



Roj: **AAP B 1/2015 - ECLI:ES:APB:2015:1A**

Id Cendoj: **08019370172015200001**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **17**

Fecha: **21/01/2015**

Nº de Recurso: **561/2014**

Nº de Resolución: **18/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA SANAHUJA BUENAVENTURA**

Tipo de Resolución: **Auto**

## AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

### SECCIÓN DIECISIETE

#### ROLLO Nº 561/2014-B

Procedimiento ordinario 155/2014 Juzgado Primera Instancia 1 Vic

Luis Manuel Y Sacramento c/ BANCO POPULAR ESPAÑOL, SA

#### **AUTO** núm. **18/2015**

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. José Antonio Ballester Llopis

D<sup>a</sup> María Pilar Ledesma Ibáñez

D<sup>a</sup> María Sanahuja Buenaventura

En Barcelona, a veintiuno de enero de dos mil quince

## HECHOS

**PRIMERO.-** Se aceptan los del auto dictado en fecha 8 de mayo de 2014, por el Juzgado Primera Instancia 1 Vic, en el incidente dimanante del Juicio Procedimiento ordinario número 155/2014, promovido por Luis Manuel y Sacramento, contra BANCO POPULAR ESPAÑOL, SA, siendo la parte dispositiva del auto apelado del tenor literal siguiente:

"Que DEBO DECLARAR Y DECLARO la incompetencia de este Juzgado para conocer y decidir sobre la acción entablada por el Procurador Don ROSSEND ARIMANY SOLER, en nombre y representación de Don Luis Manuel y Doña Sacramento contra BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. al ser competentes los Juzgados de lo Mercantil."

**SEGUNDO.-** Contra el anterior auto se interpuso recurso de apelación por Luis Manuel y Sacramento, que fue admitido y, tras los trámites legales, se señaló día para la celebración de la votación y fallo que ha tenido lugar el día veintiuno de enero de dos mil quince.

**VISTOS** siendo Ponente la Ilma. Sra. Magistrada D<sup>a</sup> María Sanahuja Buenaventura.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Don. Luis Manuel y Sacramento interpusieron demanda de juicio ordinario contra BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. solicitando se declare la nulidad de la cláusula suelo-techo (4%- 7%), del contrato de préstamo con garantía hipotecaria de fecha 28-5-2007, y se la condene a restituir las cantidades que se hubieren podido cobrar en exceso.



El juzgador a quo se planteó de oficio la falta de jurisdicción al amparo del Artículo 86 ter.2.d) de la Ley Orgánica del Poder Judicial , que deriva a la jurisdicción mercantil el ejercicio de las acciones relativas a condiciones generales de la contratación. El Ministerio Fiscal presentó informe considerando que es una acción que debe ejercitarse ante los Juzgados de lo Mercantil. La parte actora estima que la competencia corresponde al Juzgado de Primera Instancia. Y el Juzgado resolvió declarar su incompetencia, argumentando:

"Examinada la demanda, entiende quien resuelve que este Juzgado no es competente para conocer de la acción que se plantea contra BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A., toda vez que las cláusulas cuya nulidad se pretende tienen la consideración de condiciones generales de la contratación. La Ley 7/1998 incluye como acciones específicas las colectivas de cesación, retractación y declarativa de condiciones generales, refiriéndose también a acciones individuales ( arts. 8 y 9 LCGC). Por tanto, como informa el Ministerio Fiscal, debe entenderse que a dichas acciones -y por ende a la ejercitada por la demandante- se refiere el art. 86 ter.2 d) LOPJ cuando regula la competencia objetiva de los Juzgados de lo Mercantil".

**SEGUNDO.-** La representación de Don. Luis Manuel y Sacramento reitera en su recurso que su demanda para solicitar la nulidad de la cláusula suelo contenida en el préstamo hipotecario se basa en los fundamentos de la Sentencia 241/2013 del Tribunal Supremo de 9-5-2013 , en la que se indica que la nulidad no se basa en la aplicación de ninguna norma que se contenga en la Ley de Condiciones Generales de Contratación, sino en la falta de transparencia, de información y claridad de la cláusula, pues no se cumple con las exigencias de transparencia que impone la Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios, que es lo alegado por la parte en este caso, por lo que la competencia es del Juzgado de Primera Instancia.

**TERCERO.-** Examinada la demanda se aprecia que la causa de pedir determinante de la nulidad se asienta en la existencia de cláusula abusiva de conformidad con la normativa protectora de consumidores y usuarios. Este es el fundamento normativo primordial que da cobertura a la pretendida nulidad de la cláusula contractual por más que también se invoque en el cuerpo de la demanda, en cita aislada, la Ley de Condiciones Generales de la Contratación , que es la norma que podría atraer la competencia de los juzgados mercantiles , de acuerdo con el art. 86 ter apartado 2.d ) LPOJ: "2. Los juzgados de lo mercantil conocerán, asimismo, de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil, respecto de: d) Las acciones relativas a condiciones generales de la contratación en los casos previstos en la legislación sobre esta materia". Pero esta cita, en el contexto de la demanda, constituye un apoyo complementario, accesorio o residual para reforzar la inexistencia de negociación de la cláusula. La demanda no pretende la ineficacia del contrato como consecuencia de la nulidad, por infracción de la LCGC, de alguna o algunas de las condiciones generales de la contratación que contiene, o porque alguna o algunas cláusulas deban tenerse por no incorporadas al contrato ( arts. 9 LCGC), pretende la aplicación de la LGDCU al modo en que lo hizo el TS en la sentencia que cita.

**CUARTO.-** Por todo lo anterior, debe ser estimado el recurso planteado, revocando la resolución recurrida, sin condena en costas del recurso ( art. 394.1 y 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento civil ).

## PARTE DISPOSITIVA

ESTIMAMOS el recurso planteado por la representación de Don. Luis Manuel y Sacramento , REVOCAMOS el auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Vic, el 8 de mayo de 2014 y declaramos la competencia de dicho juzgado para conocer de la demanda ante el mismo planteada, y ello sin pronunciamiento sobre las costas del recurso.

Visto el resultado de la resolución recaída, y conforme lo recogido en el punto 8 de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial en la nueva redacción introducida por la L.O. 1/2009 de 3 de noviembre, BOE de 4 noviembre, procédase a la devolución de la totalidad del depósito ingresado en su día por la parte recurrente.

Contra la presente resolución, no cabe recurso ordinario alguno.

Así lo acuerdan y firman los Ilmos. Sres. Magistrados indicados al margen; doy fe.