

**¿DEMANDAR A LA PROMOTORA DE LA VIVIENDA ADQUIRIDA ES
NECESARIO PARA INTERPONER ACCIONES DE NULIDAD CONTRA
CLÁUSULAS ABUSIVAS INCORPORADAS EN EL PRÉSTAMO?**

**Comentario a la SAP de Sevilla (Sección 5ª) de 6 de marzo de 2017 (Recurso
2569/2016)**

Mª del Mar Garrido Gómez
Graduada en Derecho
Universidad de Castilla-La Mancha
Estudiante de Máster en Kühnel Escuela de Negocios

Fecha de publicación: 9 de noviembre de 2017

1. SAP de Sevilla (Sección 5ª) de 6 de marzo de 2017

Con fecha 22 de enero de 2016, el Juzgado de lo Mercantil nº1 de Sevilla dictó sentencia, estimando las pretensiones de Dña. Flora y D. Luis Antonio (parte demandante) contra Caixabank. En ella declaran nula por abusiva la cláusula relativa al límite a la variación del tipo de interés, conocida como cláusula suelo. Ante tal resolución, la parte demandada interpone recurso de apelación, pues alega que se cumplieron con todos los preceptos legales de transparencia y que la mencionada cláusula fue pactada con la promotora de viviendas “Residencial el Florindo, S.L.”, siendo a esta parte a la que corresponde informar al comprador sobre las condiciones del préstamo en el que se subroga, al ser a ésta a quién le fue concedido el préstamo hipotecario.

Ante tal alegación, entra el Tribunal a analizar la participación o no de la promotora de viviendas en el proceso. Ello es así debido a que la parte demandante se subroga en una parte del préstamo concedido por Caixabank a “Residencial el Florindo S.L.”, concretamente en la parte relativa a la vivienda adquirida y que garantiza esa parte del préstamo, sin subrogarse en la totalidad. De ello se desprende que los demandantes no son deudores únicos, sino que la decisión

respecto de la nulidad o no de la cláusula insertada en el contrato de préstamo hipotecario relativa al límite a la variación del tipo de interés también resulta de importancia a la promotora de viviendas ya que le afectan directamente las consecuencias dimanadas de la declaración de nulidad al continuar produciendo efectos al resto del préstamo garantizado con hipoteca.

2. Litisconsorcio pasivo necesario y los fundamentos del Tribunal

Al encontrarnos ante una subrogación parcial del préstamo hipotecario contraído entre la mercantil y Caixabank y no ante una novación con cambio de titularidad del préstamo, el Tribunal entra a determinar la necesidad de contar en el proceso con la promotora. Esto es así debido a que la parte demandante se subroga en una parte del préstamo promotor, no en la totalidad, lo que a vista del Tribunal, causa una indefensión hacia la promotora.

Esta situación lleva al Tribunal a plantear de oficio la existencia o no de la figura procesal del litisconsorcio pasivo necesario, por cuanto los demandantes pretenden la nulidad de una cláusula insertada en la escritura de préstamo hipotecario concedido a la mercantil y sin que ésta haya sido oída en juicio al no haber sido demandada, pero que se ve afectada directamente por las consecuencias de la declaración de nulidad, a razón de que, al haberse subrogado en una parte los demandados, el contrato entre Caixabank y “Residencial el Florindo SL” sigue surtiendo efectos en cuanto al resto del préstamo y que pertenece a ésta.

Es reiterada doctrina del TS que es necesario que todos aquellos que pueden verse afectados por la resolución estén presentes en el proceso. Dicha excepción puede y debe ser apreciada de oficio por los Tribunales en base al principio de orden público de veracidad de la cosa juzgada y para evitar fallos contradictorios, pues “nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio, y de ahí la necesidad de que la legitimación pasiva se halle integrada correctamente mediante el llamamiento de todos los sujetos que puedan estar afectados por la resolución que recaiga”. Si fuera de otro modo, se estaría vulnerando el art. 24 de la CE relativo a la tutela judicial efectiva y a la defensa de sus intereses legítimos.

Estima el Tribunal en este caso, que la relación jurídica planteada por la parte demandante no ha sido bien constituida, apreciándose una falta de litisconsorcio pasivo necesario.

Ello es así no sólo en base al hecho de que la mercantil mantiene una parte del préstamo y que por tanto se ve afectada por la resolución de nulidad de cláusula suelo, sino que, además, los demandantes pretenden la nulidad de la cláusula que



limita la variabilidad en el tipo de interés del contrato de préstamo promotor, es decir, la cláusula suelo incorporada a la escritura de préstamo hipotecario llevada a cabo entre “Residencial el Florindo SL” y Caixabank y no la nulidad de la cláusula suelo insertada en la escritura de subrogación hipotecaria que afecta a la parte garantizada con hipoteca sobre la vivienda que han adquirido.

Si éste hubiese sido el caso, es decir, los demandantes hubiesen interpuesto acciones de nulidad de la cláusula incorporada en su contrato de subrogación, la sentencia dimanada de éstas tan solo afectaría a la referida cláusula y por tanto la valoración de si cláusula ha sido insertada al contrato cumpliendo con los requisitos de información, transparencia y comprensión exigibles sería particular, sin verse afectados terceros. Ahora bien, la demanda interpuesta no es esto lo que pide, ni es el objeto de la acción de nulidad que se deduce, sino que se trata de una pretensión contra la cláusula insertada en el préstamo promotor y en el que la mercantil “negoció las condiciones financieras con la entidad de crédito, por lo que la legislación aplicable para valorar la incorporación de la cláusula al contrato no es la misma que cuando el prestatario es un consumidor”.

Al ser esto así, y teniendo en cuenta que la subrogación es parcial, persistiendo el contrato de préstamo hipotecario y produciendo sus efectos entre la prestataria “Residencial el Florindo SL” y Caixabank, si se declarase nula la cláusula de limitación a la variación del tipo de interés contenida en el préstamo promotor, “se estaría afectando a una condición financiera del mismo que fue pactado por un tercero, sin que este tercero haya sido oído en el proceso y haya manifestado lo que a su derecho conviniera”.

En base a estos hechos y a la doctrina del Tribunal Supremo referente a la figura procesal del litisconsorcio pasivo, la Audiencia Provincial ve necesario “llamar a juicio a todas las personas que, en virtud de disposición legal o por razón de inescindibilidad de la relación jurídica material, pueden estar interesadas directamente o pueden resultar afectadas en la misma medida por la solución que se dicte en el proceso”, dando así cumplimiento al principio de audiencia y evitando indefensión jurídica de quienes no han sido llamados al litigio cuando deben serlo. Y por ello consideran mal constituida la relación procesal planteada, pues debe ser oída la mercantil y, por tanto, esto les impide entrar en la resolución del fondo del asunto. Determinando finalmente la nulidad de las actuaciones llevadas hasta el momento, retrotrayéndose al trámite anterior a la audiencia previa y así subsanar por los demandantes el vicio procesal por falta de litisconsorcio pasivo necesario, incluyendo en la demanda a la sociedad “Residencial el Florindo SL”.



De la lectura de la SAP de Sevilla se desprende un hecho claro, esta sentencia no es la única que menciona, hace alusión y declara la necesidad de incluir a todas aquellas personas que puedan verse afectadas por el fallo. Siendo el litisconsorcio pasivo necesario un requisito indispensable de naturaleza procesal, fundado en el principio de audiencia y de prohibición de la indefensión, robusteciendo la eficacia del proceso y evitando sentencias contradictorias o resoluciones que no puedan ser efectivas contra los que no fueron llamados. Llegando incluso a poder ser planteado el litisconsorcio de oficio en la fase de casación.

Ahora bien, no queda claro qué indefensión provocaría la eliminación de la cláusula al promotor, todo lo más que podría suceder es que aprovecharse esta declaración viéndola eliminada de su préstamo.