



Roj: **SAP SE 1679/2016 - ECLI: ES:APSE:2016:1679**

Id Cendoj: **41091370052016100201**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Sevilla**

Sección: **5**

Fecha: **20/05/2016**

Nº de Recurso: **6400/2015**

Nº de Resolución: **200/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JUAN MARQUEZ ROMERO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA PROVINCIAL**

### **SECCION QUINTA**

### **SEVILLA**

### **SENTENCIA**

JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 1 DE SEVILLA

ROLLO DE APELACION: **6400/15-M**

AUTOS Nº 358/14

**ILTMOS. SRES. MAGISTRADOS**

**DON JUAN MÁRQUEZ ROMERO**

**DON JOSÉ HERRERA TAGUA**

**DON CONRADO GALLARDO CORREA**

En Sevilla, a veinte de Mayo de dos mil dieciséis.-

VISTOS por la Sección Quinta de esta Ittma Audiencia Provincial los autos de Juicio Ordinario nº 358/14, procedentes del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Sevilla, promovidos por Don Ambrosio , representada por la Procuradora Doña María Teresa Rodríguez Linares, contra CAJA RURAL DEL SUR, representado por el Procurador Don Manuel Muruve Pérez; autos venidos a conocimiento de este Tribunal

en virtud de recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada contra la Sentencia en los mismos dictada con fecha 18 de Febrero de 2015 .

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

Se aceptan sustancialmente los de la resolución apelada, cuyo fallo literalmente dice: " *Que debo **ESTIMAR y ESTIMO** la demanda formulada por D. Ambrosio contra la entidad **CAJA RURAL DEL SUR SOCIEDAD COOPERATIVA DE CREDITO**, y en consecuencia:*

**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 **TERCERA BIS b) pagina NUM000** del contrato de préstamo hipotecario mediante escritura pública autorizada por el Notario D. ALBERTO MORENO FERREIRO el día 3 de Febrero de 2005. 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".

**PRIMERO.-** Notificada a las partes dicha resolución y apelada por la entidad demandada, y admitido que le fue dicho recurso en ambos efectos, 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, estimando la demanda, declaró nula, por falta de transparencia, la llamada cláusula suelo prevista en la escritura pública de préstamo hipotecario de fecha 3 de Febrero de 2.005 que suscribió el demandante Don Ambrosio con Caja Rural del Sur, Sociedad Cooperativa de Crédito, acordando la devolución de la totalidad de las cantidades abonadas en aplicación de dicha cláusula y el pago de las costas causadas.

**SEGUNDO.-** Recurrida en apelación dicha resolución, insiste la entidad demandada, en su escrito de interposición del recurso, en sus alegaciones de la primera instancia, de que procede el archivo de las actuaciones, por litispendencia, o, subsidiariamente, su suspensión, por prejudicialidad civil, conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil, dado el procedimiento que, con el número 417/2.010, se sigue en el Juzgado de lo Mercantil número 11 de Madrid, contra ella y otras entidades bancarias, a instancias de la Asociación de Usuarios de Bancos, Cajas de Ahorros y Seguros (ADICAE) y 535 personas más, en ejercicio de la acción de cesación con relación a cláusulas suelo como la que es objeto de las presentes actuaciones.

Y dando respuesta a ello, hay que estimar acertada la decisión del juzgador "a quo", al denegar, en su día, tanto el archivo, como la suspensión de las actuaciones, al ser distintas las acciones ejercitadas en uno y otro procedimiento, al tratarse aquí de

una acción individual de nulidad de una cláusula y la accesoria de reclamación de cantidad, mientras que, en el referido procedimiento, se ejercitó una acción colectiva de cesación en defensa de intereses generales de consumidores y usuarios, y, por otra parte, aunque la cláusula discutida fuera idéntica, el problema de su transparencia, que es de lo que se trata, ha de examinarse con relación a cada caso concreto, a la vista de las circunstancias concurrentes en cada uno, de modo que lo que se decida en el referido procedimiento con respecto a las escrituras públicas allí aportadas y sus cláusulas, no predetermina ni vincula para lo que pueda resolverse en éste sobre la base de la escritura pública aportada con la demanda y la cláusula suelo que contiene, lo que impide la apreciación de tales excepciones.

**TERCERO.-** Por otra parte, interesó la demandada la declaración de nulidad de la sentencia de instancia, con la consiguiente retroacción del procedimiento, por infracción de las normas y garantías procesales, al no haberse admitido, en la primera instancia, las pruebas que solicitó, y, al respecto, hay que señalar, como ya hiciera éste tribunal, en su sentencia de 16 de Junio de 2.015, recaída en el rollo de apelación 10.275/2.014, que " *la denegación de la prueba en la primera instancia no es, en principio, motivo de nulidad de las actuaciones, en cuanto que cabe la subsanación del defecto en la alzada, pidiendo que se practique en ella la prueba indebidamente denegada, según resulta de los artículos 460 y 465,4, párrafo 2º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y solo cuando se trate de una denegación de prueba que pueda considerarse injustificada y de tal entidad que permita afirmar que convierte a la alzada en una primera instancia, por privar de contenido al debate habido en la misma, podrá darse un supuesto de nulidad de actuaciones, por la insubsanabilidad del defecto*", y, teniendo en cuenta lo expuesto, no puede decirse que, en este caso, la denegación en la primera instancia de las pruebas solicitadas altere los términos del debate, cuando la nulidad o no de la cláusula suelo de que se trata puede



decidirse con el examen de la documental aportada y la comprobación de si se ha cumplido o no la normativa relativa a la misma, sin necesidad de dichas pruebas, por lo que no puede hablarse de nulidad de actuaciones, procediendo la desestimación del recurso en este punto.

**CUARTO.-** Y, pasando ya al fondo del asunto, hay que comenzar señalando que las cláusulas que establecen límites a la variabilidad de los intereses afectan al objeto principal del contrato, en cuanto que determinan el precio que debe percibir la entidad prestamista, y, como tales, no pueden considerarse abusivas en sí misma, en el sentido que establece el artículo 82 de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuario, de suponer, en perjuicio del consumidor y en contra de las exigencia de la buena fe, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que resultan de contrato, puesto que, en una economía de mercado, la regla es la de la libertad para fijar el precio de las cosas y servicios, respondiendo tales cláusulas 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. Y tan lícitas son en sí mismas que, precisamente, las prevé expresamente la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, vigente hasta el 29 de Abril de 2012, y sustituida, actualmente, por la Orden de 28 de octubre de 2.011, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

Pero, sin embargo, su licitud está condicionada al hecho de su transparencia, es decir, que se redacten de manera clara y comprensible, debiendo apreciarse, en otro caso, su abusividad, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, que, dada su aplicación directa, y aunque no fuera traspuesta en este punto a nuestro ordenamiento, vino a ampliar el concepto de cláusulas abusivas de dicho precepto de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuario.

Y este es el criterio que subyace en la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2.013, confirmada por la de 8 de septiembre de 2.014, en el sentido de que las cláusulas que limitan el interés variable pactado, perfectamente lícitas y no abusivas en sí mismas, dejan de serlo, sin embargo, si no cumplen el requisito de su transparencia, debiendo someterse, según dichas resoluciones, a un doble filtro o control de transparencia, el primero, de inclusión o incorporación, que se vincula a la superación de las exigencias previstas en el artículo 7 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, y el segundo, de transparencia propiamente dicha, que exige que la información suministrada permita que el consumidor perciba 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 o razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato.

Tal exigencia de transparencia, pese a no estar expresamente contemplada en nuestro ordenamiento jurídico, resulta, sin embargo, de las órdenes ministeriales antes referidas, a tenor de las cuales, cuando se trata de consumidores y en el momento de la firma del contrato de préstamo con garantía hipotecaria sobre vivienda, es necesaria una información expresa acerca de la existencia de la llamada cláusula suelo, quedando constancia de que el consumidor la conoce y comprende, dado que se trata de un elemento de especial relieve en el contrato, al limitar el concepto de variabilidad de los intereses y definir la retribución que se obliga el prestatario a pagar a la entidad bancaria.

En cuanto al control de inclusión o incorporación, establece el artículo 7 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación que no 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 o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del artículo 5; b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato.

En el marco concreto de los contratos de préstamo con garantía hipotecaria sobre vivienda, el cumplimiento de los requisitos que al respecto establecía la citada Orden Ministerial de 5 de mayo de 1.994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, garantiza razonablemente la observancia de los requisitos exigidos por la Ley de Condiciones Generales de la Contratación para la incorporación de las cláusulas de determinación de los intereses y sus oscilaciones en función de las variaciones del Euribor. Lo primero que habrá que examinar, por lo tanto, es si la escritura en cuestión se ajusta a la Orden Ministerial o si, por el contrario, infringe esa normativa en aspectos sustanciales o relevantes.

**QUINTO.-** En el caso que nos ocupa, hay base suficiente para estimar superado el control de incorporación. Y es que, en la escritura de préstamo hipotecario, de 3 de Febrero de 2.005, el Notario, cumpliendo las exigencias de la Orden Ministerial de 5 de Mayo de 1.994, puso de manifiesto la existencia de una oferta vinculante entregada a al demandante sobre las condiciones del préstamo hipotecario e informó de que no existían discrepancias



entre las condiciones financieras de la misma y las de la escritura pública y, entre otros extremos, advirtió acerca de la existencia de límites a la variabilidad de los intereses, de modo que hay que estimar que los prestatarios fueron conscientes de la inclusión de la cláusula discutida, que aceptaron libremente.

En cuanto al segundo control, el de transparencia propiamente dicho, hay que estimarlo superado también, teniendo en cuenta que la limitación consistente en el establecimiento de un tipo de interés mínimo aparece redactada en términos sencillos y fáciles de comprender. La información suministrada reúne las condiciones de concreción, claridad, sencillez, accesibilidad y legibilidad que exige la legislación sobre consumidores y, dado que el límite mínimo se ubica dentro del conjunto de condiciones que regulan el interés a cobrar por la entidad bancaria, permite que el consumidor perciba que se trata de un elemento que define lo que es objeto principal del contrato.

**SEXTO.-** Consecuentemente, y sin necesidad de entrar en más consideraciones, al estimarse lícita y no abusiva la cláusula de que se trata, procede estimar el recurso de apelación interpuesto y revocar la sentencia de instancia, absolviendo por completo a la entidad demandada de los pedimentos de la demanda formulada en su contra, sin que, no obstante, se haga imposición de las costas causadas en la primera instancia.

La desestimación de la demanda, conforme al criterio objetivo del vencimiento, que consagra el artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, conllevaría su imposición al demandante. No obstante, dicho precepto prevé como excepción que el caso presente serias dudas de hecho o de derecho. Concretamente, señala el precepto que para apreciar que el caso era jurídicamente dudoso en el momento de presentarse la demanda se tendrá en cuenta la jurisprudencia recaída en casos similares. La Sala es consciente de que la polémica cuestión de las cláusulas suelo ha dado lugar a sentencias contradictorias de las distintas Audiencias Provinciales, por lo que entiende aplicable dicha excepción al caso de autos, no haciendo especial imposición de las costas procesales de la primera instancia.

Tampoco procede hacer imposición de las causadas en esta alzada, por así establecerlo el artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 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 el recurso de apelación interpuesto y revocando la sentencia que, con fecha 18 de Febrero de 2.015, dictó el Juzgado de lo Mercantil número 1 de esta ciudad, en los autos de juicio ordinario de que el presente rollo dimana, demos absolver y absolvemos por completo a la demandada, Caja Rural del Sur, Sociedad Cooperativa de Crédito, de los pedimentos de la demanda formulada en su contra por Don Ambrosio, sin que se haga imposición del pago de las costas causadas en ambas instancias.

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 la 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.

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado DON JUAN MÁRQUEZ ROMERO, de la Sección Quinta de esta Audiencia Provincial, Ponente que la redactó, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha, ante mi el Secretario de lo que certifico.