



Roj: **SAP M 3183/2015 - ECLI: ES:APM:2015:3183**

Id Cendoj: **28079370282015100043**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **27/02/2015**

Nº de Recurso: **205/2013**

Nº de Resolución: **60/2015**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **ENRIQUE GARCIA GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

N.I.G.: 28.079.00.2-2013/0003914

Recurso de Apelación 205/2013

O. Judicial Origen: Juzgado de lo Mercantil nº 04 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 476/2011

Apelante: TECNISAL SL

PROCURADORA Dña. MARIA JOSE RODRIGUEZ TEIJEIRO

Apelado: BANCO DE CASTILLA LA MANCHA SA

PROCURADORA Dña. SILVIA MARIA CASIELLES MORAN

**SENTENCIA nº 60/2015**

En Madrid, a 27 de febrero de 2015.

La Sección Vigésima Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en lo mercantil, integrada por los ilustrísimos señores magistrados D. Gregorio Plaza González, D. Enrique García García y D. Pedro M<sup>a</sup> Gómez Sánchez, ha visto en grado de apelación, bajo el nº de rollo 205/2013, los autos del procedimiento nº 476/2011, provenientes del Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Madrid, el cual fue promovido por TECNISAL SL contra BANCO DE CASTILLA LA MANCHA SA, siendo objeto del mismo acciones en materia de condiciones generales de la contratación.

Se ha personado en la segunda instancia, la Procuradora D<sup>a</sup> María José Rodríguez Teijeiro y la Letrada D<sup>a</sup> Mónica Romero Rodríguez por TECNISAL SL, como apelante, y la Procuradora D<sup>a</sup> Silvia Casielles Morán y el Letrado D. Carlos Rubio Vallina por BANCO DE CASTILLA LA MANCHA SA, como apelada.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Las actuaciones procesales se iniciaron mediante demanda presentada con fecha 13 de julio de 2011 por la representación de TECNISAL SL contra BANCO DE CASTILLA LA MANCHA SA, en la que, tras exponer los hechos que estimaba de interés y alegar los fundamentos jurídicos que consideraba que apoyaban su pretensión, suplicaba "...dicte en su día sentencia por la que:

1.- Declare la nulidad, por tener el carácter de cláusula abusiva, de la condición general de la contratación descrita en el Hecho Primero de la presente demanda, es decir, de la cláusula del contrato de préstamo a interés variable que establece un tipo mínimo de referencia.

2.- Condene a la entidad financiera demandada a eliminar dicha condición general de la contratación, del contrato de préstamo hipotecario.



3.- Condene a CAJA CASTILLA-LA MANCHA a la devolución al prestatario de la cantidad de "IMPORTE COBRADO HASTA LA FECHA DE LA DEMANDA" cobrada en virtud de la aplicación de la referida cláusula, con sus intereses legales devengados desde la fecha de cada cobro.

4.- Condene a CAJA CASTILLA-LA MANCHA al pago a favor del prestatario de todas aquéllas cantidades que se vayan pagando por el prestatario en virtud de la aplicación de la referida cláusula, con sus intereses legales devengados desde la fecha de cada cobro y hasta la resolución definitiva del pleito.

5.- Condene a la demandada a abonar a mi representado al interés legal incrementando en dos puntos conforme a lo establecido en el artículo 576 .

6.- Condene en costas a la parte demandada, con expresa imposición."

SEGUNDO.- Tras seguirse el juicio por sus trámites correspondientes el Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Madrid dictó sentencia, con fecha 1 de octubre de 2012 , cuyo fallo era el siguiente:

"Que desestimando la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> María José Rodríguez Teijeiro, en nombre y representación de la mercantil Tecnisal, S.L. debo absolver y absuelvo al Banco Castilla la Mancha, S.A., de los pedimentos deducidos en su contra.

Con imposición de costas a la parte actora."

TERCERO.- Publicada y notificada dicha resolución a las partes litigantes, por la representación de TECNISAL SL se interpuso recurso de apelación que, tras ser admitido por el mencionado juzgado y tramitado en legal forma, mediando oposición al mismo por la contraparte, ha dado lugar, tras la remisión de autos acordada por el juzgado y recepción de los mismos, con fecha 2 de abril de 2013, a la formación del presente rollo de apelación ante esta sección de la Audiencia Provincial de Madrid, donde se ha seguido con arreglo a los trámites propios de su clase.

CUARTO.- La vista del asunto se realizó con fecha 26 de febrero de 2015.

Ha actuado como ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Enrique García García, que expresa el parecer del tribunal.

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En la demanda que planteó TECNISAL SL contra BANCO DE CASTILLA LA MANCHA SA aquélla pretendía obtener la declaración de nulidad de la condición general de la contratación consistente en una cláusula suelo (que establece un tipo mínimo, que actúa como tope en las fluctuaciones a la baja, en el contexto de una operación que era a interés variable) que aparece incluida en el contrato de préstamo hipotecario que en su momento suscribieron ambas entidades. La actora sustentaba su pretensión de nulidad, al amparo del artículo 8 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (LCGC), en los siguientes fundamentos: 1º) vulneración de la prohibición contenida en el artículo 1256 del C. Civil , porque con la citada cláusula se estaría dejando, en opinión de la demandante, la suerte de un aspecto del contrato a la voluntad de una de las partes en el mismo; 2º) infracción del principio general de la buena fe exigible en el contratación ( artículos 7 y 1258 del C Civil en relación con el artículo 57 del C. de Comercio) que operaría como límite para las condiciones generales; y 3º) abusividad de la mencionada condición general porque ocasionaría un desequilibrio de los derechos y obligaciones derivados del contrato, hasta el punto de que entrañarían, a criterio de la demandante, un fraude ley ( artículo 6.4 del C. Civil ).

Tal demanda fue desestimada en la primera instancia, al señalar el juzgador que TECNISAL SL, que es una promotora inmobiliaria, no ostentaría la condición de consumidor y por lo tanto carecía de legitimación para poder denunciar la nulidad por abusiva de la cláusula objeto de litigio. A ello se añadía en la fundamentación de la sentencia, aunque no tenía reflejo en su fallo, que era, simplemente, desestimatorio de la demanda, que el Juzgado de lo Mercantil no era competente para conocer de la pretensión de declaración de nulidad de la citada condición general por infracción de preceptos imperativos o prohibitivos alegados en la demanda, que lo son del C. Civil, tales como los artículos 1256 y 1258 de dicho cuerpo legal , porque ello incumbiría conocerlo al Juez de Primera Instancia.

La entidad demandante interesa en su recurso, con carácter principal, la nulidad de dicha sentencia, ya que el juez, que actuó de oficio, no siguió el cauce procesal preestablecido (previa audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal) para poder llegar a un pronunciamiento, siquiera implícito, de falta de competencia objetiva y además habría incurrido en la contradicción de no resolver sobre lo que se le pedía y desestimar, sin embargo, la demanda. Alega, además, pero sólo de modo subsidiario, que el juez sí sería competente ya que lo que



la actora invocaba en su demanda era la nulidad de la condición general aludida por infracción de normas imperativas o prohibitivas al amparo del artículo 8.1 de la LCGC.

SEGUNDO.- El examen de las actuaciones procesales practicadas en la primera instancia permite constatar a este tribunal que la queja de la apelante está justificada. Ya hemos expuesto en qué consistía el planteamiento de la parte actora, que no se ceñía al control de abusividad específico del artículo 8.2 de la LCGC, sino que, y no deben causar confusión al respecto los términos del suplico de su demanda a la vista del contenido de la misma, se refería, con el fundamento que la demandante estimó conveniente aducir, al ejercicio de la acción de nulidad, al amparo la previsión del artículo 8.1 de la LCGC, sustentada en la incursión de la condición general en diversas contravenciones legales. La sentencia recurrida sólo incluye al respecto un pronunciamiento implícito de declaración de falta de competencia objetiva por parte del juzgador para conocer de ese contenido de la demanda y a él se llega, además, de forma sorpresiva para las partes, sin haberse seguido el trámite que prevé el artículo 48 de la LEC para poder apreciar de oficio la carencia total de tal premisa procesal (que exigiría previa audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal) ni haberse tampoco respetado, cuando el problema lo fuera la mera incompetencia parcial por acumulación indebida de acciones, el cauce adecuado para la reducción del objeto del proceso (en el momento inicial en el artículo 73.3 y más adelante en el artículo 419, ambos de la LEC). A ello se añade la paradoja de que la sentencia efectúa, además, en su fallo, de modo indistinto, un pronunciamiento desestimatorio de la demanda, con lo que en realidad vendría a dar por definitivamente zanjado, aun sin pretenderlo, un debate que nunca llegó a ser siquiera enjuiciado por considerarse incompetente para ello el propio juzgador. El sacrificio de las garantías procesales inherentes a los principios de audiencia y contradicción que ello conlleva afecta al derecho de defensa de los implicados en el debate procesal y a la tutela judicial efectiva que proclama el artículo 24 de la Constitución. En consecuencia, debemos decretar, al amparo de lo previsto en los artículos 225.3º y 227.1 de la LEC y 238.3º de la LOPJ, la nulidad de la resolución apelada, ya que fue ésta precisamente el vehículo para la comisión de la infracción procesal denunciada.

TERCERO.- Como consecuencia de dicha nulidad, que la parte actora estaba en su derecho de hacer valer por vía del recurso de apelación (227.1 de la LEC), debe este tribunal ordenar que vuelvan las actuaciones al juzgado ( artículo 465.4 de la LEC ) para su reposición a la fase procesal previa al dictado de la resolución judicial anulada. Una vez allí, el juez deberá encauzar de modo adecuado la problemática suscitada, de manera que se enfrentará a la siguiente alternativa: 1º) si insiste en apreciar un defecto que afecte a su competencia objetiva, debería, antes de dictar sentencia, respetar los principios de audiencia y contradicción y resolver a continuación de modo explícito sobre cualquier reducción que pudiera afectar al objeto del proceso, para luego poder fallar sobre éste del modo en el que quedase definitivamente conformado (lo que implicaría el respeto del derecho del afectado a combatir tal pronunciamiento o, cuando menos, el de poder llevar al foro que finalmente se considerase como el correspondiente la pretensión que no hubiese sido aquí enjuiciada); o 2º) si, por el contrario, valorando más detenidamente el mencionado requisito procesal y la información de la que se dispone tras esta apelación, se advirtiese ahora que, en realidad, no habría lugar a apreciar que existiera tal reparo en el alcance de sus competencias, lo que debería hacerse es fallar entonces el litigio, sin más dilación, resolviendo en sentencia sobre la totalidad de lo planteado en la demanda.

Este tribunal, al acoger el pedimento principal del recurso, y cerrarse con ello el acceso al subsidiario, no va a anticiparse a explicitar juicios sobre el problema competencial, de manera que lo único que aquí podemos hacer, para contribuir en la medida de lo posible a una mejor llevanza del asunto y prevenir la incursión en nuevas dilaciones, es poner de manifiesto datos tan patentes como los siguientes: a) que el nº 1 del artículo 8 de la LCGC prevé la posibilidad de ejercitar acciones de nulidad a propósito de condiciones generales de la contratación que contradigan en perjuicio del adherente normas imperativas o prohibitivas, lo cual abarca tanto a consumidores (para los que se reserva, además, el ámbito de protección contra estipulaciones abusivas del nº 2 del mencionado artículo 8) como a la contratación entre empresarios; y b) que este tribunal ya ha sentado precedentes sobre el criterio que ha de aplicarse respecto a la competencia de los órganos de lo mercantil para el conocimiento de demandas que impliquen el ejercicio de las acciones individuales de nulidad de condiciones generales de la contratación (las previstas en el artículo 8 de la LCGC), entre otros casos, en el seno de los autos de esta sección 28ª de la AP de Madrid de 12 de febrero de 2010 y 11 de noviembre de 2014.

CUARTO.- No procede efectuar expresa imposición de las costas derivadas de esta apelación, puesto que el nº 2 del artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil así lo prevé en los casos de estimación del recurso.

Vistos los preceptos citados y demás concordantes de general y pertinente aplicación al caso, este tribunal pronuncia el siguiente

## FALLO



1.- Estimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación de TECNISAL SL contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Madrid, con fecha 1 de octubre de 2012, en el seno del proceso nº 476/2011.

2º.- Declaramos la nulidad de la referida sentencia judicial.

3º.- Ordenamos la reposición de las actuaciones a la fase procesal previa al dictado de dicha resolución judicial, a fin de que, tras la recepción de los autos en el juzgado de procedencia, se dé curso a las mismas conforme a las alternativas que han sido señaladas en la presente resolución.

4º.- No ha lugar a efectuar expresa imposición de las costas derivadas de ambas instancias.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los ilustrísimos señores magistrados integrantes de este tribunal.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ