



Roj: **STS 2791/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:2791**

Id Cendoj: **28079110012017100414**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **05/07/2017**

Nº de Recurso: **2964/2014**

Nº de Resolución: **423/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP OU 362/2014,**
STS 2791/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 5 de julio de 2017

Esta sala ha visto los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, interpuesto contra la sentencia dictada en recurso de apelación núm. 277/2013 por la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Orense, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 116/2013, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Ourense, cuyo recurso fue interpuesto ante la citada Audiencia por la procuradora doña Marta Ortiz Fuentes en nombre y representación de NCG Banco S.A., compareciendo en esta alzada en su nombre y representación el procurador don Rafael Silva López en calidad de recurrente.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La procuradora doña María José Conde González, en nombre y representación de don Valentín y doña Emilia, interpuso demanda de juicio ordinario, asistido del letrado don Jesús Garriga Domínguez contra NCG Banco S.A. y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que:

«1. Declare la nulidad, por tener el carácter de cláusulas abusivas, de la condición general de la contratación descritas en el Hecho Primero de la presente demanda y que establecen un tipo mínimo de interés aplicable, esto es, declare la nulidad: De la cláusula 3' BIS, e) del préstamo hipotecario suscrito el 1 de agosto de 2005, entre los demandantes D. Valentín y DÑA. Emilia con la entidad demandada (anteriormente Caixanova) y cuyo tenor literal es el siguiente:

»e) No obstante la variación pactada, el tipo de interés nominal aplicable no podrá ser inferior al tres con setenta y cinco por ciento (3,75%), ni superior al diez con cincuenta por ciento (10,50%).

»2. Condene a la entidad financiera demandada a eliminar dicha condición general de la contratación del contrato de préstamo hipotecario a interés variable suscrito con los demandantes y que son objeto de la presente demanda.

»3. Condene a la entidad demandada a pagar (devolver) a los actores las siguientes cantidades: TRES MIL DOSCIENTOS CINCO CON TREINTA Y NUEVE CÉNTIMOS (3.205,39 ?).

»4. Condene a la entidad demandada a reintegrar a los actores prestatarios todas aquéllas cantidades que paguen en exceso durante la sustanciación del procedimiento en virtud de la aplicación de la referida cláusula suelo.



»5. Condene a la entidad demandada a recalcular y rehacer, excluyendo la cláusula de suelo, los cuadros de amortización del préstamo hipotecario a interés variable suscritos con los demandantes, contabilizando el capital que efectivamente debió ser amortizado, cuyo cuantía asciende a: 1.162,72 ?.

»Condene a la entidad demandada a abonar el interés legal desde la fecha de cada cobro hasta su completa satisfacción o, alternativamente, condene a la entidad demandada a abonar el interés legal incrementado en dos puntos conforme a lo establecido en el artículo 576 LEC .

»7. Condene en costas a la parte demandada, con expresa imposición».

SEGUNDO .- La procuradora doña Marta Ortiz Fuentes, en nombre y representación de NCG Banco S.A., asistidos de la letrada doña Victoria Fernández Corral, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que:

« (a) Acogiendo la excepción de litispendencia alegada, ordene el sobreseimiento del procedimiento.

»(b) Alternativamente, desestime íntegramente la demanda planteada.

»(c) En ambos casos, con expresa imposición de costas a la parte adversa de forma solidaria».

TERCERO .- Previos los trámites procesales correspondientes y la práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Ourense, dictó sentencia con fecha 24 de abril de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por el/la Procuradora Sra. María José Conde González, en representación de los cónyuges D. Valentín y DOÑA Emilia frente a la entidad NCG BANCO S.A y debo declarar y declaro

»Que el contrato suscrito entre D. Valentín y DOÑA Emilia con la entidad NCG BANCO, en fecha 1 de agosto de 2005:

Acuerdo la nulidad de la cláusula 3º BIS e) relativa a la fijación de un límite mínimo al tipo de interés, variable" ("cláusula suelo"), al estimarla abusiva.

Condene a la demandada a eliminar dicha cláusula del contrato suscrito entre éstos.

Condene a la entidad demandada a la devolución de cuantas cantidades haya cobrado de más en aplicación de la misma y que a fecha de presentación de la demanda ascendía a 3.205,39 euros a fecha enero de 2013, así como a reintegrar todas aquellas cantidades que es paguen en exceso durante el presente procedimiento en virtud de la aplicación de la referida cláusula suelo, más el interés legal desde la fecha de cada cobro hasta su completa satisfacción.

Condene igualmente a la entidad demanda a recalcular y rehacer, excluyendo la cláusula suelo, los cuadros de amortización de los préstamos hipotecarios a interés variable suscrito con los demandantes, contabilizando el capital que efectivamente debió ser amortizado y cuya cuantía asciende a 1.162,72 euros a fecha enero de 2013.

» Condene a la entidad demandada a abonar condene a la entidad demandada a abonar a la parte actora los intereses legales incrementados en dos puntos conforme el art. 576 LEC y hasta su completo pago.

»Todo ello con expresa condena en costas a la parte demandada».

CUARTO .- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la NCG Banco S.A., la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Ourense, dictó sentencia con fecha 15 de julio de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Se desestima el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de NCG Banco S.A., contra la sentencia, de fecha 24 de abril de 2013, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Ourense en Juicio Ordinario n.º 116/13, Rollo de Apelación núm. 277/13, cuya resolución se confirma, con imposición de las costas del recurso a la parte apelante.

»Se decreta la pérdida del depósito para recurrir».

QUINTO .- Contra la expresada sentencia interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación la representación procesal de NCG Banco S.A., argumentando el recurso extraordinario por infracción procesal con apoyo en los siguientes motivos: Primero.- Por el cauce del núm. 2.º del apartado 1 del artículo 469 LEC , por infracción de las normas reguladoras de la sentencia y, en particular, por infracción del deber de congruencia artículo 218 de la LEC . Segundo.- Por el cauce del núm. 3 del apartado 1 del artículo 469 de la LEC , por infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso habiéndose producido



indefensión. El recurso de casación lo argumentó con apoyo en los siguientes motivos. Primero.- Al amparo del artículo 477.1 LEC, por infracción de los artículos 8.2 LCGC y 82.1 de la LCU, en relación con el enjuiciamiento y apreciación de la abusividad por falta de transparencia de la cláusula suelo impugnada, citándose como infringida la doctrina jurisprudencial del **Tribunal Supremo** contenida en la sentencia del pleno de la sala Primera número 241/2013. Segundo.- Subsidiariamente, al amparo del artículo 477.1 de la LEC, por infracción del artículo 1303 del Código Civil en relación con el artículo 9.3 de la CE.

SEXTO.- Remitidas las actuaciones a la **Sala de lo Civil** del Tribunal Supremo, por auto de fecha 18 de mayo de 2016 se acordó admitir los recursos interpuestos y dar traslado a la parte recurrida para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días.

SÉPTIMO.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 14 de junio del 2017, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes.*

1. El 1 de agosto de 2005, los cónyuges don Valentín y doña Emilia suscribieron con Caixa de Aforos de Vigo, Ourense e Pontevedra, «Caixanova» (luego NGC Banco S.A. y ahora Abanca Corporación Bancaria), un contrato de préstamo hipotecario. Dicho contrato contenía una cláusula suelo y una cláusula techo, en la letra e) del pacto 3 bis, del siguiente tenor literal:

«No obstante la variación pactada, el tipo de interés nominal aplicable no podrá ser inferior al 3,75%, ni superior al 10,50%».

2. El 29 de enero de 2013, los prestatarios presentaron una demanda en la que pedían la nulidad de la cláusula tercera bis, que contenía la cláusula suelo (interés mínimo) y la devolución de las cantidades que hasta ese momento los demandantes habían pagado de más (3.205,39 euros). También pedían la devolución de las cantidades que después de la demanda se pagaron en exceso por aplicación de la citada cláusula suelo, junto con la condena al pago de los intereses legales que las cantidades indebidamente cobradas hubieran devengado. Asimismo, también solicitaban que la entidad demandada fuese condenada a recalcular y rehacer, excluyendo la cláusula suelo, los cuadros de amortización del préstamo hipotecario. En lo que aquí interesa, se adujo como razón de nulidad el carácter abusivo de esta cláusula, conforme al artículo 8 LCGC y a los artículos 82 y ss. TRLGDCU.

El banco demandado excepcionó, en primer lugar, litispendencia respecto de un procedimiento en el que se habían ejercitado, entre otras acciones, una acción colectiva que afectaba al demandado, y que se tramitaba en un juzgado de lo mercantil de Madrid. Esta excepción, en la medida en que fue desestimada en primera instancia, y esta desestimación se confirmó en apelación, al no haber sido objeto ahora de recurso extraordinario, ha quedado resuelta definitivamente. En segundo lugar, argumentó que la cláusula objeto de la *litis* no tenía el carácter de condición general de la contratación, ni había sido impuesta por la demandada, por lo que resultaba lícita su aplicación a tenor de la normativa vigente.

3. La sentencia de primera instancia estimó la demanda. En síntesis, consideró que la referida cláusula era abusiva por comportar un claro desequilibrio entre las partes en perjuicio de los prestatarios, pues el techo fijado resultaba, por elevado, irreal y carente de operatividad.

4. Interpuesto recurso de apelación por la demandada, la Audiencia Provincial desestimó dicho recurso y confirmó la sentencia de primera instancia. Consideró que procedía la declaración de nulidad de la cláusula por no superar el filtro de transparencia, de forma que los clientes no pudieron formarse una clara imagen de los escenarios que podrían resultar del contrato celebrado.

5. En atención al objeto del presente recurso, hay que indicar que la sentencia de apelación fue objeto de una solicitud de complemento por NCG Banco S.A. A juicio de la demandada apelante, la sentencia de apelación había omitido un pronunciamiento sobre la procedencia de la restitución de intereses acordada en la sentencia de primera instancia.

La Audiencia denegó la solicitud de complemento, pues esta cuestión no había sido planteada en el recurso de apelación, por lo que era ajena al debate en apelación. E invocó el art. 465.5 LEC, según el cual la sentencia de apelación debe pronunciarse exclusivamente sobre los puntos y cuestiones planteados en el recurso y, en su caso, en los escritos de oposición e impugnación a que se refiere el art. 461 LEC.

6. Frente a la sentencia de apelación, NCG Banco, S.A. ha interpuesto recurso extraordinario por infracción procesal, sobre la base de dos motivos, y recurso de casación articulado en dos motivos. Los motivos de



casación se centran en: el primero, la infracción del art. 82 LGDCU por entender que las cláusulas suelo enjuiciadas no son abusivas; y el segundo, la infracción del art. 1303 CC respecto de los efectos de la declaración de la cláusula abusiva.

7. Dichos recursos, y sus motivos, resultan similares a los planteados por la misma entidad bancaria ante esta sala en el procedimiento 2306/2014, que dio lugar a la sentencia núm. 334/2017, de 25 de mayo .

8. Con posterioridad a la interposición de estos dos recursos extraordinarios, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictó la sentencia de 21 de diciembre de 2016 (caso Gutiérrez Naranjo). A la vista de esta sentencia, esta sala concedió un trámite a las partes para que pudieran formular las alegaciones que entendieran procedentes.

Abanca (la anterior NCG Banco, S.A.) advierte en su escrito que la doctrina del Tribunal de Justicia sobre el efecto retroactivo de la nulidad de las cláusulas abusivas, en este caso cláusulas suelo, no se proyecta sobre las situaciones resueltas mediante una resolución con efecto de cosa juzgada ni sobre pretensiones prescritas con arreglo a un plazo razonable. Por eso solicita, con carácter principal, que se aprecie la cosa juzgada de la sentencia 241/2013, de 9 de mayo , respecto de este procedimiento, y que se acuerde su sobreseimiento; y, con carácter subsidiario, para el caso en que se condene al recurrente a la restitución de las cantidades abonadas, se excluya el pago de los intereses legales en atención a su buena fe.

La primera petición de este último escrito de alegaciones, en cuanto interesa el sobreseimiento del procedimiento, será analizada con carácter previo a los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación. La segunda petición guarda relación con el segundo motivo de casación y será analizada, en su caso, al resolver ese motivo.

SEGUNDO.- Inexistencia de cosa juzgada material.

1. En el escrito de alegaciones sobre los efectos de la citada STJUE de 21 de diciembre de 2016 (caso Gutiérrez Naranjo), Abanca solicita que se aprecie de oficio la eficacia de cosa juzgada que la sentencia 241/2013, de 9 de mayo , genera respecto del presente pleito y que se acuerde su sobreseimiento. Dicho escrito de alegaciones resulta similar al planteado por la misma entidad bancaria ante esta sala en el procedimiento 2006/2014, que dio lugar a la sentencia núm. 334/2017, de 25 de mayo .

2. Procede desestimar esta pretensión de sobreseimiento del procedimiento por dos razones. La primera, porque conforme a la jurisprudencia no existe el pretendido efecto de cosa juzgada material. La segunda, porque en el momento en el que nos encontramos, cuando ha sido interpuesto recurso de casación y recurso extraordinario por infracción procesal por el banco predisponente de la cláusula, la invocación por el recurrente de la eficacia de cosa juzgada material en sentido negativo constituye una cuestión nueva, que tal y como ha sido planteada no está justificada por la doctrina contenida en la STJUE de 21 de diciembre de 2016. Podría haber estado justificada, en su caso, la invocación de la eficacia de cosa juzgada material para limitar los efectos de devolución de cantidades cobradas en aplicación de las cláusulas declarada nulas, sin perjuicio de que tal pretensión hubiera sido desestimada por la inexistencia de eficacia cosa juzgada material.

3. Además, como ya advertimos en la STS 334/2017 , esta cuestión fue analizada en la sentencia 123/2017, de 24 de febrero , en la que justificamos por qué de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (contenida en la STJUE de 14 de abril de 2016), la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (contenida en la STC 148/2016, de 19 de septiembre, y otras posteriores) y la jurisprudencia de esta misma Sala Primera del Tribunal Supremo (sentencia 375/2010, de 17 de junio), entre las acciones colectivas y acciones individuales no existe identidad objetiva, puesto que tienen objetos y efectos jurídicos diferentes, y por ello no cabe apreciar el efecto de cosa juzgada material:

«Una interpretación conjunta de los arts. 15 , 222.3 y 221 LEC lleva a la conclusión de que la cosa juzgada de la sentencia estimatoria de la acción colectiva afectará únicamente a los consumidores no personados que estén determinados individualmente en la propia sentencia, conforme dispone el art. 221.1-1.ª LEC ».

4. Por último, en la línea de lo señalado, esta sala en la sentencia núm. 357/2017, de 6 de junio , a propósito de la inexistencia de cosa juzgada material, declaraba lo siguiente:

«(...)Una vez que el TJUE ha declarado que tal pronunciamiento se opone al art. 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 , si los tribunales españoles otorgaran eficacia prejudicial a la sentencia 241/2013 cuando resuelvan litigios en los que se ejercite la acción individual de nulidad respecto de cláusulas como las que fueron objeto del anterior proceso en que se ejercitó la acción colectiva contra, entre otros, Abanca, vulnerarían el principio de efectividad del Derecho de la Unión Europea.

»Como se declaró en la sentencia del TJUE de 3 de septiembre de 2009, asunto C-2/08 (caso Olimpiclub), el principio de efectividad impide que se salvaguarde la seguridad jurídica en un grado tan elevado que impida o



dificulte gravemente la eficacia del Derecho de la Unión, por ejemplo, porque permita proyectar hacia el futuro los efectos de la cosa juzgada y extenderlos a situaciones sobre las que no haya recaído resolución judicial definitiva con posterioridad a la sentencia del TJUE que contradiga lo afirmado en la sentencia del tribunal nacional».

5. Conforme a lo anteriormente expuesto, cabe excluir que en el presente caso produzca efecto de cosa juzgada la sentencia de esta Sala 241/2013, de 9 de mayo, para sobreseer el proceso o limitar la eficacia restitutoria plena a la declaración de nulidad de la cláusula suelo del préstamo hipotecario.

TERCERO. Recurso extraordinario por infracción procesal.

1. *Formulación de los motivos primero y segundo.* El motivo primero se formula al amparo del ordinal 2º del art. 469.1 LEC, por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia y, en particular, por infracción del deber de congruencia (art. 218 LEC).

El banco recurrente entiende que «la sentencia debió pronunciarse sobre los efectos de la nulidad de las cláusulas suelo impugnadas, NCG impugnó en su recurso de apelación todos los pronunciamientos de la sentencia de primera instancia y solicitó su íntegra revocación y la íntegra desestimación de la demanda, sin que en modo alguno pueda considerarse que consintió o no impugnó la condena a la restitución de cantidades».

Luego, razona que «el hecho de que en su recurso de apelación NCG fundara la impugnación de este pronunciamiento de condena únicamente en la falta de abusividad de las cláusulas suelo impugnadas y en su plena validez y eficacia no cambia las cosas», por dos razones:

i) en primer lugar, porque «el deber de congruencia en la apelación exigía a la Audiencia Provincial pronunciarse sobre todas las cuestiones que fueron objeto de la primera instancia, y ello porque mi mandante solicitó en la apelación la íntegra revocación de la sentencia de primera instancia y la íntegra desestimación de la demanda».

y ii) en segundo lugar, porque la restitución de cantidades solicitada en la demanda y estimada en la sentencia de primera instancia «se justificó únicamente en la consideración de que este era el efecto propio de la declaración de nulidad por abusividad de las cláusulas suelo impugnadas». Si el recurso de apelación se limitó a rechazar todas las pretensiones de la demanda sobre la base de la falta de abusividad de las cláusulas y no se incluyó un argumento subsidiario específicamente destinado a solicitar la revocación del pronunciamiento de condena a restituir las cantidades cobradas en aplicación de las cláusulas declaradas nulas fue porque sobre esta cuestión el pleno del Tribunal Supremo todavía no se había pronunciado.

El *motivo segundo* se ampara en el ordinal 3º del art. 469.1 LEC, por infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso, que ha ocasionado indefensión al banco recurrente. Esta infracción se habría producido porque «la sentencia recurrida ha descartado la posibilidad de determinar los efectos de la nulidad de las cláusulas suelo impugnadas porque esta cuestión no habría sido planteada como motivo de impugnación en el recurso de apelación de NCG y, por ello, ha infringido el art. 465.5 de la LEC, causando indefensión a mi representada (art. 24 de la Constitución)».

Procede desestimar ambos motivos por las razones que exponemos a continuación.

2. Desestimación de los motivos primero y segundo del recurso.

Antes de analizar los dos motivos de forma conjunta, como ya dijimos en la citada sentencia 334/2017, de 25 de mayo, debemos reiterar algo que el propio recurrente reconoce.

En su recurso de apelación, el banco impugnó todos los pronunciamientos de la sentencia de primera instancia, que había estimado todos los pedimentos de la demanda, y en concreto no sólo la declaración de nulidad de las cláusulas suelo por ser abusivas, sino también, como consecuencia de esta declaración, la condena a la devolución de las cantidades indebidamente cobradas en aplicación de la cláusula nula, más los intereses. Pero con el matiz de que las razones aducidas en el escrito de apelación se referían exclusivamente a combatir la declaración de nulidad de las cláusulas, pues si se estimaba que las cláusulas no eran nulas, entonces decaía también la condena a la devolución de cantidades cobradas en aplicación de la cláusula.

Desde esta perspectiva, y en estos términos, no se puede decir que esta condena a devolver cantidades no fuera impugnada.

Pero lo anterior no supone que, en los términos en que fue formulado el recurso de apelación, la sentencia de apelación incurra en incongruencia omisiva cuando desestima las razones aducidas por el apelante sobre la validez de las cláusulas y no se cuestiona la improcedencia de los efectos de la nulidad de las cláusulas, respecto de lo que no existía ningún razonamiento específico en el recurso de apelación más allá de la validez de las cláusulas.



En realidad, el tribunal, además de analizar las razones esgrimidas en el recurso de apelación sobre la validez de las cláusulas controvertidas y de reiterar su nulidad, no deja de pronunciarse sobre la procedencia de los efectos de la nulidad acordados en la sentencia apelada, al confirmarlos. De tal forma que la Audiencia, al desestimar la petición de revocación de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo y con ello de la condena a restituir las cantidades cobradas en aplicación de dichas cláusulas, no sólo no incurre en incongruencia omisiva, sino que atiende a lo previsto en el art. 465.5 LEC, cuando prescribe que «el auto o sentencia que se dicte en apelación deberá pronunciarse exclusivamente sobre los puntos y cuestiones planteados en el recurso y, en su caso, en los escritos de oposición o impugnación a que se refiere el artículo 461».

En este sentido nos hemos pronunciado en casos parecidos, por ejemplo en la sentencia 63/2015, de 24 de febrero :

«En cuanto a la omisión denunciada en el motivo segundo, la sentencia de apelación no deja de pronunciarse sobre la impugnación que el recurso de apelación (...) hace de la totalidad de las pretensiones ejercitadas en la demanda y estimadas por la sentencia de primera instancia, en concreto las indemnizatorias, sin perjuicio de que en su argumentación atienda únicamente a resolver las concretas objeciones planteadas al respecto en el recurso de apelación. (...) El hecho de no revisar de oficio la procedencia del resto de operaciones de determinación de la indemnización, cuando no existían objeciones concretas respecto de las operaciones seguidas por el juez de primera instancia en el recurso de apelación (...), no supone ningún vicio de incongruencia omisiva, sino atender a lo previsto en el art. 465.5 LEC ».

CUARTO. Motivo primero de casación.

1. Formulación del motivo. El motivo denuncia «la infracción de los arts. 8.2 LCGC y 82.1 LCU, en relación con el enjuiciamiento y apreciación de la abusividad por falta de transparencia de las cláusulas suelo impugnadas», y cita como infringida la jurisprudencia contenida en la sentencia 241/2013, de 9 de mayo .

El recurrente razona que la sentencia recurrida, al haber apreciado que las cláusulas suelo impugnadas son abusivas «por no superar el filtro de transparencia en los términos indicados» desconoce la jurisprudencia establecida por la sentencia 241/2013, según la cual «la falta de transparencia no supone necesariamente que sean desequilibradas y que el desequilibrio sea importante en perjuicio del consumidor» (apartados 229 y 250). Esto es, desconoce que la apreciación de la falta de transparencia de una cláusula suelo no «conlleva su nulidad» directamente. Es necesario que las cláusulas, en contra de las exigencias de la buena fe, causen un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes, lo que extrae del apartado 233 de la sentencia 241/2013 .

Para el recurrente, la sentencia 241/2013 sitúa la clave de bóveda del desequilibrio contrario a las exigencias de la buena fe en el ámbito de las cláusulas suelo en dos extremos: i) la distribución de información acerca de la previsibilidad o predictibilidad de la oscilación a la baja del tipo de interés; y ii) la frustración de las expectativas del consumidor de beneficiarse de esa oscilación a la baja o minoración del tipo de interés variable.

De tal forma que, para el recurrente, en el ámbito de las cláusulas suelo, se produce el desequilibrio contrario a las exigencias de la buena fe si se cumplen dos condiciones: que el banco no facilite información al consumidor acerca del comportamiento previsible del índice de referencia y utilice esa información para fijar un tipo mínimo exclusivamente orientado a cubrir sus riesgos en la oscilación a la baja de ese tipo; que se frustren las expectativas del consumidor en el abaratamiento de su crédito como consecuencia de la minoración del tipo de interés pactado como «variable», en el sentido de que el consumidor que pacta un contrato de préstamo hipotecario a interés variable adquiere unas legítimas expectativas de que se beneficiará de la eventual minoración del tipo de interés y, por ello, cuando no obstante haber pactado ese «interés variable», no se beneficia de esa minoración, se frustran esas expectativas.

El recurrente entiende que no existe desequilibrio contrario a las exigencias de la buena fe en las cláusulas impugnadas porque «no se ha acreditado que NCG Banco tuviera en 2006 y 2007 información acerca de la predictibilidad de la oscilación a la baja ni que se hayan frustrado las expectativas del consumidor de beneficiarse de esa oscilación a la baja».

2. Desestimación del motivo.

Como ya hemos señalado en la citada sentencia 334/2017, la jurisprudencia de esta sala se ajusta a la doctrina del TJUE, contenida en la STJUE de 26 de enero de 2017 (Banco Primus), porque partimos de la base de que «la falta de transparencia no supone necesariamente que sean desequilibradas y que el desequilibrio sea importante en perjuicio del consumidor» (sentencia 241/2013, de 9 de mayo); y, consiguientemente, entendemos que «esa falta de transparencia puede ser, excepcionalmente, inocua para el adherente, pues pese a no poder hacerse una idea cabal de la trascendencia que determinadas previsiones contractuales pueden



provocar sobre su posición económica o jurídica en el contrato, las mismas no tienen efectos negativos para el adherente» (sentencia 138/2015, de 24 de marzo).

No es incompatible con lo anterior que, a renglón seguido, a la vista del contenido de la cláusula («suelo») y del contrato en el que está incorporada (préstamo hipotecario a largo plazo de interés variable), hayamos considerado que «la falta de transparencia en el caso de este tipo de condiciones generales provoca un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, objetivamente incompatible con las exigencias de la buena fe, consistente en la imposibilidad de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener el préstamo con "cláusula suelo" en el caso de bajada del índice de referencia, lo que priva al consumidor de la posibilidad de comparar correctamente entre las diferentes ofertas existentes en el mercado» (sentencia 138/2015, de 24 de marzo). Esta valoración, en principio, resulta aplicable a cualquier cláusula suelo que no pase el control de transparencia.

Doctrina que ha sido reiterada por esta sala en las sentencias 334/2017, de 25 de mayo y 367/2017, de 8 de junio.

QUINTO. *Motivo segundo de casación*

1. Formulación del motivo segundo. El motivo se plantea de forma subsidiaria, para el caso en que no sea admitido el anterior. Se funda en la infracción del art. 1303 CC en relación con el art. 9.3 CE y los principios generales del Derecho de seguridad jurídica, buena fe y orden público económico, tal y como han sido interpretados y aplicados por la doctrina jurisprudencial sobre los efectos de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo. Principio de efectividad.

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

2. Desestimación del motivo.

Procede desestimar este motivo, en primer lugar, porque esta cuestión quedó resuelta en primera instancia, en la medida en que, como hemos expuesto al resolver el recurso extraordinario por infracción procesal, la apelación se centró exclusivamente en combatir la declaración de nulidad de las cláusulas, y quedó fuera de discusión el alcance retroactivo de la nulidad de la cláusula.

Además, la controversia acerca de los efectos retroactivos de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo ha quedado resuelta por la sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de diciembre de 2016 (caso Gutiérrez Naranjo), que ha determinado un cambio en la jurisprudencia de esta sala, a partir de la sentencia 123/2017, de 24 de febrero:

«[...]La citada STJUE de 21 de diciembre de 2016 ha considerado que:

a) La limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo, que el Tribunal Supremo acordó en la sentencia de 9 de mayo de 2013, se opone al art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE y equivale a privar con carácter general, a todo consumidor que haya celebrado antes de aquella fecha un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula de ese tipo, del derecho a obtener la restitución íntegra de las cantidades que haya abonado indebidamente a la entidad bancaria en virtud de la cláusula suelo durante el período anterior al 9 de mayo de 2013.

b) Dicha jurisprudencia nacional sólo permite garantizar una protección limitada a los consumidores que hayan celebrado un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula suelo con anterioridad a la fecha del pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró dicho carácter abusivo; y tal protección resulta incompleta e insuficiente y no constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de dicha cláusula, en contra de lo que establece el artículo 7.1 de la Directiva 93/13/CEE».

De lo que cabe concluir que la limitación de la eficacia restitutoria plena consecuencia de la declaración de nulidad de la cláusula suelo del préstamo hipotecario vulnera el principio de efectividad de la Directiva 93/13/CEE (artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva).

3. En su virtud, puesto que la sentencia recurrida se ajustaba a lo que ha venido a resolver posteriormente la STJUE de 21 de diciembre de 2016, el motivo de ha de ser desestimado, ya que aunque en su momento lo planteado en dicho motivo era acorde con la jurisprudencia de esta sala no es una vez que la misma ha de acomodarse a lo resuelto por el Tribunal de Justicia de la Unión.

4. La desestimación del motivo de casación también implica la desestimación de la pretensión subsidiaria formulada en el escrito de alegaciones sobre los efectos de la STJUE, relativa a los intereses devengados por las cantidades que han de devolverse. No solo porque en estos casos de nulidad, conforme al art. 1303 CC, el alcance restitutorio incluye el pago de los intereses devengados por las respectivas prestaciones restituibles (por todas, sentencia de esta sala 734/2016, de 20 de diciembre), sino fundamentalmente porque se trata de



una cuestión nueva planteada en el mencionado escrito de alegaciones, que no fue incluida como motivo de casación, pudiéndolo haber sido.

Es decir, esta alegación debe desestimarse porque se trata de un planteamiento nuevo que no se formuló en el momento procesal adecuado, el recurso de casación. Además, la extemporaneidad afecta a otros principios esenciales como son los de preclusión, contradicción y defensa, estos dos últimos con valor de garantías constitucionales fundamentales - art. 24.1 CE -, como resalta la jurisprudencia de esta sala (sentencias 614/2011, de 17 noviembre ; 632/2012, de 29 octubre ; 32/2013, de 6 de febrero ; y 268/2013, de 22 de abril , entre otras muchas).

SEXTO.- Costas y depósitos.

1. Desestimados los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, procede imponer a la parte recurrente (NCG Banco, S.A., en la actualidad Abanca) las costas generadas con ambos recursos (art. 398.1 LEC).

2. Asimismo, procede ordenar la pérdida de los depósitos constituidos para la interposición de dichos recursos, de conformidad con lo establecido y en la disposición adicional 15.ª LOPJ .

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución,

esta sala ha decidido

1. Desestimar el recurso de casación y el recurso extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de la entidad Abanca Corporación Bancaria S.A., antes NCG Banco S.A., contra la sentencia dictada, con fecha 15 de julio de 2014, por la Audiencia Provincial de Orense, sección 1.ª, en el rollo de apelación núm. 277/2013 . **2.** Imponer las costas ocasionadas por ambos recursos a la parte recurrente. **3.** Ordenar la pérdida de los depósitos constituidos para la interposición de dichos recursos. 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. Francisco Marin Castan Ignacio Sancho Gargallo Francisco Javier Orduña Moreno Pedro Jose Vela Torres