



Roj: **STS 223/2018 - ECLI:ES:TS:2018:223**

Id Cendoj: **28079110012018100057**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **30/01/2018**

Nº de Recurso: **54/2015**

Nº de Resolución: **45/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP V 5211/2014,**
STS 223/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 45/2018

Fecha de sentencia: 30/01/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 54/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 08/11/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno

Procedencia: Audiencia Provincial e Valencia, sección 9.^a

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

Transcrito por: RDG

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 54/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 45/2018

Excmos. Sres.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Saraza Jimena



D. Pedro Jose Vela Torres

En Madrid, a 30 de enero de 2018.

Esta sala ha visto los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, interpuesto contra la sentencia dictada en recurso de apelación núm. 329/2014 por la sección 9.^a de la Audiencia Provincial de Valencia, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 720/2013, seguidos ante el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Valencia, cuyo recurso fue interpuesto ante la citada Audiencia por el procurador don Miguel Castello Merino en nombre y representación de D. Estanislao, compareciendo en esta alzada en su nombre y representación la procuradora doña Nuria Munar Serrano en calidad de recurrente y la procuradora doña Ana Prieto Lara-Barahona en nombre y representación de Kutxabank S.A. en calidad de recurrido.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El procurador don Miguel Javier Castello Merino en nombre y representación de don Estanislao, interpuso demanda de juicio ordinario, contra Cajasur, ahora bajo la denominación Kutxabank S.A, bajo la dirección letrada de D.^a María Isabel Martí Arce y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que:

«Estimando íntegramente la demanda:

1. Se declare la nulidad por abusivas de las Cláusulas suscritas en las dos Escrituras de Préstamos Hipotecario:

1.1 En primer lugar, la del Préstamo de fecha 19 de mayo de 2005, concretamente en la página 16, como cláusula TERCERA, INTERESES ORDINARIOS, que establece un límite tipo de interés mínimo aplicable de un 4% y un máximo de un 12%.

1.2 En segundo lugar, la del Préstamo de fecha de 11 de febrero de 2009, Concretamente en su página 23, como cláusula TERCERA, INTERESES ORDINARIOS, punto 2, que establece un límite tipo de interés mínimo aplicable de un 4% y un máximo de un 10%. Y ello con las consecuencias inherentes a dicha declaración. Y en consecuencia,

2. Condene a la entidad demandada, CAJASUR, ahora KUTXABANK.S.A a la devolución de las cantidades cobradas indebidamente, en virtud de la condición declarada nula, más los intereses legales correspondientes, y sin perjuicio de que durante la pendencia de este procedimiento, o en su caso, en ejecución de sentencia, puedan ser cobradas algunas cantidades más por parte de la demandada en virtud de la citada cláusula.

»Todo ello, y en cualquier caso, con imposición de las costas procesales causadas en el presente procedimiento a la entidad demandada».

SEGUNDO .- El procurador D. Enrique Domingo Roig, en nombre y representación de Kutxabank S.A., contestó a la demanda, bajo la dirección letrada de D. Íñigo Barrutia Olasolo y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia:

«Declarando no haber lugar a las pretensiones que la parte actora solicita en el suplico de la demanda, absolviendo totalmente a mi representada, y condenando a la parte demandante al pago de las costas judiciales».

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 Valencia, dictó sentencia con fecha 17 de enero de 2014, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por el Procurador Sr. Castelló Merino en la representación que ostenta de su mandante D. Estanislao contra la entidad KUTXABANK S.A. se efectúan los siguientes pronunciamientos:

1.- Se declara, a todos los efectos procedentes en Derecho, la nulidad en cada caso de la estipulación contenida en las sendas escrituras que establece el límite a las revisiones del tipo de interés de un mínimo aplicable de un 4% nominal anual.

2.- En su virtud, se condena a la entidad KUTXABANK S.A. a estar y pasar por la anterior declaración, así como a la eliminación a su costa de la citada cláusula, sin eficacia desde la presente resolución

3.- Se desestima la demanda en todo lo demás.

4.- Sin pronunciamiento en materia de costas procesales».



CUARTO .- Interpuesto recurso de apelación por las representaciones procesales de Kutxabank S.A. y de don Estanislao , la Sección 9.ª de la Audiencia Provincial de Valencia, dictó sentencia con fecha 27 de octubre de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Desestimando los recursos de apelación formulados por las representaciones procesales de Kutxabank S.A. y Estanislao , ambos contra la sentencia de fecha 17 de enero de 2014, dictada por el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Valencia en autos de juicio ordinario n.º 720/2013, y apreciando de oficio la caducidad de la acción de nulidad respecto del contrato de préstamo hipotecario de 19/05/2005, revocamos parcialmente dicha resolución, y en su lugar, estimando parcialmente la demanda inicial de las actuaciones,

»A/ Se declara la nulidad de la estipulación contenida en la escritura pública de préstamo hipotecario de fecha 11 de febrero de 2009 que establece el límite a las revisiones del tipo de interés mínimo aplicable de un 4% nominal anual.

»B/ Se condena a la entidad Kutxabank S.A. a estar y pasar por la anterior declaración, así como a la eliminación a su costa de la citada cláusula, sin eficacia desde la resolución de la primera instancia.

»C/ Se desestima la demanda en todo lo demás.

»D/ No se hace expresa imposición de las costas causadas en la primera instancia.

»E/ Cada parte causará las costas causadas en esta alzada por razón de su recurso de apelación.

»F/ Se acuerda la pérdida por las litigantes apelantes del depósito constituido para recurrir».

Por auto de fecha 13 de noviembre de 2014, se aclaró dicha sentencia en el sentido de:

«No haber lugar a la subsanación solicitada por la representación procesal de Estanislao respecto de la sentencia dictada en fecha 27 de octubre de 2014 en el rollo de apelación 329/14 ».

QUINTO .- Contra la expresada sentencia interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación la representación procesal de D. Estanislao , argumentando el recurso extraordinario por infracción procesal con apoyo en un único motivo: Al amparo del artículo 469.1.4.º, se alega vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva contenido en el artículo 24.1 de la CE , en relación con el artículo 51 CE , por haber incurrido la sentencia en error ostensible y notorio en la valoración de la prueba». El recurso de casación lo argumentó con apoyo en los siguientes motivos: Primero.- Artículo 477.2.3.º LEC , presentando interés casacional, art. 477.3, por oposición o desconocimiento del contenido de la jurisprudencia de esa Sala 1.ª del Tribunal Supremo, sentencia n.º 81/2003, de fecha 11 de febrero de 2003 y n.º 1385/2007, de fecha 8 de enero de 2007 . Infracción del artículo 1303 del Código Civil . Segundo.- El motivo de casación se interpone al amparo del art. 477.2.3.º LEC , CONFORME AL ART. 477.3 LEC , por interés casacional por existencia contradictoria de las Audiencias Provinciales respecto de la aplicación del art. 1303 del C.C .

SEXTO .- Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 5 de julio de 2017 se acordó admitir los recursos interpuestos y dar traslado a la parte recurrida para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días. Evacuado el traslado conferido, no se presentó escrito de impugnación 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 noviembre del 2017, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes.*

1. El presente caso, en un supuesto en el que la cláusula de interés mínimo (cláusula suelo) ha sido declarada abusiva por falta de transparencia, plantea, como cuestión de fondo, el condicionamiento del efecto restitutorio *ex tunc*, que se deriva de dicha declaración, a que el cliente, en su escrito rector, cuantifique el importe de lo reclamado, o efectúe reserva de cuantificación; conforme a los arts. 209 y 219 de la LEC .

2. En síntesis, en lo que interesa, D. Estanislao , prestatario y aquí recurrente, presentó una demanda contra la entidad Kutxabank S.A (antes Cajasol) en la que solicitaba, entre otros extremos, la declaración de abusividad de la cláusula «tercera bis» del contrato de préstamo hipotecario suscrito con dicha entidad el 11 de febrero de 2009, por el que se establecía un interés mínimo aplicable del 4% (cláusula suelo) y un máximo del 12% (cláusula techo).

La entidad bancaria se opuso a la demanda.



3. La sentencia de primera instancia estimó en parte la demanda. En este sentido, conforme a lo declarado por la sentencia de esta sala de 9 de mayo de 2013, declaró el carácter abusivo de la citada cláusula por falta de transparencia, pero limitó la ineficacia derivada de la nulidad de la cláusula con efectos *ex nunc*, esto es, sin afectar a los pagos ya efectuados por el demandante.

4. Interpuestos recursos de apelación por ambas partes, la sentencia de la Audiencia desestimó dichos recursos y revocó en parte la sentencia de primera instancia al declarar de oficio la caducidad de la acción de nulidad ejercitada por el demandante con relación al contrato de préstamo hipotecario de fecha 19 de abril de 2005, que no es objeto de los presentes recursos.

Con relación al carácter abusivo de la cláusula por falta de transparencia declaró:

«[...]Y siguiendo el argumento del Juzgador *a quo*, tampoco se aprecia que en la contratación el requisito de la transparencia fuera superado en su segundo nivel por la entidad bancaria, -dándole información al cliente de modo que este fuera plenamente consciente de las totales consecuencias de la inclusión de la cláusula-, pues no consta acreditado la realización de simulaciones teóricas de subidas y bajadas del tipo de interés de las que el cliente pudiera concluir el coste económico que ello supondría, ni la comparativa del producto -que finalmente se contrató- con otros similares. Es de añadir que el tipo suelo (4%) resulta desproporcionado respecto del tipo techo (10%), habida cuenta que a la fecha de la contratación (febrero de 2009) el tipo del interés legal estaba en un 5'5%, de modo que el primero es tan sólo 0'5 puntos inferior mientras que el segundo prácticamente lo dobla. Cierto es que consta la oferta vinculante del contrato de préstamo hipotecario de fecha 5 de febrero de 2009, firmado en su parte final por la parte prestataria, en cuya primera página se determinan de forma genérica las condiciones financieras con expresión, entre otros del tipo de interés nominal anual máximo (10%) y mínimo (4%), si bien hay dos importantes consideraciones a realizar, primera, que las casillas correspondientes a dichos datos aparecen precedidas por otra casilla cuya redacción puede producir confusión al indicarse en la misma como diferencial mínimo para revisar el 0'0%, y segunda, que en la explicación en extenso de las cláusulas financieras contenidas en el reverso de dicho documento ninguna referencia hay a la incidencia que la cláusula del tipo de interés techo y suelo puede tener en el cálculo de los intereses ordinarios, pese a que la Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, establece en relación a dicha cuestión que "si se pactara un umbral mínimo para la variación del tipo de interés (de forma que éste permanezca inalterado cuando la fluctuación del índice de referencia no alcance, en más o en menos cierto umbral), se expresará dicho umbral en fracciones de punto».

En lo que aquí interesa, denegó la pretensión de restitución íntegra (*ex tunc*) del demandante, con la siguiente fundamentación:

«[...] Por último, y en lo que se refiere al recurso de apelación de la parte demandante, igualmente ha de establecerse un pronunciamiento desestimatorio.

»Entiende la parte recurrente que si se declara la nulidad de la cláusula limitadora de los tipos de interés ordinario, por aplicación de lo establecido en el artículo 1303 del Código Civil habría de acordarse, igualmente, la restitución de las cantidades pagadas a consecuencia de tal declaración, y siendo admisible inicialmente tal premisa, este Tribunal, no obstante, ha de denegar esa pretensión en atención a las consideraciones que siguen.

- »En el suplico de la demanda se contenía la siguiente petición: "condene a la entidad demandada, CAJASUR, ahora KUTXABANK SA, a la devolución de las cantidades cobradas indebidamente en virtud de la condición declarada nula, más los intereses legales correspondientes, y sin perjuicio de que durante la pendencia de este procedimiento, o en su caso, en ejecución de sentencia, puedan ser cobradas algunas cantidades más por parte de la demandada en virtud de la citada cláusula"; es decir, la parte actora no cuantificaba en su escrito rector el importe de lo reclamado, cálculo aritmético este de fácil obtención hasta la fecha de la interposición de la demanda (07/06/2013), ni efectuaba tampoco reserva alguna de cuantificación.

»En supuestos como el de autos, tenemos dicho en la citada sentencia de 1 de julio de 2014 lo siguiente: "Además de ser ciertamente controvertida la cuestión relativa al carácter retroactivo de la declaración de nulidad postulada, concurre, en este supuesto, en concreto, una infracción del artículo 209, 4 en relación al 219, 1 LEC, ya que la actora no cuantifica -teniendo datos para efectuarlo- concretamente, la suma abonada en exceso en su opinión, sino que simplemente se refiere a su eventual cálculo en el futuro, proscrito por los preceptos expresados. Por ello, consideramos que, con independencia de la posición de esta Sala sobre la cuestión, en este caso, la resolución se limitará a declarar la nulidad de la cláusula suelo en cuestión, con carácter *ex tunc*, debiendo el demandado estar y pasar por tal declaración, sin que proceda, por la razón expresada, la declaración adicional de restitución de lo percibido en exceso, no concretado en modo alguno en la demanda, como debió efectuarse [...]».



5. Por auto de 13 de noviembre de 2014 se declaró no haber lugar a la subsanación de la sentencia de apelación que solicitó el demandante a los efectos de que se incluyeran en la sentencia las cantidades derivadas de la declaración de nulidad de la cláusula suelo.

6. Frente a la sentencia de apelación, el demandante interpone recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Recurso extraordinario por infracción procesal.

SEGUNDO.- 1. El demandante, al amparo del ordinal 4.º del art. 469.1 LEC , interpone recurso extraordinario por infracción procesal que articula en un único motivo.

En dicho motivo, denuncia la vulneración del art. 24 CE en relación con el art. 51 del mismo texto legal , por incurrir la sentencia en un error notorio en la valoración de la prueba. Funda dicho error en la valoración de la prueba en que la sentencia recurrida no ha tenido en cuenta y, por tanto, no se ha sujetado, a que tanto en la demanda, como en la audiencia previa y en el escrito de apelación, se cuantificaron las cantidades cobradas de más.

2. El motivo, así planteado, debe ser desestimado.

El que la sentencia recurrida no haya tenido en cuenta las alegaciones y argumentos desarrollados por el demandante en sus respectivos escritos de demanda y de recurso de apelación no constituye un hecho que sirva de fundamento del error notorio en la valoración de la prueba, como base de la interposición del recurso extraordinario por infracción procesal.

Recurso de casación.

TERCERO.- Cláusula suelo. Declaración de nulidad por falta de transparencia. Efecto restitutorio pleno o ex tunc. Artículo 1303 del Código Civil .

1. El demandante, al amparo del ordinal 3.º del art. 477.2 LEC , por oposición a la jurisprudencia de esta sala, interpone recurso de casación que articula en dos motivos.

2. En el primer motivo el demandante denuncia la infracción del art. 1303 del Código Civil , así como de la doctrina jurisprudencial de esta sala. Argumenta que la declaración de nulidad o anulabilidad de una cláusula general de la contratación comporta un efecto restitutorio pleno (*ex tunc*) , a fin de que las partes vuelvan a la situación personal y patrimonial anterior al efecto invalidante, con cita de las SSTs de 11 de febrero de 2003 y de 8 de enero de 2007 .

En el motivo segundo el demandante, denuncia la infracción del art. 1303 del Código Civil . Alega la existencia de jurisprudencia contradictoria de Audiencias.

Se procede al examen conjunto de los motivos planteados.

3. Los motivos deben ser estimados.

Como se ha señalado, entre otras, en la sentencia de esta sala 423/2017, de 5 de julio , la controversia acerca de los efectos retroactivos (*ex tunc*) de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo ha quedado resuelta por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016 (caso Gutiérrez Naranjo), que ha determinado un cambio de 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 ».

En esta línea, en estos casos de nulidad de la cláusula suelo, debe interpretarse, conforme al citado art. 1303 del Código Civil , que el alcance restitutorio incluye el pago de los intereses devengados por las



respectivas prestaciones restituibles (por todas, la sentencia de esta sala 734/2016, de 20 de diciembre), y que además dicho precepto fija las bases para que a través de un cálculo sencillo, u operación aritmética, pueda determinarse la cuantía económica que comporta el efecto restitutorio previsto, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 219 LEC, conforme a la interpretación que de dicho precepto realiza la sentencia 737/2013, de 28 de noviembre.

CUARTO.- Costas y depósitos.

1. La desestimación del recurso extraordinario por infracción procesal comporta que las costas causadas por el mismo se impongan a la parte recurrente, de conformidad con lo dispuesto en el art. 398.1 LEC.
2. La estimación del recurso de casación comporta que en las costas causadas por el mismo no se impongan a ninguna de las partes, de conformidad con lo dispuesto en el art. 398.2 LEC.
3. La estimación del recurso de casación comporta, a su vez, la estimación en parte del recurso de apelación del demandante D. Estanislao, por lo que no procede hacer expresa imposición de costas de su apelación, de conformidad con lo dispuesto en el art. 398.2 LEC.
4. Procede ordenar la pérdida del depósito constituido para la interposición del recurso extraordinario por infracción procesal y la devolución del constituido para el recurso de casación, de conformidad con lo establecido en la disposición adicional 15.ª LOPJ.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1. Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación procesal de D. Estanislao contra la sentencia dictada, con fecha 27 de octubre de 2014, por la Audiencia Provincial de Valencia, sección 9.ª, en el rollo de apelación núm. 329/2014.
2. Estimar el recurso de casación interpuesto por la citada representación contra la sentencia de referencia que casamos y anulamos en parte y asumiendo la instancia, estimamos en parte el recurso de apelación del demandante D. Estanislao y, en consecuencia, revocamos en parte la sentencia del Juzgado de lo Mercantil, núm. 1 de Valencia, de 17 de enero de 2014, dictada en el juicio ordinario núm. 720/2013, en el sentido de declarar la restitución íntegra (*ex tunc*) de los intereses cobrados de más por la entidad bancaria como consecuencia de la aplicación de la cláusula suelo en el contrato de préstamo hipotecario de 11 de febrero de 2009, más los intereses legales que correspondan.
3. Procede imponer las costas del recurso extraordinario por infracción procesal a la parte recurrente.
4. No procede hacer expresa imposición de costas del recurso de casación, ni del recurso de apelación del demandante.
5. Procede ordenar la pérdida del depósito constituido para la interposición del recurso extraordinario por infracción procesal, y la devolución del constituido para el recurso de casación.

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.