



Roj: **ATS 2829/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2829A**

Id Cendoj: **28079110012016200770**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **06/04/2016**

Nº de Recurso: **2095/2015**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **ANGEL FERNANDO PANTALEON PRIETO**

Tipo de Resolución: **Auto**

## **AUTO**

En la Villa de Madrid, a seis de Abril de dos mil dieciséis.

### **I. ANTECEDENTES DE HECHO**

1.- La representación procesal de D. Carlos Ramón y D<sup>a</sup> Blanca presentó escrito de interposición de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal contra la sentencia dictada, con fecha 22 de mayo de 2015, por la Audiencia Provincial de Guipuzcua -Sección 2<sup>a</sup>- en el rollo de apelación nº 2141/2015 dimanante de los autos de juicio ordinario nº 441/2014 del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Donostia. En este escrito se interesaba de la Sala el planteamiento de cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

2.- Remitidos los autos por la Audiencia, previo emplazamiento de las partes, se han personado la procuradora D<sup>a</sup> Francisca Amores Zambrano, en nombre y representación de D. Carlos Ramón D<sup>a</sup> Blanca en calidad de parte recurrente, y la procuradora D<sup>a</sup> Ana Prieto Lara-Barahona en nombre y representación de "Kutxabank S.A.", como parte recurrida.

3.- Por providencia de fecha 13 de enero de 2016, se pusieron de manifiesto las posibles causas de inadmisión de los recursos a las partes personadas.

4.- En periodo de la alegaciones, la representación procesal de la parte recurrida, ha interesado la inadmisión del recurso. No ha presentado alegaciones la parte recurrente.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. Magistrado D. **Fernando Pantaleon Prieto**, a los solos efectos de este trámite.

### **II. FUNDAMENTOS DE DERECHO**

1.- Se ha interpuesto recurso de casación por interés casacional y extraordinario por infracción procesal, frente a una sentencia dictada en segunda instancia en el seno de un juicio ordinario en el que se ejercitó acción de nulidad, al amparo del artículo 8 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, de la cláusula contractual que fija el interés remuneratorio referenciado al índice IRPH-Cajas en un préstamo con garantía hipotecaria concertado entre las partes litigantes.

El cauce de acceso al recurso de casación es el correcto al tramitarse el procedimiento por razón de la materia.

De conformidad a lo dispuesto en la Disposición Final decimosexta de la LEC, el examen del recurso extraordinario por infracción procesal está condicionado a la previa admisibilidad del recurso de casación, que será objeto de examen en primer lugar.

2.- El escrito de interposición, por lo que al recurso de casación se refiere, se articula en un motivo único en el que, tras justificar el interés casacional por la aplicación de una norma que no lleva cinco años en vigor, se denuncia la infracción del artículo 83 TRLGDCU, en su redacción vigente, esto es, a partir de la reforma operada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, de modificación del TRLCU. En su desarrollo, con cita extractada de la



STJUE de 14 de junio de 2012 -caso Banco Español de Crédito, se argumenta sobre la imposibilidad de integrar el contrato, moderando la cláusula abusiva.

3.- A la vista de su planteamiento, el recurso de casación no se admite por falta de concurrencia de los supuestos que determinan la admisibilidad del recurso en su modalidad de interés casacional por inexistencia de éste ( artículo 483.2º.3ª LEC ). Esta causa de no admisión se justifica porque la denuncia en casación del artículo 83 TRLGCU, en orden a prohibir la integración del contrato moderando la cláusula, carece de relevancia en atención a la correcta *ratio decidendi* de la sentencia que rechazó la declaración de abusividad de la cláusula. Por esta razón, si en el plano del juicio valorativo, la sentencia declaró la validez de la cláusula contractual, no resulta trascendente cuestionar la posible integración contractual con origen en la ineficacia de dicha estipulación.

4.- La no admisión del recurso de casación del recurso de casación determina que deba inadmitirse el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto, puesto que, como se ha expuesto, mientras esté vigente el régimen provisional, la viabilidad de este último recurso está subordinada a la recurribilidad en casación de la sentencia dictada en segunda instancia, conforme a lo taxativamente previsto en la Disposición final 16ª, apartado 1, párrafo primero y regla 5ª, párrafo segundo, de la LEC 2000 . Por ello, el recurso extraordinario por infracción procesal también debe ser inadmitido al concurrir la causa de inadmisión contemplada en el art. 473.2.1º, en relación con la mencionada Disposición final decimosexta, apartado 1, párrafo primero y regla 5ª, párrafo segundo, de la LEC , como recoge el mencionado Acuerdo de 30 de diciembre de 2011, sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, tras la reforma operada por Ley 37/2011 de 10 de octubre de Medidas de Agilización Procesal.

5.- Por último, la parte recurrente interesa de esta Sala que plantee cuestión prejudicial de interpretación ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea con la siguiente pregunta:

"¿El artículo 3. 1 de la Directiva 93/2013 CEE se opone a una norma nacional, como es el artículo 27.1.a) de la Orden Ministerial 2899/2011, de 28 de octubre , de transparencia y protección de los clientes de servicios bancarios, que permite que las entidades financieras puedan establecer, en los préstamos hipotecarios que contratan con **consumidores**, un tipo de interés, como el IRPH, siendo que su determinación se realiza a partir de una media simple, y no ponderada, de los intereses TAE otorgados por esas mismas entidades a sus nuevos clientes, lo que conlleva a que cada una de ellas, con idéntico peso específico, conozca con precisión aritmética la influencia directa de su comportamiento en la determinación del señalado índice?".

A este respecto, es criterio de esta Sala que para poder plantear la cuestión prejudicial en el actual recurso de casación es necesario que el mismo haya sido admitido de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 483 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, ya que según el número 4 de ese artículo, si la Sala declara inadmisibile el recurso lo declarará así y también la firmeza de la resolución recurrida. Y es que la decisión de no admisión del recurso obedece a un criterio meramente formal sin que se analice el fondo de la cuestión, de forma que el momento para decidir sobre el planteamiento de la cuestión prejudicial y la suspensión del recurso de casación, vendrá dado cuando la Sala admite el recurso y pasa a decidir sobre el fondo de la controversia, y este no es el caso.

6.- Consecuentemente procede declarar inadmisibles los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, declarando firme la Sentencia, de conformidad con lo previsto en los arts. 473.2º y 483.4 LEC , cuyos siguientes apartados, el 3 y el 5, respectivamente, deja sentado que contra este Auto no cabe recurso alguno.

7.- Abierto el trámite de puesta de manifiesto contemplado en los arts. 473.2 y 483.3 de la LEC y presentado escrito de alegaciones por la parte recurrida procede imponer las costas a la parte recurrente.

8.- La inadmisión de los recursos determina la pérdida de los depósitos constituidos, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional 15ª, apartado 9, de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial .

## LA SALA ACUERDA

1º) NO ADMITIR LOS RECURSOS EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL Y DE CASACIÓN interpuestos por la representación procesal de D. Carlos Ramón y Dª Blanca contra la sentencia dictada, con fecha 22 de mayo de 2015, por la Audiencia Provincial de Guipúzcoa -Sección 2ª- en el rollo de apelación nº 2141/2015 dimanante de los autos de juicio ordinario nº 441/2014 del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Donostia

2º) DECLARAR FIRME dicha Sentencia.

3º) IMPONER LAS COSTAS a la parte recurrente, que perderá el depósito constituido.



4º) Y remitir las actuaciones, junto con testimonio de esta resolución al órgano de procedencia, llevándose a cabo la notificación de la presente resolución por este Tribunal a las partes comparecidas ante esta Sala.

De conformidad con lo dispuesto en los art. 483.5 y 473.3 de la LEC contra la presente resolución no cabe recurso alguno.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, de lo que como Secretario, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ