

**Audiencia Provincial Civil de Madrid**

**Sección Duodécima**

C/ Ferraz, 41 , Planta 3 - 28008

Tfno.: 914933837

37009460

N.I.G.: 28.079.00.2-2015/0153044

**Recurso de Apelación 472/2015**



+ **XAVIER DALMAU**

**APELANTE:** D.

y Dña.

PROCURADOR Dña. PATRICIA GOMEZ-PIMPOLLO DEL POZO

**APELADO:** BARCLAYS BANK SA

PROCURADOR D. JAVIER HERNANDEZ BERROCAL

**A U T O n° 83**

**ILMOS SRES. MAGISTRADOS**

**D. JOSÉ LUIS DÍAZ ROLDÁN**

**D. JOSÉ MARÍA TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA**

**Dª ANA MARÍA OLALLA CAMARERO**

Siendo Magistrado Ponente D. JOSÉ MARÍA TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA

En Madrid, a siete de abril de dos mil dieciséis.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por el Procurador D. Javier Hernández Berrocal en la representación que acreditaba, se presentó escrito interesando la nulidad de actuaciones en el presente Rollo de Apelación núm. 472/2015.

**SEGUNDO.-** Admitido a trámite e incoado procedimiento incidental, se dio traslado a la parte contraria oponiéndose al mismo señalándose para deliberación, votación y fallo por la Sala el día 6-04-16.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** La apelada interesa nulidad del Auto por el que se resolvió la apelación, al considerar que dicha resolución, por desconocer la STJUE de 3 de diciembre de 2.015

(asunto C-312/14), incurre en un error patente, infringiendo el principio de primacía del Derecho de la Unión, pues tal Sentencia vendría a dejar sin efecto el criterio que se sustenta en la Sentencia 323/15 del Tribunal Supremo español (citada en el Auto de esta Sala), de manera que se habría vulnerado el derecho a la tutela efectiva de la parte.

Admitida a trámite la solicitud de nulidad, la apelante se opuso a la misma tanto por considerarla extemporánea como por carecer de fundamento.

**SEGUNDO.-** La nulidad pretendida no puede prosperar por cuanto es extemporánea, excede el ámbito del denominado incidente de nulidad de actuaciones, y carece de fundamento en el caso concreto considerado por este Tribunal en la decisión de la apelación que interpuso la ejecutada.

**TERCERO.-** En primer término, la petición es extemporánea.

En efecto, el Auto a que se refiere se dictó el 14 de enero de 2.016 y se notificó a la apelada el 19 de dicho mes y año.

El 22 de enero, la misma parte presentó solicitud de “aclaración y corrección” del Auto de esta Sala precisamente por contravenir, según el criterio de la parte, la STJUE de 3 de diciembre de 2.015, pretendiendo, con cita de los artículos 214 y 215 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que se “acordase de conformidad”.

Tal petición fue inadmitida de plano, por Auto 27 de enero, por pretenderse una “revisión del juicio o decisión adoptada por el Tribunal”. Este Auto se notificó al Procurador de la solicitante el 1 de febrero.

La solicitud de nulidad se presenta el 1 de marzo del presente año.

Así pues, entre la notificación del Auto resolutorio del recurso de apelación y la petición de nulidad ha pasado más que sobradamente el plazo de veinte días “desde la notificación de la resolución o, en todo caso, desde que se tuvo conocimiento del defecto

causante de indefensión” (artículo 228.2, párrafo 2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Y a estos efectos, no corta el transcurso del plazo la interposición de una petición de "corrección" manifiestamente improcedente, que, por esa patente falta de fundamento, no puede ser calificada sino de meramente dilatoria, ya que nunca por esa vía podía lograr la parte aquello que pretendía, que era la rectificación o anulación del Auto definitivo dictado por este Tribunal, o más exactamente que se resolviese en sentido totalmente opuesto a como se había hecho.

**CUARTO.-** En segundo término, la petición no se ajusta al ámbito del incidente de nulidad.

Éste es un remedio extraordinario, subsidiario y excepcional, por el que puede obtenerse la anulación de todas o algunas actuaciones procesales, en cuanto estén afectadas por un defecto contemplado específicamente en la Ley.

El catálogo de defectos anulatorios se constituye en una lista cerrada, de modo que, si no se da uno de los concretos supuestos que establece la Ley, no podrá anularse la actuación afectada. Para ello, podrán haberse interpuesto los recursos ordinarios o extraordinarios que procedan, pero si no se da ninguno de ellos por la Ley, o dándose, no se han utilizado, la actuación conserva su validez, al no considerarse el ordenamiento el defecto de que pueda estar aquejada como productor de la máxima sanción que computa la nulidad de pleno derecho.

Si se contempla el catálogo que se contiene en los artículos 238 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 225 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, los defectos que se consideran productores de nulidad de pleno derecho se pueden agrupar bien en los que afectan a la capacidad del Tribunal para dictar el acto procesal afectado (falta de jurisdicción, de competencia objetiva o funcional, o invasión de las atribuciones concedidas, respectivamente, al Juez o al Secretario), bien en los que, con olvido de las normas esenciales del procedimiento, producen positiva y efectiva indefensión, y, en fin, los que afectan a la defensa letrada o a la documentación de vistas.

En ningún caso, ni siquiera en el motivo tercero que es el más amplio, y de más

frecuente invocación, cabe la nulidad para revisar el juicio de fondo expresado por el Tribunal.

Y esto es lo que se pretende con la nulidad que la apelada interesa. Si se examina con detenimiento su escrito, todo se reduce a una crítica sobre el modo de aplicar la norma o la jurisprudencia, al entender que se ha vulnerado el principio de jerarquía de la Unión Europea, en virtud de una Sentencia que ni siquiera fue alegada por la parte, pese a pronunciarse más de un mes antes del señalamiento de este asunto para votación y fallo.

La valoración de esta conducta de la parte no es incompatible con el principio iura novit curia, sino que se efectúa a los solos efectos de comprobar si dicho litigante se comportó con la diligencia exigible en la defensa del derecho que ahora dice quebrantado.

En definitiva, se utiliza el incidente a modo de recurso de reposición contra una decisión de fondo, lo que resulta inadmisibile.

**SEXTO.-** Y, en fin, lo definitivo es que no cabe apreciar el vicio que denuncia la parte.

Ésta se basa, como reiteradamente hemos expuesto, en una supuesta confrontación entre la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2.015 y la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de diciembre de 2.015 sobre el particular extremo de si el préstamo expresado en divisas está incluido o no en el ámbito de la Directiva 2004/39, de la que dimana la conocida normativa MIFID que dio origen a la modificación de la Ley del Mercado de Valores española.

Ahora bien, ni hay tal contradicción ni, aunque la hubiera, sería causal del fallo adoptado por esta Sala en la resolución que la parte pretende anular.

Así, como en toda cuestión prejudicial, se ha de considerar con todo detenimiento cuál es la duda que el Tribunal remitente plantea, pues sólo sobre ella se pronuncia el Tribunal de Justicia, de modo que no cabe hacer luego extrapolaciones a otros aspectos no enjuiciados, como no sea que su ligazón con el contemplado sea evidente y palmaria.

Y en este sentido, el supuesto de hecho considerado por el Tribunal Supremo

español y el Tribunal de Justicia de la Unión no son plenamente coincidentes, pues en el que se le planteó a este Tribunal por la Justicia húngara no se trataba tanto de una operación en divisas, sino referenciada en divisas, pues éstas representaban lo que el órgano remitente denomina flujo monetario ficticio, mientras que la entrega del capital y el pago por los prestatarios se hacía en la moneda nacional, representado ésta el flujo monetario real (parágrafos 22 y 23 de Sentencia).

En el caso que tuvo en cuenta esta Sala, y en el de la Sentencia del Tribunal Supremo citada, el flujo en yenes japoneses, si no se optaba en los períodos de cambio de moneda por el euro, se hacía en esa divisa, aunque se entregara luego su contravalor, y ello explica que en este préstamo se refiera incluso el capital pendiente a la moneda extranjera, pudiendo aumentar aunque se hayan hecho efectivos importes a cuenta de capital e intereses.

Por eso, el Tribunal de Justicia concluye que no habiendo efectivo servicio de cambio, no es aplicable la Directiva en cuestión.

Pero no debe olvidarse que la propia Sentencia del Tribunal Europeo recuerda la aplicabilidad al caso de la Directiva 93/13 (parágrafo 48).

Y ésta, y la normativa de desarrollo en nuestro Derecho como es el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios junto con la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, ha sido la ratio decidendi del Auto dictado por este Tribunal.

**SÉPTIMO.-** En nuestra decisión, la mención a la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2.015 era meramente reforzadora de la tesis propia que manteníamos, citando, al efecto, el precedente del Auto de 9 de noviembre de 2.015, en el que ya consideramos abusiva una hipoteca sustancialmente idéntica a la que aquí se enjuiciaba.

Por lo demás, era el contraste con el deber de información (y no la omisión del deber el de evaluación de la conveniencia y de la idoneidad, propia de la normativa MIFID) el que determinaba la nulidad por abusividad, además del desequilibrio, en perjuicio del consumidor, producido por la conjunción de la denominación en divisas y el vencimiento

anticipado.

Por ello, aunque se suprimiera del Auto cuestionado toda mención a la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2.015, la resolución permanecería inalterada.

De ahí que, el vicio denunciado por la parte ni existe ni, de existir, sería causal del fallo, por lo que procede desestimar la nulidad pretendida.

**OCTAVO.-** En tal caso, procede imponer a la proponente el pago de las costas ciadas en dicho incidente.

Vistos, los preceptos legales citados y demás de general aplicación

### **PARTE DISPOSITIVA**

**LA SALA ACUERDA** Desestimar la petición de nulidad del Auto 2/2016, de 14 de enero, dictado en el presente rollo deducida por la representación de BARCLAY'S BANK, S.A.

Imponemos a dicha parte el pago de las costas causadas en este incidente.

Contra esta resolución no cabe recurso alguno.

Así, por este auto, lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Sres. Magistrados arriba reseñados.