



Roj: **SAP O 595/2016 - ECLI:ES:APO:2016:595**

Id Cendoj: **33044370052016100079**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Oviedo**

Sección: **5**

Fecha: **01/03/2016**

Nº de Recurso: **59/2016**

Nº de Resolución: **83/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE LUIS CASERO ALONSO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5

OVIEDO

SENTENCIA: 00083/2016

Rollo: RECURSO DE APELACION (LECN) 0000059 /2016

Ilmos. Sres. Magistrados:

DON JOSÉ MARÍA ÁLVAREZ SEIJO

DON JOSÉ LUIS CASERO ALONSO

DOÑA MARÍA PAZ FERNÁNDEZ RIVERA GONZÁLEZ

En OVIEDO, a uno de Marzo de dos mil dieciséis.

VISTOS, en grado de apelación, por la Sección Quinta de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Procedimiento Ordinario nº 1.021/14, procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Oviedo, Rollo de Apelación nº **59/16**, entre partes, como apelantes y demandantes DON DON Justiniano, DOÑA Eva y DOÑA Montserrat, representados por la Procuradora Doña Pilar Montero Ordóñez y bajo la dirección del Letrado Don David Mayo Álvarez, y como apelada y demandada **CAJA RURAL DE ASTURIAS, SOCIEDAD COOPERATIVA DE CRÉDITO**, representada por la Procuradora Doña María Ángeles Pérez-Peña del Llano y bajo la dirección del Letrado Don Íñigo Martínez González.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los antecedentes de hecho de la sentencia apelada.

SEGUNDO.- El Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Oviedo dictó sentencia en los autos referidos con fecha uno de diciembre de dos mil quince, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que desestimando la demanda formalizada por Don Justiniano, Doña Eva y Doña Montserrat frente a CAJA RURAL DE ASTURIAS, absuelvo a la demandada de las pretensiones frente a ella deducidas.

Se impone a la parte demandante el abono de las costas."

TERCERO.- Notificada la anterior sentencia a las partes, se interpuso recurso de apelación por Don Justiniano, Doña Eva y Doña Montserrat, y previos los traslados ordenados en el art. 461 de la L.E.C., se remitieron los autos a esta Audiencia Provincial con las alegaciones escritas de las partes, no habiendo estimado necesario la celebración de vista.

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

VISTOS, siendo Ponente el Ilmo. Sr. DON JOSÉ LUIS CASERO ALONSO.



FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Demandantes y demandada (la Caja Rural de Asturias) suscribieron el 31-1-2.003 contrato de préstamo hipotecario, novado por escritura otorgada el 25-7-2.008, donde se disponía una limitación a la baja del tipo de interés referencial pactado como interés remuneratorio y por los prestatarios y garantes hipotecarios (los actores) se instó juicio con el fin de que se declarase la nulidad de la cláusula que establecía el predicho límite, con devolución de la suma resultante de su aplicación durante la vigencia del contrato. La demandada se opuso advirtiendo que los actores no eran **consumidores** por venir destinado el préstamo a la adquisición de una licencia para explotación de taxi, de forma que no les era aplicable la legislación sectorial de consumo invocada por aquéllos en apoyo de su pretensión ni, por ende, tampoco la doctrina establecida por el T.S. a partir de su sentencia de 9-5-2.013 sobre el control de transparencia, y la sentencia de la instancia acogió la dicha tesis apoyándose en sentencias emanadas de este mismo tribunal y desestimó la demanda.

No se conforman los actores, quienes recurren argumentando, otra vez y de nuevo, su condición de **consumidores** pero, sobre todo, incidiendo en la falta de incorporación de la cláusula litigiosa de acuerdo con el art. 5 de la LCGC y sus efectos (artículos 7 y 8.1 de la misma Ley), a lo que la demandada y recurrida opuso que la tutela se sustentó en la condición de **consumidores** de la parte y no superación del control de transparencia y no del de incorporación.

SEGUNDO.- En lo relativo a que ninguno de los contratantes del préstamo (prestatarios y garantes) merecen la condición de **consumidores** en razón del destino del nominal del préstamo basta con remitirnos a las consideraciones de la sentencia recurrida, en cuanto al respecto reproduce parcialmente resoluciones de este mismo tribunal, que en casos idénticos rechazan la concurrencia de esa condición, pero ya se ha advertido que en sede de apelación el esfuerzo argumentativo de la recurrente se traslada, en gran medida, a la denuncia de que la cláusula litigiosa no supera el control de incorporación propio de toda condición general de acuerdo con los citados preceptos 5, 7 y 8 de la LCGC, invocando en su apoyo las consideraciones de la sentencia dada por este mismo tribunal en su sentencia de 22-9-2.015 .

Pues bien, la sentencia del TS de 9-5-2.013 (de continua referencia posterior por otras del mismo tribunal) sienta la doctrina de que toda condición general debe de someterse a sendos controles, uno genérico de incorporación conforme a la regulación de la LCGC y otro posterior, más específico, llamado de transparencia en el caso de que en el contratante adherente concorra la condición de "**consumidor**", que va más allá de la incorporación documental de la condición al contrato y de su comprensibilidad gramatical, de lo que cabalmente resulta que, primero, es establecer el control de incorporación para, luego, si es superado y concurre en el contratante adherente la condición de **consumidor**, examinar el de transparencia.

El escrito de recurso se centra, sobremanera, en el primero de los controles, cuando es que en la demanda el que concitó sus esfuerzos argumentativos fue el segundo a partir del presupuesto de la afirmada condición de **consumidor** de la parte; y así es que, como bien advierte la recurrida, en el folio 26 de la demanda expresamente se afirma que la nulidad pretendida se fundamenta en el nº 2 del art. 8 de la LCGC, relativo a las condiciones generales incorporadas a contratos celebrados con los **consumidores**, de forma que no es posible en esta alzada trocar la fundamentación de la causa de pedir residenciándola en el control de incorporación sin, con ello, mutar el objeto del proceso, lo que expresamente viene proscrito por el art. 412 y 456 LEC ni, por tanto, trasladar al caso las consideraciones de nuestra sentencia de 22-9-2.015 , que se limitan, sin más, a seguir el desarrollo argumentativo de la STS de 9-5-2.013 al hacer un primer análisis del control de incorporación como previo y distinto al siguiente de transparencia.

Conscientes las recurrentes de la introducción en la alzada de una mutación en el objeto del proceso, para salvar ese obstáculo recurren ya en la introducción o encabezamiento del recurso a la invocación del principio iura novit curia, con olvido de que éste no puede justificar la mutación del objeto del proceso alterando la causa de la tutela pretendida y en ese sentido el art. 218.1 LEC dispone la facultad del tribunal de acudir a fundamentos de hecho y de derecho distintos de los que las partes se hayan valido "sin apartarse de la causa de pedir", lo que, a su vez, es conforme y consecuente con el debido respeto al derecho de defensa de la parte, que se vería afectado negativamente de forma inadmisiblemente, sorpresivamente, el tribunal se apartase de la causa de pedir modificando el objeto del proceso (STS 6-7-2.014 , 20-12-2.012 y 18-6-2.012).

La causa de pedir es aquel elemento configurador del objeto del proceso que se refiere a los hechos jurídicamente relevantes sobre los que se sustenta el petitum y en el caso de la demanda de estos autos, aunque prolija, con referencias continuas tanto a la LCGC como al derecho de consumo y sectorial bancario, precisó que la tutela se pretendía en razón de no superar la cláusula litigiosa el control de transparencia, sin cuestionar, frontal y decididamente, el de incorporación (sin duda, confiando en el reconocimiento de la condición de **consumidor** de la parte).



Siguiendo con los motivos del recurso; si viene excluido del debate el control de incorporación y la literalidad de la cláusula es fácilmente comprensible y, desde luego, no está afecta de ilegibilidad, no se comprende como puede justificar la parte el error al consentir y lo propio cabe decir respecto de la alegada vulneración de la normativa sectorial bancaria en cuanto destinada a proteger al cliente bancario, exigiendo de la mercantil una conducta precontractual que enlaza con los dichos controles de incorporación y trascendencia.

En lo que sí procede la estimación del recurso es en cuanto a las costas de la instancia, en cuanto que los Tribunales no son todos conformes sobre si en supuestos como el de autos todos los contratantes o, al menos, los garantes merecen la condición de **consumidores** y por lo mismo tampoco procede declaración en cuanto a las costas de esta alzada.

Por todo lo expuesto, la Sala dicta el siguiente

FALLO

Estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por Don Justiniano , Doña Eva y Doña Montserrat contra la sentencia dictada en fecha uno de diciembre de dos mil quince por la Ilma. Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Oviedo , en los autos de los que el presente rollo dimana, que se **REVOCA** en el solo sentido de que no procede expreso pronunciamiento respecto de las costas de la instancia.

Se confirma en lo demás la recurrida.

No procede expreso pronunciamiento respecto de las costas de esta alzada.

Habiéndose estimado parcialmente el recurso de apelación, conforme al apartado 8 de la Disposición Adicional Decimoquinta de la L.O. 1/2009, de 3 de noviembre , por la que se modifica la L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, **procédase a la devolución del depósito constituido por la parte apelante para recurrir.**

Contra esta resolución cabe recurso de casación y/o extraordinario por infracción procesal, en su caso.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo la Letrado de la Administración de Justicia, doy fe.