



Roj: **STS 2640/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:2640**

Id Cendoj: **28079110012017100389**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **27/06/2017**

Nº de Recurso: **2925/2014**

Nº de Resolución: **408/2017**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP MU 2080/2014,**
STS 2640/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 27 de junio de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación, interpuesto contra la sentencia dictada en recurso de apelación núm. 61272014 por la Sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Murcia, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 302/2013, seguidos ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Murcia, cuyo recurso fue interpuesto ante la citada Audiencia por el procurador don Francisco Javier Berenguer López 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 y la procuradora doña Ana Belén Gómez Murillo en nombre y representación de don Gines en calidad de recurrido.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La procuradora doña Ana Galiano Quetglás, en nombre y representación de don Gines interpuso demanda de juicio ordinario, contra Novagalicia Banco 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 de la siguiente condición general de la contratación de la escritura de préstamo hipotecario:

»"El tipo de interés nominal anual vigente en cada periodo, que en ningún caso podrá exceder del 9,75% ni ser inferior al 3,25%".

»2.- Condene a la entidad financiera demandada a eliminar dicha condición general de la contratación del mencionado contrato de préstamo hipotecario.

»3.- Condene a NOVAGALICIA BANCO a la devolución al prestatario de CUATRO MIL QUINIENTOS SETENTA Y NUEVE EUROS (4.579 €) que (s.e.u.o.) han sido abonados de más como consecuencia de la aplicación de la referida cláusula, con sus intereses legales devengados desde la fecha de cada cobro.

»4.- Condene a NOVAGALICIA BANCO al pago a favor del prestatario de todas aquellas cantidades que se vayan pagando por el prestatario en virtud de la aplicación de la referida cláusula, con sus intereses legales devengados desde la fecha de cada cobro y hasta la resolución definitiva del pleito.

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

SEGUNDO .- El procurador don Francisco Javier Berenguer López, en nombre y representación de NCG Banco S.A., contestó a la demanda y en tiempo y forma por medio del presente escrito, para allanarnos a la solicitud de



declaración de nulidad de la cláusula suelo litigiosa y oponernos a la solicitud de devolución de las cantidades abonadas en virtud de la citada cláusula en base a los hechos que relata y terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que:

«1) El sobreseimiento del presente procedimiento por razón de los efectos de cosa juzgada material de la Sentencia N° 241/2013 del Tribunal Supremo, de 9 de mayo ,

2) Subsidiariamente, la terminación del presente procedimiento por razón de la pérdida sobrevenida de su objeto,

3) Subsidiariamente por allanados a solicitud de nulidad de la cláusula suelo pactada en la escritura y por opuestos a la pretensión de la demandante de la devolución de los intereses percibidos como consecuencia de la aplicación de la cláusula suelo con anterioridad a la publicación de la Sentencia del Tribunal Supremos de 9 de mayo de 2013 ».

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 lo Mercantil núm. 1 de Murcia, dictó sentencia con fecha 30 de abril de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Que debo declarar y declaro la existencia de satisfacción extraprocesal de la cuestión suscitada en los puntos primero y segundo del suplico de la demanda tras la supresión por la parte demandada de la cláusula a la que se refiere dichos puntos acatando la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 ,

Que estimando la demanda interpuesta por Gines , representado/a por el/la Procurador/a GALIANO QUETGLAS y defendido/a por el/la Letrado/a ARNAU MARTÍNEZ, contra NOVAGALICIA BANCO, representado/a por el/la Procurador/a BERENGUER LÓPEZ y defendido/a por el/la Letrado/a CALDERÓN RIESTRAS, debo condenar y condeno a NOVAGALICIA BANCO la devolución al demandante de la suma de 4.579 euros que han sido abonados de más como consecuencia de la aplicación de la cláusula suelo dejada sin efecto con sus intereses legales devengados desde la fecha de cada cobro y debo absolver y absuelvo a la demandada del resto de pronunciamientos contenidos en el suplico de la demanda».

CUARTO .- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de NCG Banco S.A., la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Murcia, dictó sentencia con fecha 18 de septiembre de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Que desestimando el recurso de apelación formulado por el procurador Sr. Berenguer López en representación de la entidad Novagalicia Banco S.A. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Murcia en el juicio ordinario n.º 302/13, debemos confirmar íntegramente la misma, sin efectuar declaración sobre las costas causadas en esta alzada».

QUINTO .- Contra la expresada sentencia interpuso recurso de casación la representación procesal de NCG Banco S.A., con apoyo en un único motivo: Artículo 477.1 LEC , por infracción del artículo 1303 del Código Civil en relación con el artículo 9.3 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 el recurso interpuesto y dar traslado a la parte recurrida para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días. Evacuado el traslado conferido, la procuradora doña Ana Belén Gómez Murillo, en nombre y representación de don Gines presentó escrito de oposición al mismo.

SÉPTIMO .- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 8 de junio del 2017, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes.*

1. El 14 julio 2006, don Gines suscribió con la Caja de Ahorros de Galicia (luego NGC Banco S.A. y en la actualidad Abanca Corporación Bancaria S.A.) una escritura de compraventa con subrogación y novación de préstamo hipotecario.

2. En la mencionada escritura, en la que don Gines intervenía como comprador y subrogado en el préstamo con garantía hipotecaria concedido a la vendedora, aparte de la ampliación del capital inicialmente prestado, se procedió a una modificación de la cláusula tercera bis, con el siguiente tenor literal: «El tipo de interés nominal anual vigente en cada periodo, que en ningún caso podrá exceder del 9,75% ni ser inferior al 3,25%, se determinará sumando un «margen» de 0,75 puntos porcentuales al «tipo de referencia» que corresponda al periodo».



3. La aplicación del interés mínimo contemplado en dicha cláusula comportó el pago de 4579 € por parte del prestatario.
4. En este contexto, en el año 2013, don Gines , formuló una demanda contra NGC Banco en la que solicitó la nulidad de la cláusula de interés mínimo (cláusula suelo) y la restitución de las cantidades abonadas a consecuencia de su aplicación, más los correspondientes intereses legales devengados.
5. La entidad bancaria se opuso a la demanda y solicitó la desestimación de la misma.
6. La sentencia de primera instancia desestimó la demanda.
7. Recurrida en apelación por la demandada, la Audiencia Provincial desestimó dicho recurso y confirmó la sentencia de primera instancia.

En síntesis, en lo que aquí interesa, consideró que la sentencia del Tribunal Supremo 241/2013, de 9 de mayo , no surtía efecto de cosa juzgada material respecto del caso objeto de la *litis*, porque se había dictado en un proceso en el que se ejercitaba una acción colectiva, mientras que en el presente caso se ejercitaba una acción individual. Además destacó que las circunstancias del caso no se identificaban con las expuestas en la citada sentencia, sin que concurriesen las circunstancias excepcionales respecto del riesgo de trastorno de grave y la buena fe de la entidad demandada. Por lo que resultaba aplicable el artículo 1303 del Código Civil y, en consecuencia, la nulidad de la cláusula, con la plena reintegración de los desplazamientos patrimoniales producidos por la misma.

Recurso de casación.

SEGUNDO.- *Planteamiento del único motivo del recurso. Alegaciones posteriores de las partes tras dictarse por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) la sentencia de 21 de diciembre de 2016.*

1. NCG Banco S.A., al amparo del artículo 477.1 LEC , formuló recurso de casación con un único motivo. En dicho motivo, denunció la infracción del artículo 1303 del Código Civil , en relación con el artículo 9.3 de la Constitución y con los principios generales del Derecho de seguridad jurídica, buena fe y orden público económico, tal y como han sido interpretados y aplicados por la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre los efectos de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo derivada de la falta de transparencia.
2. En el desarrollo del motivo alegó, resumidamente, que la sentencia recurrida aplicaba el artículo 1303 del Código Civil de manera literal y mecánica, sin atender a la modulación de su alcance según la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo expresada en la STS 241/2013. Adujo que la Audiencia Provincial , pese a no reconocer eficacia de cosa juzgada material a la mencionada sentencia del Tribunal Supremo, por tratarse de un proceso sobre una acción individual, debió ponderar la aplicación literal del artículo 1303 del Código Civil , de manera que confundía los efectos de la cosa juzgada con la aplicación de la doctrina jurisprudencial fijada en la indicada sentencia de esta Sala.
3. Tras dictarse por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) la sentencia de 21 de diciembre de 2016 (asuntos acumulados C-154/15 , C-307/15 y C-308115), se concedió a las partes un trámite de alegaciones.

La parte recurrente alegó la existencia de cosa juzgada, en relación con la sentencia de esta Sala 241/2013, de 9 de mayo , que sería incluso apreciable de oficio. Con carácter subsidiario, para el caso de condena a la restitución de cantidades, alegó que la buena fe del banco justifica la improcedencia del pago de los intereses legales devengados.

La parte recurrida sustentó que resultaba de plena aplicación la STJUE de 21 de diciembre de 2016, por lo que procedía la desestimación del recurso de casación.

TERCERO.- *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.
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, esta cuestión la hemos analizado recientemente 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 ejerció 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.

CUARTO.- Resolución del único motivo de casación. Condiciones generales de la contratación. Cláusulas suelo. Efectos de la declaración de su ineficacia. Adaptación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a los pronunciamientos del TJUE en materia de devolución de las cantidades cobradas en aplicación de la cláusula suelo. Desestimación del recurso de casación. Principio de efectividad.

1. Las sentencias prejudiciales son obligatorias (artículo 91 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, versión consolidada de 25 de septiembre de 2012) y tienen, como regla, eficacia *ex tunc* desde su pronunciamiento, sin perjuicio de que el Tribunal de Justicia pueda limitar su dimensión temporal cuando concurren consideraciones imperiosas de seguridad jurídica (STJUE de 7 de julio de 2011, Nisipeanu, C-263/10).

2. En consecuencia, como ya se acordó en la citada sentencia 123/2017, de 24 de febrero, procede modificar la jurisprudencia de esta sala sobre los efectos restrictivos de la declaración de nulidad de la denominada cláusula suelo, toda vez que la 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 periodo 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 a la declaración de nulidad de la cláusula suelo del préstamo hipotecario vulneraría el principio de efectividad de la Directiva 93/13/CEE tanto en su vertiente de «no vinculación» de los efectos de la cláusula abusiva para el consumidor (artículo 6.1 de



la Directiva), como en la del debido «efecto disuasorio» que la nulidad de la cláusula debe ejercer sobre los profesionales (artículo 6.1, en relación con el 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 recurso ha de ser desestimado, ya que aunque en su momento lo planteado en dicho recurso era acorde con la jurisprudencia de esta sala no lo es una vez que la misma ha de acomodarse a lo resuelto por el Tribunal de Justicia de la Unión.

4. La desestimación del único 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 oportunamente 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).

QUINTO.- Costas y depósitos.

1. La desestimación del recurso de casación comporta que las costas causadas por el mismo se impongan a la parte recurrente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398.1 LEC .

2. Asimismo, procede ordenar la pérdida del depósito constituido para la interposición de dicho recurso, de conformidad con lo establecido 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 interpuesto por la entidad Abanca Grupo Banesco S.A. contra la sentencia dictada, con fecha 18 de septiembre de 2014, por la Audiencia Provincial de Murcia, sección 4.ª, en el rollo de apelación núm. 612/2014 . **2.** Imponer las costas del recurso de casación a la parte recurrente. **3.** Ordenar la pérdida del depósito constituido para la interposición de dicho recurso. 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 Rafael Saraza Jimena Pedro Jose Vela Torres