



Roj: **STS 4123/2017 - ECLI:ES:TS:2017:4123**

Id Cendoj: **28079110012017100608**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **24/11/2017**

Nº de Recurso: **1282/2015**

Nº de Resolución: **645/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **RAFAEL SARAZA JIMENA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 6/2015,**  
**STS 4123/2017**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 645/2017**

Fecha de sentencia: 24/11/2017

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 1282/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 15/11/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena

Procedencia: Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimoquinta

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

Transcrito por: ACS

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 1282/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 645/2017**

Excmos. Sres.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Saraza Jimena



D. Pedro Jose Vela Torres

En Madrid, a 24 de noviembre de 2017.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación respecto de la sentencia núm. 3/2015 de 9 de enero, dictada en grado de apelación por la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 223/2013 del Juzgado de lo Mercantil 2 de Barcelona, sobre nulidad contractual.

El recurso fue interpuesto por D. Luis Alberto y D.<sup>a</sup> Mariana, representados por la procuradora D.<sup>a</sup> María José Rodríguez Teijeiro y bajo la dirección letrada de D.<sup>a</sup> Cristina Muntañola Álvarez.

Es parte recurrida Banco Popular Español S.A., representado por el procurador D. Miguel Ángel Montero Reiter y bajo la dirección letrada de D. Jorge Capell Navarro.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- El procurador D. Jesús de Lara Cidoncha, en nombre y representación de D. Luis Alberto y D.<sup>a</sup> Mariana, interpuso demanda de juicio ordinario contra Banco Pastor (Grupo Banco Popular), en la que solicitaba se dictara 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 de los dos contratos de préstamo a interés variable que establecen un tipo mínimo y un máximo 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 Banco Pastor a la devolución al prestatario de la cantidad de 9.534,38 € cobrada en virtud de la aplicación de la referida cláusula, con sus intereses legales devengados desde la fecha de cada cobro.
- » 4. Condene a Banco Pastor al pago a favor del prestatario de todas aquellas 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 el interés legal incrementado en dos puntos conforme a lo establecido en el artículo 576 LEC.
- » 6. Condene en costas a la parte demandada, con expresa imposición».

2.- La demanda fue presentada el 8 de marzo de 2013 y repartida al Juzgado de lo Mercantil 2 de Barcelona y fue registrada con el núm. 223/2013. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- El procurador D. Carlos Montero Reiter, en representación de Banco Popular Español S.A., contestó a la demanda solicitando su desestimación, con expresa condena en costas a la parte actora.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-juez del Juzgado de lo Mercantil 2 de Barcelona, dictó sentencia 215/2013 de 29 de octubre, con la siguiente parte dispositiva:

«Estimo parcialmente la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales D. Jesús de Lara Cidoncha, en nombre y representación de D. Luis Alberto y Dña. Mariana contra la entidad Banco Popular S.A. y declaro:

- » 1.- La nulidad radical de la condición general de la contratación incluida en el pacto 4 de la Escritura de Préstamo hipotecario de 16 de noviembre de 2003, asumida por la escritura de 24 de noviembre de 2005, que establece que "límite a la variación del tipo de interés: las partes acuerdan que, en todo caso, el tipo resultante de la revisión del tipo de interés aplicable sea este el ordinario o el sustitutivo, no podrá ser inferior al 2,90 € nominal anual" condenando a la referida entidad demandada a eliminar dicha condición general de la contratación del contrato referido.
- » 2.- No se imponen las costas del procedimiento».

### SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*



1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Banco Popular Español S.A. La representación de D. Luis Alberto y D.<sup>a</sup> Mariana , se opusieron al recurso interpuesto de contrario.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, que lo tramitó con el número de rollo 40/2014 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia 3/2015 de 9 de enero , cuya parte dispositiva dispone:

«Estimamos el recurso de apelación interpuesto por Banco Popular Español, S.A. contra la sentencia del Juzgado Mercantil núm. 2 de Barcelona de fecha 29 de octubre de 2013 , dictada en las actuaciones de las que procede este rollo, que revocamos y [en] su lugar disponemos que resulta improcedente entrar en el fondo respecto de la acción de nulidad, al apreciar la concurrencia de litispendencia en relación con el JO 177/2001 del Juzgado Mercantil 9 de Madrid, actualmente pendiente de resolución por parte del Tribunal Supremo.

» No se hace imposición de las costas de ninguna de las instancias y se ordena la devolución del depósito constituido».

**TERCERO.- Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación**

1.- El procurador D. Jesús de Lara Cidoncha, en representación de D. Luis Alberto y D.<sup>a</sup> Mariana , interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

El motivo del recurso extraordinario por infracción procesal fue:

«Único.- Al amparo del art. 469.1.4º LEC , vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución , en concreto, derecho a la tutela judicial efectiva.

» Infracción de los artículos 410 , 222 y 410 (sic) de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil , en relación a los requisitos para que pueda estimarse la excepción de litispendencia, así como existencia de jurisprudencia contradictoria en cuanto a la estimación o no de la excepción de litispendencia.

» Infracción del artículo 11.1 LEC enlazado con la vulneración del art. 24 de la Constitución ».

El motivo del recurso de casación fue:

«Único.- Interdicción de la arbitrariedad: Contradicción de la Sección 15.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Barcelona con resoluciones dictadas con anterioridad en las que sí se pronunciaba sobre el fondo sin apreciar de oficio la excepción de litispendencia que sí aprecia en la sentencia que aquí se recurre».

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 19 de julio de 2017, que admitió el recurso y acordó dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizaran su oposición.

3.- Banco Popular Español S.A. se opuso al recurso de casación interpuesto.

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 15 de noviembre de 2017, en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.- Antecedentes del caso**

1.- Los hoy recurrentes interpusieron una demanda contra Banco Popular Español S.A. (en lo sucesivo, Banco Popular) en la que solicitaban que se declarara la nulidad de la condición general que contiene la cláusula suelo y se condenara a Banco Popular a restituirles las cantidades indebidamente cobradas en aplicación de dicha cláusula.

El Juzgado Mercantil desestimó la excepción de litispendencia, entró en el fondo y estimó íntegramente la demanda.

2.- Banco Popular apeló la sentencia. En lo que aquí interesa, la sentencia de la Audiencia Provincial estimó la excepción de litispendencia por cuanto que estaba tramitándose un proceso en el que se había ejercitado una acción colectiva para que se declarara el carácter abusivo de la cláusula cuestionada, y en ese proceso no había recaído todavía sentencia.



Por tal razón, la Audiencia, en su sentencia, dejó imprejuzgada la acción de nulidad de la cláusula suelo, así como la de restitución de las cantidades indebidamente cobradas, porque exige como antecedente necesario la estimación de la acción de nulidad.

**3.-** Los recurrentes han interpuesto un recurso extraordinario por infracción procesal basado en dos motivos y un recurso de casación basado en uno.

**SEGUNDO.-** *Los recursos extraordinarios interpuestos no son admisibles porque el recurso de casación no se basa en la infracción de una norma aplicable al objeto del proceso*

**1.-** El presente litigio tiene una cuantía inferior a 600.000 euros, por lo que solo tiene acceso a casación por la vía del interés casacional. En tal caso, para que pueda interponerse el recurso extraordinario por infracción procesal es preciso que se admita el recurso de casación (disposición final decimosexta, apartado primero, regla quinta), pues la inadmisión de este determina la del recurso extraordinario por infracción procesal.

**2.-** En el recurso de casación no solo no se cita en el encabezamiento cuál es la norma infringida, que es requisito ineludible para la admisión del recurso de casación, sino que además las alegaciones que se contienen en el desarrollo del motivo siguen sin referirse a norma sustantiva alguna como infringida y se refieren a cuestiones distintas de la que constituye el objeto del proceso, única sobre la que puede versar la infracción legal denunciada en el recurso de casación conforme al art. 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

**3.-** Por las razones expuestas, los recursos extraordinarios interpuestos son inadmisibles. En este momento procesal, la causa de inadmisión se convierte en causa de desestimación.

**TERCERO.-** *Costas y depósitos*

**1.-** De acuerdo con lo previsto en el artículo 398.1 en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil , las costas de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación deben ser impuestas a los recurrentes.

**2.-** Procede acordar también la pérdida de los depósitos constituidos de conformidad con la disposición adicional 15.ª, apartado 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

**1.º-** Desestimar de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por D. Luis Alberto y D.ª Mariana , contra la sentencia 3/2015 de 9 de enero, dictada por la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el recurso de apelación núm. 40/2014 .

**2.º-** Imponer a los recurrentes las costas de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación que desestimamos, así como la pérdida de los depósitos constituidos.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.