

AUTO:

AUDIENCIA PROVINCIAL DE

Sección

-

Domicilio : PZA. DECANO EDUARDO IBASETA, S/N - 2º. 33207 GIJÓN

Telf : 985176944-45

Fax : 985176940

Modelo : AUR000

N.I.G.:

ROLLO :

Juzgado procedencia :

Procedimiento de origen :

RECURRENTE :

Procurador/a :

Letrado/a :

RECURRIDO/A :

Procurador/a :

Letrado/a :

A U T O Núm. 77/2014.

ILMOS. SRES.:

PRESIDENTE: DON RAFAEL MARTÍN DEL PESO GARCÍA


MAGISTRADOS: DON RAMÓN IBÁÑEZ DE ALDECOA LORENTE

DON JOSÉ MANUEL TERÁN LÓPEZ.

En GIJÓN, a veintitrés de Junio de dos mil catorce.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Asturias con sede en GIJÓN, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO nº 8/2014, procedentes del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N. 7 de GIJÓN, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) nº 194/2014, en los que aparece como parte apelante, DOÑA AAA y DON BBB, representados por la Procuradora de los tribunales, Sra. EVA VEGA DEL DAGO,





asistida por el Letrado D. JOSE ANTONIO BALLESTEROS GARRIDO, y como parte apelada, "BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A.", representado por el Procurador de los tribunales, Sr. JOAQUÍN SECADES ÁLVAREZ, asistido por el Letrado D. DANIEL MACHADO RUBIÑO.

H E C H O S

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia Núm. 7 de Gijón, en los autos de Juicio Procedimiento Ordinario nº 8/2014, con fecha 6 de Marzo de 2014, se dictó Auto cuya parte dispositiva dice así: "Se acoge la cuestión de competencia, por declinatoria, invocada por la entidad demandada Banco Popular Español, S.A., representada por el Procurador de los Tribunales D. Joaquín Secades Álvarez.

Se declara la incompetencia de este Juzgado para conocer de la segunda de las acciones ejercitadas en la demanda, a que se refiere en apartado tercero del suplico de la misma, en la que se insta la nulidad de la estipulación número uno, apartado tercero, letra h), relativa a la limitación de la variación del tipo de interés aplicable, contenida en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria perfeccionado entre las partes, con fecha veintidós de octubre de dos mil siete.

Se declara que la competencia para el conocimiento de dicha acción corresponde al Juzgado de lo Mercantil correspondiente.

Habiéndose ejercitado por los demandantes D. AAA y D. BBB, representados por la Procuradora de los Tribunales D^a Eva Vega del Dago, acumuladamente, acción solicitando la nulidad de un contrato de permuta financiera de tipos de interés, suscrito entre las partes con fecha de dieciocho de octubre de dos mil siete, se declara la competencia de este Juzgado de Primera Instancia para el conocimiento de dicha pretensión, en la forma que se contiene en los apartados primero y segundo del suplico de la demanda.



No siendo acumulables dichas acciones, se requiere a la arte actora, a través de su representación procesal, a los efectos previstos en el apartado cuarto artículo 73 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para que en el plazo de cinco días manifieste si desiste de alguna de las dos acciones ejercitadas en su demanda o, por el contrario, si se mantiene en el ejercicio de todas las acciones contenidas en el suplico de dicha demanda.

Se apercibe a la parte demandante que, habiéndose declarado que dichas acciones no son acumulables, en el caso de que no subsane dicha situación, en el plazo concedido y, por tanto, se mantuviera la situación o circunstancia actual de imposibilidad de acumulabilidad de las acciones que se pretenden ejercer por la parte actora, se procederá al archivo de las actuaciones sin más trámites.

No se hace pronunciamiento sobre costas causadas en el presente incidente de cuestión de competencia por declinatoria".

SEGUNDO.- Notificada la anterior resolución a las partes, por la representación de DOÑA AAA y DON AAA, se interpuso recurso de apelación y admitido a trámite, previo emplazamiento en forma legal de las partes, se remitieron los autos a esta Audiencia Provincial y, cumplidos los oportunos trámites, en anterior resolución se señaló fecha para la deliberación y votación del presente recurso.

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

VISTOS, siendo Ponente el Iltmo. Sr. Magistrado **DON RAMÓN IBÁÑEZ DE ALDECOA LORENTE**.



PRINCIPADO DE
ASTURIAS

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Recurren en apelación los demandantes, el Auto que, en primera instancia, estima la declinatoria interpuesta por la demandada, "Banco Popular Español S.A.", y declara la incompetencia del Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Gijón para conocer de la segunda de las acciones ejercitadas en la demanda, en la que se insta la nulidad, por abusiva, de la cláusula suelo contenida en el préstamo hipotecario perfeccionado entre las partes, por corresponder el conocimiento de dicha pretensión a los Juzgados de lo Mercantil, y se requiere a dicha parte para que en plazo de cinco días manifieste si desiste de alguna de las acciones indebidamente acumuladas en la demanda (la otra acción ejercitada es la de nulidad del contrato de permuta de tipos de interés asociado al préstamo hipotecario por error en el consentimiento y, subsidiariamente la de responsabilidad por incumplimiento contractual), con el apercibimiento de archivo si no lo hace.

No discute la parte apelante que la cláusula suelo pueda ser una condición general de la contratación, y que el conocimiento de las acciones sobre condiciones generales de la contratación, en los casos previstos en la legislación sobre la materia, corresponde a los Juzgados de lo Mercantil, conforme a lo previsto en el art. 86 ter, 2 d, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, pero sostiene que en la demanda, en relación con la cláusula suelo, no se está ejercitando una acción sobre dicha cláusula en su consideración de condición general de la contratación, pues ni siquiera se cita en ella la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación, sino que la acción que se ejercita es la que dimana del art. 1.303 del Código Civil, en relación con el art. 80.1 del TRLGDCU, los arts. 3, 5 y 7 de la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 5 de mayo de 1.994 y la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2.013.





Efectivamente, en la demanda se solicita la declaración de nulidad de la cláusula suelo, por entender los demandantes que es una cláusula abusiva por falta de transparencia y por no haberse incorporado al contrato con los requisitos exigidos por la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1.994, invocando ésta norma, el art. 81 del TRLGDCU y el art. 1.303 del Código Civil, pero en ningún momento se invoca su carácter de condición general de la contratación como fundamento de la pretensión, ni se solicita la aplicación de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación, de modo que, puesto que el art. 86 ter 2 d de la Ley Orgánica del Poder Judicial atribuye a los Juzgados de lo Mercantil, con jurisdicción especializada dentro de la civil, el conocimiento de las acciones relativas a condiciones generales de la contratación, pero sólo «en los casos previstos en la legislación sobre esta materia», es obvio que en el caso que nos ocupa, la acción no se ejercita al amparo de la LCGC, por lo que el conocimiento del asunto corresponde al Juzgado de Primera Instancia (en el mismo sentido se pronuncian, entre otros, los Autos de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª, de 12 de febrero de 2.010, y Sección 11ª, de 2 de febrero de 2.012, y Barcelona, Sección 15ª, de 30 de marzo de 2.012 y 6 de diciembre de 2.012), máxime cuando la acción se ha acumulado a otra, cuyo conocimiento también corresponde a dicho Juzgado.

Procede, por tanto, estimar el recurso interpuesto, revocar el Auto apelado y desestimar la declinatoria formulada por "Banco Popular Español S.A.", debiendo continuar el procedimiento por sus trámites, al ser acumulables las acciones ejercitadas en la demanda.

SEGUNDO.- No procede hacer expresa imposición de las costas procesales causadas en ésta instancia, en virtud de lo dispuesto en el artículo 398-2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.



PRINCIPADO DE
ASTURIAS

PARTE DISPOSITIVA

Por lo expuesto, éste Tribunal **ACUERDA:**

Estimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de D^a AAA y D. BBB, contra el Auto dictado el 6 de marzo de 2.014, por el Juzgado de Primera Instancia n^o 7 de Gijón, en los autos de Juicio Ordinario n^o 8/2014, y, en consecuencia, revocar la citada resolución, desestimar la declinatoria formulada por "Banco Popular Español S.A.", por ser competente el Juzgado de Primera Instancia n^o 7 de Gijón para el conocimiento de todas las acciones acumuladas en la demanda, debiendo continuar el procedimiento por sus trámites, todo ello sin hacer expresa imposición de las costas procesales causadas en esta instancia.

Así por este nuestro Auto, lo acordamos, mandamos y firmamos. Doy fe.





DILIGENCIA.- Seguidamente la extiendo yo, el Secretario, para hacer constar que por los Iltmos. Sres. Magistrados de esta Sección se ha dictado el anterior Auto.- Doy fe.-

