



Roj: **SAP B 6/2015 - ECLI:ES:APB:2015:6**

Id Cendoj: **08019370152015100006**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **09/01/2015**

Nº de Recurso: **40/2014**

Nº de Resolución: **3/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JUAN FRANCISCO GARNICA MARTIN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

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

## **AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA**

### **SECCIÓN DECIMOQUINTA**

Rollo núm. 40/2014-1ª

Juicio Ordinario núm. 223/2013

Juzgado Mercantil núm. 2 Barcelona

### **SENTENCIA núm. 3/2015**

#### **Composición del tribunal:**

JUAN F. GARNICA MARTÍN

JOSÉ MARÍA RIBELLES ARELLANO

BLANCA TORRUBIA CHALMETA

En la ciudad de Barcelona, a nueve de enero de dos mil quince.

**VISTOS** en grado de apelación por la Sección Decimoquinta de esta Audiencia Provincial los presentes autos de juicio ordinario, tramitados con el número arriba expresado por el Juzgado Mercantil número 2 de esta localidad, por virtud de demanda de Donato y Adriana contra Banco Pastor, S.A. (hoy, Banco Popular Español, S.A.), pendientes en esta instancia al haber apelado la demandada la sentencia que dictó el referido Juzgado el día 29 de octubre de 2013.

Han comparecido en esta alzada la apelante Banco Popular Español, S.A., representada por el procurador de los tribunales Sr. Montero y defendida por el letrado Sr. Capell, así como los demandantes en calidad de parte apelada, representados por el procurador Sr. De Lara y defendidos por la letrada Sra. Muntañola.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** La parte dispositiva de la sentencia apelada es del tenor literal siguiente: FALLO: << *Estimo parcialmente la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales D. Jesús de Lara Cidoncha, en nombre y representación de D. Donato y Dña. Adriana 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.** Contra la anterior sentencia interpuso recurso de apelación Banco Popular Español, S.A. Admitido en ambos efectos se dio traslado a la contraparte, que presentó escrito impugnándolo y solicitando la confirmación de la sentencia recurrida, tras lo cual se elevaron las actuaciones a esta Sección de la Audiencia Provincial, que señaló votación y fallo para el día 28 de mayo pasado.

Actúa como ponente el magistrado Sr. JUAN F. GARNICA MARTÍN, presidente de la Sección.

## FUNDAMENTOS JURIDICOS

### PRIMERO . Términos en los que aparece planteado el esta instancia el litigio que enfrenta a las partes

1. El Sr. Donato y la Sra. Adriana ejercitaron frente a Banco Pastor, S.A. (hoy Banco Popular, S.A.) una acción de nulidad, por su carácter abusivo, de la cláusula suelo incorporada como condición general al contrato de préstamo a interés variable que tienen suscrito con la entidad financiera demandada. Solicitaba la condena a la demandada a eliminar dicha condición del contrato y a devolverle la cantidad de 9.534,38 euros, con sus intereses legales, que afirmaba que la demandada había percibido de forma indebida como consecuencia de la aplicación de tal estipulación, así como de las cantidades posteriores que se fueran pagando como consecuencia de la referida estipulación.

2. Banco Popular se opuso a la demanda alegando:

a) Litispendencia, derivada de la existencia de un previo proceso seguido a instancia de la Organización de **Consumidores** y Usuarios (OCU) en ejercicio de una acción colectiva que tiene como objeto la declaración de nulidad de todas las cláusulas suelo incorporadas a las escrituras de préstamo suscritas por la demandada. Dicho proceso, se afirmaba, se encuentra pendiente de la decisión de la Audiencia Provincial de Madrid, después de que el Juzgado Mercantil desestimara en primera instancia la demanda.

b) Las cláusulas como la impugnada son legítimas y están admitidas expresamente por diversas disposiciones legales y por el Banco de España y constituyen una parte del precio del préstamo, sin que puedan ser consideradas una condición general de la contratación.

c) Son cláusulas claras y transparentes y no pueden ser consideradas como predisuestas ni impuestas sino que son fruto de la negociación entre las partes.

d) No son cláusulas abusivas, dado que respetan las exigencias de la buena fe y no causan un desequilibrio en las prestaciones.

3. La resolución recurrida entró en el fondo, tras haberse desestimado previamente la excepción de litispendencia, y estimó íntegramente la demanda declarando la nulidad de la estipulación impugnada a la vez que condenó al Banco demandado a eliminarla del contrato y a devolver a los actores las cantidades reclamadas con sus intereses legales.

4. El recurso de Banco Popular se funda en los siguientes motivos:

a) Inaplicabilidad de la LCGC a estas cláusulas. Resulta improcedente el control de contenido (abusividad), por cuanto la estipulación impugnada es relativa a un elemento esencial del contrato, cual es la fijación del precio.

b) Error en la valoración de la prueba:

i) No concurre el requisito de la falta de predisposición.

ii) Ausencia de imposición de la cláusula impugnada, que fue negociada por los demandantes con el Banco.

c) No está justificada la apreciación de abusividad porque la cláusula no es contraria a la buena fe ni impone un desequilibrio en las prestaciones y es transparente.

### SEGUNDO . Sobre la apreciación *ex officio judicis* de litispendencia respecto de la pretensión de nulidad

5. La litispendencia (igual que la cosa juzgada), forma parte del orden público procesal, de forma que tanto el órgano de la primera instancia como el de la segunda deben apreciarla de oficio cuando hayan sido introducidos en el proceso los hechos que las justifican. La parte demandada opuso al contestar a la demanda litispendencia con fundamento en la existencia de un proceso previo instado por la OCU, del que estaba conociendo la Audiencia Provincial de Madrid (Rollo de Apelación 161/2012 , dimanante de JO 177/2011 del



Juzgado Mercantil 9 de Madrid) en el que se había instado la nulidad de esa misma estipulación que incluye en sus contratos de préstamo.

**6.** Somos conscientes de la diversidad de respuestas que se está dando por los tribunales a las relaciones existentes entre un proceso en el que se haya ejercitado una acción colectiva de cesación contra una determinada estipulación contractual y los posteriores procesos instados por los afectados individualmente por la referida condición general. Esa Sección afrontó esa cuestión en su Auto de 9 de octubre pasado (RA 500/2013) en el que justificábamos las razones por las que estimamos que concurre litispendencia entre la acción colectiva de cesación y la acción individual de nulidad con los argumentos que transcribimos a continuación, que literalmente coinciden con lo afirmado en aquella otra resolución.

« **7.** Para resolver sobre las cuestiones que plantea el recurso es preciso hacer unas consideraciones previas respecto de las acciones colectivas y las normas de coordinación con las acciones individuales.

**8.** Las acciones colectivas son de reciente incorporación a nuestro ordenamiento jurídico, pues no es hasta prácticamente el inicio de la vigencia de la LEC de 2000 hasta cuando no pueden considerarse introducidas en nuestro ordenamiento, por más que la Ley de Condiciones de la Contratación, de 1998, ya hiciera referencia a las mismas. No obstante, es la LEC el Texto normativo que introduce las normas que nos permiten hacernos una idea de cuál es su régimen procesal.

**9.** El examen de esas normas, que se encuentran dispersas en todo su articulado ( arts. 6 , 7 , 11 , 15 , 76 , 78 , 221 , 222 y 519 LEC ), pone de manifiesto que se trata de una regulación que deja abiertas muchas dudas al intérprete, como efectivamente ha ocurrido. Entre esas dudas se encuentra el régimen de compatibilidad y/o coordinación con las acciones de carácter individual con las que esas acciones pueden entrar en colisión.

**10.** Las opciones que se ofrecían al legislador eran sustancialmente dos:

a) El sistema norteamericano ( class actions ), que establece la afectación de la acción individual como consecuencia de la acción colectiva, tanto en sentido favorable como desfavorable, y que extiende la cosa juzgada a todos los integrantes del grupo de los afectados, si bien permite que a título individual pueda evitarse tal afectación mediante el ejercicio de un derecho de optar por autoexcluirse del grupo ( opt out ), mediante su expresa manifestación en ese sentido.

b) Otros sistemas, como el brasileño, que también extiende los efectos a todos los afectados, pero únicamente para el caso de que la resolución que ponga término a la acción colectiva sea favorable a los intereses del grupo. No así cuando el resultado sea adverso a los intereses del grupo.

**11.** Lo establecido en el artículo 222.3 LEC evidencia que nuestro legislador optó claramente por un sistema de afectación personal de lo resuelto en la acción colectiva a todos los integrantes del grupo, esto es, a todos los afectados, tanto en el caso de que lo resuelto sea favorable como adverso. Y en nuestro sistema no se ha regulado el derecho de autoexcluirse del grupo, de manera que los derechos de los afectados podemos considerar que se limitan a los que resultan del artículo 15 LEC , esto es, intervenir en el proceso, o bien solicitar la acumulación de la acción individual a la colectiva (siempre que se cumplan los requisitos que exige el artículo 76.2.1.º LEC ) o interesar la extensión de los efectos del pronunciamiento en fase de ejecución ( artículo 519 LEC ).

**12.** Por consiguiente, si se extienden a los particulares titulares de acciones individuales los efectos de la acción colectiva con los atributos propios de la cosa juzgada, de ello se sigue la idea de que tienen absolutamente vedado iniciar con posterioridad a la acción colectiva acciones de carácter individual que versen sobre el mismo objeto, ya que cosa juzgada y litispendencia no son más que dos aspectos de una misma cuestión separados por una perspectiva temporal. La litispendencia se produce de forma provisional en los mismos supuestos en los que vendrá a operar el efecto negativo de la cosa juzgada, impidiendo la apertura del proceso o su continuación una vez iniciado. De manera que tiene razón la recurrente cuando alega que no se cumplen en el supuesto enjuiciado los presupuestos establecidos en el artículo 43 LEC , norma que regula la prejudicialidad civil, sino que lo que existe es identidad de objeto. Por consiguiente, lo que debió haber estimado el juzgado mercantil no es la alegación de prejudicialidad sino la de litispendencia» .

**13.** Ello nos autoriza a ir más allá de lo que los términos del recurso permiten para modificar el contenido del pronunciamiento recurrido y establecerlo en términos más onerosos incluso para la parte recurrente, dado que lo procedente, al menos respecto de la pretensión de nulidad de la estipulación, es no entrar en su enjuiciamiento, que debe quedar prejuzgado y sometido a los efectos que resulten del proceso sobre la acción colectiva, conforme a lo que resulta del artículo 421.1. LEC .

**TERCERO. Sobre los efectos respecto de la pretensión de devolución de cantidades**



14. En una resolución posterior, nuestro Auto de veintinueve de octubre de 2014 (RA 505/2013), recaída en un proceso seguido también contra la misma demandada en este proceso y por la misma estipulación, hemos distinguido entre el alcance del proceso sobre la acción colectiva respecto de la acción de nulidad y respecto de la acción de devolución de cantidades indebidamente percibidas. Ello es consecuencia de que, a diferencia de lo que ocurre en otros procesos en los que se ha ejercitado la acción de cesación, en los que también se ejercitó la acción de devolución de cantidades, en el proceso seguido ante el Juzgado Mercantil 9 de Madrid (JO 177/2011 ) no se ejercitó más que la acción de cesación.

15. En el apartado 21 de la referida resolución decíamos, y tales apreciaciones son íntegramente de aplicación en este caso: « *En cambio, respecto de la acción de restitución existe prejudicialidad, en la medida en que el éxito de la misma depende de un antecedente lógico que es objeto de enjuiciamiento en la acción colectiva, esto es, que se considere que la estipulación impugnada es nula por ser abusiva. Aunque la existencia de esa situación de prejudicialidad no hubiera impedido al juez de la acción individual juzgar sobre ella (limitándose a la acción de restitución, aunque pronunciándose a los solos efectos prejudiciales respecto de la abusividad de la estipulación cuestionada), el artículo 43 LEC le habilita a poder suspender el procedimiento siempre que se cumplan una serie de requisitos:*

a) *Que exista petición de alguna de las partes, como en el supuesto enjuiciado ha ocurrido.*

b) *Que para decidir sobre el objeto del proceso sea necesario decidir sobre alguna cuestión que a su vez constituya el objeto principal de otro proceso pendiente ante el mismo o distinto tribunal.*

c) *Que no se posible la acumulación de autos ».*

16. La existencia de esa relación de prejudicialidad podría determinar la suspensión del proceso sobre la acción individual (en cuanto a la pretensión de devolución de cantidades) siempre que se cumplan todos los presupuestos establecidos en el artículo 43 LEC y el juez lo hubiera estimado conveniente, como ocurría en el supuesto que enjuiciábamos en el Rollo 505/2013. Pero también puede determinar que no se suspenda el curso de las actuaciones y que el proceso prosiga hasta sentencia, como en el caso ha ocurrido.

17. Aunque la demandada opuso al contestar a la demanda la existencia de prejudicialidad, también llamada litispendencia impropia, y solicitó la suspensión de las actuaciones, el juzgado no accedió a ella y en el recurso ya no insiste en esa cuestión. Esa es razón suficiente para que ni siquiera nos podamos plantear en este momento la suspensión de las actuaciones al amparo de lo establecido en el artículo 43 LEC .

18. Al contrario de lo que ocurre en el caso de la litispendencia, que es apreciable de oficio porque afecta al orden público procesal, la prejudicialidad o litispendencia impropia no tiene el mismo tratamiento, de manera que la posibilidad de decretar la suspensión obedece a meras razones de conveniencia práctica, esto es, la conveniencia de evitar el riesgo de pronunciamientos contradictorios (igual que sucede en el caso de la acumulación de autos).

19. Por consiguiente, al ser desestimatoria la sentencia de la pretensión de devolución de las cantidades no haberla recurrido los demandantes, estimamos que no podemos entrar en ella.

#### **CUARTO. Costas**

20. Conforme a lo que resulta del artículo 394.1 LEC , y atendidas las dudas de derecho que plantea el caso, estimamos que no es procedente hacer imposición de las costas.

21. Conforme a lo que se establece en el art. 398 LEC , no procede hacer imposición de las costas, al haberse estimado el recurso, aunque por motivos distintos a los que constituyen su contenido, razón por la que es procedente ordenar la devolución del depósito constituido al recurrir.

#### **FALLAMOS**

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 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 177/2011 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.



Contra la presente resolución podrán las partes legitimadas interponer recurso de casación y/o extraordinario por infracción procesal, ante este Tribunal, en el plazo de los 20 días siguientes al de su notificación, conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación.

Remítanse los autos originales al juzgado de procedencia con testimonio de esta sentencia, una vez firme, a los efectos pertinentes.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.-** La anterior sentencia ha sido leída y hecha pública por el magistrado ponente en la audiencia pública del mismo día de su fecha, a mi presencia, doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ