



Roj: **SAP SE 2765/2015 - ECLI: ES:APSE:2015:2765**

Id Cendoj: **41091370052015100323**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Sevilla**

Sección: **5**

Fecha: **18/12/2015**

Nº de Recurso: **658/2015**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JUAN MARQUEZ ROMERO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL

SECCIÓN QUINTA

**SENTENCIA**

ILTMOS. SRES. MAGISTRADOS

DON JUAN MÁRQUEZ ROMERO

DON CONRADO GALLARDO CORREA

DON FERNANDO SANZ TALAYERO

REFERENCIA

JUZGADO de lo Mercantil nº 1 de Sevilla

ROLLO DE APELACIÓN 658/15-F

AUTOS N° 1464/13

En Sevilla, a dieciocho de Diciembre de dos mil quince,

VISTOS por la Sección Quinta de esta Il'tma. Audiencia Provincial los autos de Juicio Ordinario n° 1464/13, procedentes del Juzgado de lo Mercantil n° 1 de Sevilla, promovidos por Gestión Seyco Andaluza de Inmuebles, S.L., representada por la Procuradora D<sup>a</sup> María Portero Zuñiga contra Caixabank, S.A., representada por la Procuradora D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> del Valle Lerdo de Tajada Benítez; autos venidos a conocimiento de este Tribunal en virtud de recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la Sentencia en los mismos dictada con fecha 11 de Septiembre de 2014 .

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

Se aceptan sustancialmente los de la resolución apelada, cuyo fallo literalmente dice: "Que debo ESTIMAR y ESTIMO la demanda formulada por la entidad GESTIÓN SEYCO ANDALUZA DE INMUEBLES S.L. contra la entidad CAIXABANK S.A., y en consecuencia: 1. DECLARO la nulidad, por tener el carácter de abusivo por falta de transparencia, de la cláusula limitativa del interés variable que se contiene en la estipulación CUARTA 1.B), página OV1428759 del contrato de novación de préstamo hipotecario formalizado en escritura pública autorizada por el Notario D. ARTURO OTERO LOPEZ-CUBERO el día 2 de junio de 2006. La declaración de nulidad comporta: 1) Que la entidad bancaria haya de recalcular el cuadro de amortización del préstamo hipotecario desde su constitución como si nunca hubiera estado incluida las cláusulas en cuestión, rigiendo dicho cuadro en lo sucesivo hasta el fin del préstamo. 2) Que la entidad bancaria deba reintegrar al actor las cantidades percibidas como consecuencia de la aplicación de dichas cláusulas, más los intereses legales desde la fecha de cada pago. 3) Que el actor, en su caso, haya de abonar a la demandada las cantidades no satisfechas por aplicación del límite máximo fijado en dichas cláusulas, más los intereses legales desde la fecha que debieron pagarse. DECLARO la subsistencia del resto de los contratos. ACUERDO que firme que sea



esta resolución, se dirija mandamiento al titular del Registro de Condiciones Generales de la Contratación para la inscripción de la sentencia en el mismo. Mas la condena en costas. Así por esta mi sentencia, juzgando definitivamente en primera instancia, lo pronuncio, mando y firmo".

PRIMERO.- Notificada a las partes dicha resolución y apelada por el citado litigante, y admitido que le fue dicho recurso en ambos efectos, previo emplazamiento de las partes para su personación ante esta Superioridad por término de 10 días, se elevaron las actuaciones originales a esta Audiencia con los debidos escritos de interposición de la apelación y de oposición a la misma, dándose a la alzada la sustanciación que la Ley previene para los de su clase.

SEGUNDO.- Acordada por la Sala la deliberación y fallo de este recurso, la misma tuvo lugar en el día señalado quedando las actuaciones pendientes de dictar resolución.

TERCERO.- En la sustanciación de la alzada se han observado las prescripciones legales.

VISTOS, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado Don JUAN MÁRQUEZ ROMERO.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia recaída en la primera instancia de este pleito, acogiendo las tesis de la demandante, Gestión Seyco Andaluza de Inmuebles, S.L. y no obstante, considerar plenamente válida, en sí misma, la llamada "cláusula suelo" que afecta a los préstamos hipotecarios en los que se subrogó, la declaró nula, sin embargo, por falta de transparencia, y siguiendo los pronunciamientos de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de Mayo de 2.013 , dictada, precisamente, al conocer en casación de otra dictada por ésta Sección, y que, tras declarar que la cláusula suelo, en sí, es perfectamente lícita, respondiendo a la iniciativa que corresponde al empresario para fijar el interés al prestar el dinero y diseñar la oferta comercial dentro de los límites fijados por el legislador, declaró nulas, sin embargo, las concretas cláusulas de ese tipo que eran objeto de su enjuiciamiento por falta de transparencia.

SEGUNDO.- A juicio del juzgador "a quo", no pueden estimarse superados en este caso los controles de transparencia a que se refiere dicha resolución, al no aludir a la cláusula suelo a la que estaban afectos los dos préstamos hipotecarios de que se trata las escritura públicas de compraventa y subrogación y novación de los mismos, que dicha entidad suscribió con Monte de Piedad y Caja de Ahorros San Fernando de Huelva, Jerez y Sevilla, actualmente Caixabank, S.A., y no cumplirse tampoco las exigencias de la Orden Ministerial de 5 de Mayo de 1.994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, que, aunque ha venido a ser sustituida por la de 28 de Octubre de 2.011, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, se encontraba vigente, sin embargo, cuando se otorgaron las escrituras publicas de que se trata.

Y, como consecuencia de ello y en aplicación de lo dispuesto en el artículo 1.303 del Código Civil , sin que lo hubiera solicitado la demandante en el suplico de su demanda, vino a ordenar la sentencia de instancia la total devolución de las cantidades percibidas en aplicación de la cláusula en cuestión, con los intereses legales correspondientes y las costas de la primera instancia.

TERCERO.- Pues bien, recurrida en apelación dicha resolución, no puede el tribunal, tras el examen y valoración de lo actuado, sino compartir sus pronunciamientos acerca de la nulidad de la cláusula en cuestión, ya que hay que estimar que Monte de Piedad y Caja de Ahorros San Fernando de Huelva, Jerez y Sevilla faltó a sus obligaciones de información y transparencia con respecto a la entidad demandante, con ocasión de las escrituras públicas de subrogación hipotecaria y novación que suscribieron, al no constar que suministrara información alguna con relación a la cláusula suelo a las que estaban afectos los préstamos hipotecarios en los que ésta se subrogó y a la tampoco aludían lo más mínimo dichas escrituras.

CUARTO.- En la subrogación hipotecaria no hay una contratación directa con la entidad bancaria, que no interviene en la misma y sola la consiente, siendo el vendedor el responsable de informar al comprador de las condiciones del préstamo que tenía concertado y en las que éste se subroga, de modo que no se le puede exigir a la entidad prestamista, con respecto al comprador, ninguna obligación de cara a la transparencia del préstamo y que no se discute que cumpliera, en su día, en la negociación del préstamo con el vendedor, siendo éste el responsable de informar al comprador de las condiciones del préstamo que tenía concertado, en las cuales se subroga, imponiendo tal obligación a las promotoras de viviendas el artículo 4.6 del Real Decreto 515/1.989, de 21 de Abril , sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas.

Pero en este caso no se trata de una simple subrogación hipotecaria, sino que, en las mismas escrituras públicas en las que tal subrogación se produjo, se llevó a cabo, al mismo tiempo, la novación del préstamo,



afectando, entre otras cosas, a los intereses ordinarios, modificándose el diferencial aplicable al tipo de referencia, fijándose en 0,80 puntos. Y, producida tal modificación, hay que entender que era obligación de la entidad bancaria advertir acerca de los límites a la variabilidad de los intereses a que estaba afecto el préstamo, un mínimo del 3,50 % y un máximo del 14 %, lo que no consta que se haya producido y niega abiertamente la entidad demandante, que afirma que se le ocultó por completo su existencia.

QUINTO.- Por otra parte, el hecho de que, en las escrituras públicas de subrogación hipotecaria y novación, no se aludiera a la cláusula suelo a la que estaban afectos los préstamos hipotecarios objeto de subrogación y novación no significa que la misma se suprimiera, pero, sin embargo, tal omisión, unida al hecho de que no se informase por la entidad bancaria acerca de su existencia, al tiempo de modificarse los intereses del préstamo, sí supone, sin embargo, la conculcación de los deberes de información y transparencia impuestos a dichas entidades, lo que determina la nulidad de la cláusula referida, tal como acordó la sentencia de instancia que debe ser confirmada en este punto.

SEXTO.- En cuanto a las consecuencias de la declaración de nulidad de la cláusula suelo, con relación a la devolución de las cantidades percibidas en aplicación de la misma, este tribunal, en sentencias anteriores, se pronunció, abiertamente, en favor de la aplicación retroactiva sin límites, como consecuencia necesaria de la nulidad de la cláusula, y de que no cabía apreciar una afectación del orden público económico por la eventual existencia de otros procedimientos sobre nulidad de cláusulas suelo, a la vista de lo incierto del resultado de cada uno de ellos. Pero, ahora, sin embargo, tras la publicación de la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2.015, hay que estar, sobre esta materia, a lo dispuesto en la misma, que fijó como doctrina la de que, "cuando en aplicación de la doctrina fijada en la sentencia de pleno de 9 de mayo de 2013, ratificada por la de 16 de julio de 2.014 y la de 24 de marzo de 2015, se declare abusiva y, por ende, nula la denominada cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo con tipo de interés variable, procederá la restitución al prestatario de los intereses que hubiese pagado en aplicación de dicha cláusula, a partir de la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013".

SÉPTIMO.- En la demanda solo se pidió la declaración de nulidad de la cláusula suelo, sin interesar, al mismo tiempo y como consecuencia de ello, la devolución de las cantidad percibidas en aplicación de la misma, pero, como no se hizo reserva expresa de su reclamación en procedimiento aparte, no deja de ser procedente la condena a la devolución de las cantidades percibidas a partir de la fecha de publicación de la sentencia de 9 de Mayo de 2.013, teniendo en cuenta que las restituciones a que se refiere el artículo 1.303 del Código Civil son, según reiteradas sentencias del Tribunal Supremo y, entre ellas, las de 22 de Noviembre de 1.983 y 24 de Febrero de 1.992, una consecuencia ineludible, que no necesita de petición expresa de la parte y puede ser declarada por el juez en virtud del principio "iura novit curia", sin que ello suponga alterar la armonía entre lo pedido y lo concedido, y con la finalidad de evitar la necesidad de acudir a un nuevo pleito y el enriquecimiento injusto de una de las partes, a costa de la otra.

OCTAVO.- La estimación en parte del recurso de apelación interpuesto y la consiguiente desestimación parcial de la demanda, en lo relativo a la devolución los intereses percibidos en virtud de la cláusula que se declara nula, determina la no imposición del pago de las costas causadas en la primera instancia, conforme a lo dispuesto en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin que proceda hacer imposición tampoco del pago de las de esta alzada, por así establecerlo el artículo 398.2 de la misma ley, para el caso de que la apelación prospere en todo o en parte.

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

#### FALLAMOS.-

Que, estimando, en parte, el recurso de apelación interpuesto por Caixabank, S.A., debemos revocar y revocamos, también parcialmente, la sentencia que, con fecha 11 de Septiembre de 2.014, dictó el Juzgado de lo Mercantil número 1 de esta ciudad, en los autos de juicio ordinario de que el presente rollo dimana, promovidos por Gestión Seyco Andaluza de Inmuebles, S.L., en el sentido de que la devolución que acuerda de los intereses percibidos en virtud de la cláusula que declara nula solo lo será de los percibidos a partir de la fecha de publicación de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de Mayo de 2.013, así como en el sentido de no hacer imposición del pago de las costas causadas en la primera instancia, sin que ser haga imposición tampoco de las de esta alzada.

Y en su día, devuélvanse las actuaciones originales con certificación literal de esta Sentencia y despacho para su ejecución y cumplimiento, al Juzgado de procedencia.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que quedará testimonio en el Rollo de la Sección lo pronunciamos mandamos y firmamos.



## INFORMACIÓN SOBRE RECURSOS:

Contra las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en la segunda instancia de cualquier tipo de proceso civil podrán las partes legitimadas optar por interponer el recurso extraordinario por infracción procesal o el recurso de casación, cuyo conocimiento corresponde a la Sala Primera del Tribunal Supremo ( artículos 466 y 478 y disposición final decimosexta LEC ).

En tanto no se confiera a los Tribunales Superiores de Justicia la competencia para conocer del recurso extraordinario por infracción procesal, dicho recurso procederá, por los motivos previstos en el artículo 469, respecto de las resoluciones que sean susceptibles de recurso de casación conforme a lo dispuesto en el artículo 477. Solamente podrá presentarse recurso extraordinario por infracción procesal sin formular recurso de casación frente a las resoluciones recurribles en casación a que se refieren los números 1.º y 2.º del apartado segundo del artículo 477 de esta Ley ( disposición final decimosexta LEC ).

El recurso de casación y, en su caso, el extraordinario de infracción procesal, se interpondrán ante el tribunal que haya dictado la resolución que se impugne dentro del plazo de veinte días contados desde el día siguiente a la notificación de aquélla ( artículo 479 y disposición final decimosexta LEC ), previo pago del depósito estipulado en la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial y la tasa prevista en la Ley 10/2012.

Artículo 477 LEC . Motivo del recurso de casación y resoluciones recurribles en casación. 1. El recurso de casación habrá de fundarse, como motivo único, en la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso.

2. Serán recurribles en casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales, en los siguientes casos:

1º Cuando se dictaran para la tutela judicial civil de derechos fundamentales, excepto los que reconoce el art. 24 de la Constitución .

2º Siempre que la cuantía del proceso excediere de 600.000 euros.

3º Cuando la cuantía del proceso no excediere de 600.000 euros o este se haya tramitado por razón de la materia, siempre que, en ambos casos, la resolución del recurso presente interés casacional.

3. Se considerará que un recurso presenta interés casacional cuando ya sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales o aplique normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.

Cuando se trate de recursos de casación de los que deba conocer un Tribunal Superior de Justicia, se entenderá que también existe interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial o no exista dicha doctrina del Tribunal Superior sobre normas de Derecho especial de la Comunidad Autónoma correspondiente.

Artículo 469. Motivos del recurso extraordinario por infracción procesal.

1. El recurso extraordinario por infracción procesal sólo podrá fundarse en los siguientes motivos:

1.º Infracción de las normas sobre jurisdicción y competencia objetiva o funcional.

2.º Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia.

3.º Infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determinare la nulidad conforme a la ley o hubiere podido producir indefensión.

4.º Vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución .

2. Sólo procederá el recurso extraordinario por infracción procesal cuando, de ser posible, ésta o la vulneración del artículo 24 de la Constitución se hayan denunciado en la instancia y cuando, de haberse producido en la primera, la denuncia se haya reproducido en la segunda instancia. Además, si la violación de derecho fundamental hubiere producido falta o defecto subsanable, deberá haberse pedido la subsanación en la instancia o instancias oportunas.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado de la Sección Quinta de esta Audiencia Provincial, DON JUAN MÁRQUEZ ROMERO, Ponente que la redactó, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha, ante mí el Letrado de la Administración de Justicia de lo que certifico.