el contrato de financiación, como es el caso, cae dentro de su ámbito objetivo."

Por otra parte, en el recurso de apelación, la entidad financiera se limita a afirmar apodícticamente que no concurren los requisitos establecidos en la Ley 7/1995 para la ineficacia de los contratos de préstamo y lo hace sin el menor desarrollo argumental y sin indicar ni siquiera qué requisito o requisitos no concurrirían.

Para replicar una afirmación no fundada bastaría con sostener que sí concurren los requisitos exigidos por dicha norma.

En todo caso, a la vista de alguna referencia tangencial contenida en la contestación a la demanda, si el apelante se refiere al requisito exigido por el Art. 15-1. b) de la ley 7/1995, esto es, el requisito de la exclusividad en el acuerdo previo existente entre el concedente del crédito y el proveedor de los bienes o servicios, la alegación carece de fundamento.

Como también analizamos en las sentencias antes citadas de 13 de enero de 2014 y 21 de febrero de 2014:

"CUARTO.- Correcta o incorrecta aplicación del Art. 14-2 de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al consumo.-

Como ya anticipamos, razona también BANKIA S.A. que, aun cuando en abstracto resultase aplicable dicho régimen de ineficacia del Art. 14-2 de la Ley 7/1995, su aplicación al caso por parte de la sentencia apelada habría sido incorrecta por cuanto, desde su punto de vista, no concurriría en el supuesto que nos ocupa el requisito exigido por el Art. 15-1,b) de la misma ley, a saber, la exclusividad del el acuerdo previo existente entre el concedente del crédito y el proveedor de los bienes o servicios.

*Acerca de este requisito de la exclusividad señala la reciente S.T.S. de 4 de febrero de 2013 lo siguiente: "Argumentábamos en la Sentencias 80/2011, de 22 de febrero, con cita de otras anteriores (Sentencias 735/2009, de 25 de noviembre, y 33/2010, de 19 de febrero; 35/2011, de 1 de febrero), que, en estos casos, el concepto de exclusividad reside en las efectivas posibilidades de que, razonablemente, hubiera dispuesto cada consumidor para optar por contratar con otro concedente de crédito distinto del señalado por las proveedoras y al que las mismas estaban vinculadas por un acuerdo previo. La finalidad de la exigencia y la de toda la norma no puede ser otra que la de proteger la libertad de decisión del consumidor en la elección del financiador. En el supuesto de que esta libertad de decisión no se haya respetado, se deben proteger sus intereses extrayendo consecuencias jurídicas de una conexión contractual determinada sin su colaboración, ya desde el origen de la operación. También en nuestro caso, la Audiencia parte de la consideración de que, aunque fueran varias las entidades que hubieran llegado a financiar estos contratos de enseñanza de inglés, la alternativa al pago al contado, que en cada caso se ofrecía, era solicitar un préstamo con una concreta entidad de crédito, sin que se ofreciera la posibilidad de contratar el crédito con otras entidades financieras diferentes. De este modo, **la libertad del consumidor aparecía notablemente condicionada**, por lo que, en consonancia con la jurisprudencia de la Sala citada, existía un pacto de exclusividad que permite apreciar la vinculación entre los contratos de enseñanza y los contratos de crédito que para la financiación de aquéllos se concertaron...." (énfasis añadido). En el mismo sentido se ha pronunciado, por citar una de las más recientes, la S.T.S. de 6 de mayo de 2013, y también lo hizo la S.T.S. de 4 de marzo de 2011.*

Las sentencia de la Sección 21ª de esta Audiencia Provincial de Madrid de 25 de junio de 2013 indica, en sentir compartido por la mayor parte de las Audiencias Provinciales, que "...La postura más estricta se manifiesta entre otras en la sentencia de 8 de octubre de 2004 de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de La Coruña, que entiende que el precepto exige la existencia de un pacto previo entre el comerciante y la financiera, de tal forma que ambos acordasen que ése sería el único sistema de financiación, excluyendo a los demás operadores del mercado, lo que no sucedería cuando no exista ese punto de exclusividad (y exclusión de los

demás), y al mismo tiempo se estaba trabajando con varias entidades bancarias, aunque al cliente concreto sólo se le ofreciese una determinada. Pero el criterio general que se ha venido imponiendo en los tribunales es uno más flexible que interpreta el requisito de la exclusividad en relación al concreto contrato de que se trate, y considera que concurre el requisito de exclusividad cuando al cliente no se le ha ofrecido otra forma de financiación por el proveedor del bien o servicio, pues como indica alguna resolución judicial no se entiende de qué puede servir al cliente que la empresa tuviera concertados contratos con otras entidades de financiación, si a él nunca se le ha dado acceso a esas fuentes financieras, sino que se le ha dado sólo la posibilidad de contratar en cada momento con una sola entidad. Esta postura se recoge, entre otras, en las sentencias de 3 de febrero de 2005 de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Baleares, 1 de septiembre de 2005 de la Audiencia Provincial de Cuenca, 7 de noviembre de 2005 de la Sección 17ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, 16 de enero de 2006 de la Sección 19ª de esta Audiencia Provincial de Madrid, 26 de mayo de 2006 de la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de La Coruña, y 11 de mayo de 2007 de la Sección 9ª de esta Audiencia Provincial de Madrid. Esta postura más general y flexible en la interpretación del requisito de la exclusividad es la que ha acogido este Tribunal entre otras en sentencia de 20 de marzo de 2007, 4 de marzo de 2008 y 8 de mayo de 2012...".

En parecido sentido se pronuncian las sentencias dictadas por la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Madrid (Rollo 327/2002) de 26 de enero de 2004; por la Sección 19ª en sentencia del 21 de octubre de 2006 (Rollo 491/2006); por la Sección 11ª, en sentencia de 23 de septiembre de 2009 (Rollo 254/2008); por la Sección 18ª, en sentencias de 28 de abril de 2008 (Rollo 284/2008), de 6 de mayo de 2008 (Rollo 693/2007) y de 7 de mayo de 2009 (Rollo 257/2009); por la Sección 8ª, en sentencia de 8 de octubre de 2008 (Rollo 9/2008); y por la Sección 19ª, en sentencia de 9 de marzo de 2009 (Rollo 885/2008) y por esta misma Sección 13ª, en las Sentencias de 18 de octubre de 2010 (Rollo 755/2009), 15 de febrero de 2011 (Rollo 23/2010), 15 de junio de 2012 (Rollo 921/2011) y 24 de septiembre de 2012 (Rollo 933/2011).

La sentencia aquí apelada declara probado que "...En los días posteriores (nunca pasados diez días desde la firma del contrato privado), eran citados los adquirentes para la formalización de un contrato de préstamo, que era concedido por la entidad

BANCAJA y abonado en la cuenta bancaria de la vendedora (ahora demandada) en la misma entidad, quedando el adquirente con una obligación de pago mensual para la devolución del capital prestado...”, añadiendo más adelante que “...además, y es un dato clave, (BANCAJA) tenía un acuerdo suscrito con la vendedora, y esta fue la razón por la que los demandantes acudieron a dicha entidad bancaria a solicitar el préstamo, por indicación de la vendedora, y la entidad bancaria no puso ningún reparo en concederlo y prácticamente en el acto. El acuerdo existente entre BANCAJA y la vendedora se hace constar en el documento donde se formaliza el préstamo, en concreto en el folio 3 donde se dice: “El presente contrato de préstamo, de naturaleza mercantil, se formaliza al amparo del Convenio suscrito por BANCAJA en el establecimiento vendedor indicado en las estipulaciones particulares (GENERAL TOURS)...”.

Pues bien, en su recurso la apelante BANKIA S.A. no combate ni uno solo de los datos de los que se compone esa base fáctica, limitándose a razonar que los demandantes celebraron el contrato libremente y que también eran libres para acudir a cualquier otra entidad financiera y incluso para pagar al contado. De ese modo soslaya que, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial reseñada (especialmente la S.T.S. de 4 de febrero de 2013 que hemos transcrito parcialmente), para que concurra el requisito de la exclusividad al que alude el Art. 15-1,b) de la Ley de Crédito al Consumo no es indispensable que la libertad del contratante se haya suprimido por completo sino que es suficiente con que esa libertad se encuentre “notablemente condicionada”. Condicionamiento notable que tanto el Alto Tribunal como la jurisprudencia menor que se menciona han apreciado sistemáticamente en presencia de hipótesis no diferentes de la que concurre en los presentes autos tal y como ha sido descrita por la sentencia apelada en el fragmento de la misma que acabamos de transcribir.

No ha de prosperar, en consecuencia, el recurso de apelación interpuesto”.

TERCERO - La suerte desestimatoria del recurso comporta que las costas ocasionadas por el mismo se impongan a la entidad “BANKIA, S.A.”, por aplicación del artículo 398.1 en relación con el 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente y general aplicación,

FALLO

La Sala acuerda:

- 1.- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la procuradora doña Marta Ortega Cortina en nombre y representación de la entidad "BANKIA, S.A." contra la sentencia dictada el día 18 de enero de 2013 por el Juzgado de lo Mercantil núm. 10 de Madrid, en el incidente concursal número 539/2012 (concurso número 364/2010) del que este rollo dimana.
- 2.- Condenar a la entidad apelante al pago de las costas derivadas por su recurso.

Contra la presente sentencia las partes pueden interponer ante este Tribunal, en el plazo de los veinte días siguientes a su notificación, recurso de casación y, en su caso, recurso extraordinario por infracción procesal, de los que conocerá la Sala Primera del Tribunal Supremo, si fuera procedente conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los Ilustrísimos Señores Magistrados integrantes de este Tribunal.