



Roj: **STS 1909/2018 - ECLI:ES:TS:2018:1909**

Id Cendoj: **28079119912018100019**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **23/05/2018**

Nº de Recurso: **2069/2017**

Nº de Resolución: **294/2018**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **RAFAEL SARAZA JIMENA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP O 1013/2017,**
STS 1909/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

PLENO

Sentencia núm. 294/2018

Fecha de sentencia: 23/05/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 2069/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 21/03/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena

Procedencia: Audiencia Provincial de Oviedo, Sección Quinta

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: ACS

Nota:

CASACIÓN núm.: 2069/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

PLENO

Sentencia núm. 294/2018

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Jose Antonio Seijas Quintana



D. Antonio Salas Carceller
D. Francisco Javier Arroyo Fiestas
D. Ignacio Sancho Gargallo
D. Francisco Javier Orduña Moreno
D. Rafael Saraza Jimena
D. Eduardo Baena Ruiz
D. Pedro Jose Vela Torres
D.^a M. Ángeles Parra Lucán

En Madrid, a 23 de mayo de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación respecto de la sentencia núm. 138/2017 de 7 de abril, dictada en grado de apelación por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Oviedo, como consecuencia de autos de juicio ordinario 375/2016 del Juzgado de Primera Instancia 1 de Avilés, sobre nulidad de la cláusula suelo.

El recurso fue interpuesto por D. Aurelio y D.^a Amalia, representados por la procuradora D.^a Ana Belén Pérez Martínez y bajo la dirección letrada de D. Celestino García Carreño.

Es parte recurrida Liberbank S.A., representada por la procuradora D.^a Silvia Casielles Morán y bajo la dirección letrada de D. Pablo Baquero Sánchez.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- La procuradora D.^a Nuria Arnaiz Llana, en nombre y representación de D. Aurelio y D.^a Amalia, interpuso demanda de juicio ordinario contra Caja de Ahorros de Asturias (ahora Liberbank S.A.) en la que solicitaba se dictara sentencia:

«[...] por la que:

» a) Se declare, a todos los efectos procedentes en Derecho, la abusividad, falta de transparencia y por tanto, la nulidad radical de la siguiente estipulación, teniéndose por no puesta y extrañándola del contrato de préstamo con garantía hipotecaria, conforme a los razonamientos expuestos en el cuerpo de esta demanda:

» - Del contrato de préstamo hipotecario de fecha 31 de agosto de 2009 de Caja de Ahorros de Asturias (ahora Liberbank S.A.), la condición, identificada de la siguiente manera:

» "Tercera Bis: Tipo de interés variable 3.2.B "No obstante todo lo anterior, se conviene que durante la fase sujeta a interés variable, los tipos de interés nominal anual mínimo y máximo aplicables al préstamo serán del dos coma noventa y cinco por ciento (2,95%) y del quince por ciento (15%) respectivamente, con independencia de que el tipo resultante por aplicación de las reglas de variabilidad recogidas en la presente estipulación sea inferior o supere los referidos límites".

» b) Se condene a la mercantil demandada, a la restitución de las cantidades en exceso percibidas en aplicación de dicha cláusula, desde la fecha de 9 de mayo de 2013, más los intereses legales devengados de dichas cantidades, incluidas las que se puedan cobrar en exceso durante la tramitación del procedimiento, hasta una eventual sentencia estimatoria.

» c) Se condene a la mercantil demandada al reintegro de las cantidades abonadas de más en aplicación de la cláusula suelo, efectuando la devolución de su total importe mediante el abono en cuenta, sin el recalcule de amortizaciones mediante la aplicación de las cantidades abonadas en cada momento en exceso al pago del capital.

» Todo ello con expresa imposición de costas».

2.- La demanda fue presentada el 21 de julio de 2016 y repartida al Juzgado de Primera Instancia 1 de Avilés y fue registrada con el núm. 375/2016. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- El procurador D. Urbano Martínez Rodríguez, en representación de Liberbank S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba:



«[...] se dicte en su día sentencia:

- » 1.- Desestimando las pretensiones de la actora con expresa condena en costas.
- » 2.- Para el eventual supuesto de ser estimada la demanda, se estime sólo parcialmente, de manera que la restitución de las cantidades cobradas que no correspondiesen se realicen únicamente desde la fecha de publicación de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 , sin que en este caso proceda la condena en costas a ninguna de las partes».

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia 1 de Avilés, dictó sentencia de 26 de enero de 2017 , con la siguiente parte dispositiva:

«Que estimando la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales Sra. Arnaiz Llana, en nombre y representación de D. Aurelio y D.^a Amalia , sobre nulidad de cláusula contractual, frente a Liberbank, S.A., representada por el Procurador de los Tribunales Sr. Martínez Rodríguez.

» Debo declarar y declaro la nulidad de la cláusula "tercera bis" contenida en la escritura de fecha 31 de agosto de 2009, condenando a la demandada a la eliminación de la citada cláusula del contrato hipotecario perfeccionado entre las partes, extrañando la misma del contrato,

» Condenando a la entidad demandada, a devolver a la actora las cantidades indebidamente cobradas por aplicación de dicha cláusula desde el 9 de mayo de 2013, más los intereses legales devengados, efectuando la devolución de su total importe mediante el abono en cuenta, sin el recalcule de amortizaciones mediante la aplicación de los abonados en cada momento en exceso al pago del capital.

» Las costas procesales ocasionadas se imponen a la demandada».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D. Aurelio y D.^a Amalia . La representación de Liberbank S.A. se opuso al recurso interpuesto de contrario.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Oviedo, que lo tramitó con el número de rollo 130/2017 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia 137/2017, de 7 de abril , desestimando el recurso con imposición de costas al apelante.

TERCERO.- *Interposición y tramitación del recurso de casación*

1.- La procuradora D.^a Nuria Arnaiz Llana, en representación de D. Aurelio y D.^a Amalia , interpuso recurso de casación.

El motivo del recurso de casación fue:

«Único.- Al amparo del ordinal 3º del art. 477.2 LEC , por presentar interés casacional, se denuncia la infracción del artículo 1303 del Código Civil en relación con el artículo 6, apartado 1 , y 7 apartado 1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 , al vulnerar la sentencia recurrida, la doctrina recogida en febrero del 2017, recurso 740/2014, y en la Sentencia del Pleno de la Sala Civil del Tribunal Supremo núm. 241/2013 de 9 de mayo de 2013, recurso 485/2012 , en la Sentencia del Pleno de la Sala Civil del Tribunal Supremo núm. 265/2015 de 22 de abril de 2015, recurso 2351/2012 y por ir en contra de la doctrina recogida en la Sentencia de la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-154/15 , C-307/15 y C-308/15 que consideran, en todo caso que, (i) las cláusulas abusivas, en ningún caso vincularán al consumidor, (ii) que la limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración del carácter abusivo de una cláusula contractual, resulta incompleta e insuficiente y no constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de dicha cláusula abusiva, (iii) que los órganos jurisdiccionales deberán abstenerse de aplicar, en el ejercicio de su propia autoridad, la limitación de los efectos en el tiempo que el Tribunal Supremo acordó en la sentencia de 9 de mayo de 2013 , puesto que tal limitación no resulta compatible con el Derecho de Unión, (iv) que en los supuestos de nulidad absoluta, el Ordenamiento jurídico, impone a los poderes del Estado rechazar de oficio la aplicación de reglas procesales (rogación y congruencia) estrictas que impidan la efectividad del Derecho de la Unión y (v) que constituye una facultad excepcional de los tribunales (incluidos los de apelación) apreciar la nulidad de las cláusulas contractuales cuando sean contrarias al orden público, independientemente de la iniciativa que en el proceso haya adoptado e interesado el consumidor, que no puede enfrentarse sólo a la abusividad de las cláusulas concertadas en un contrato que no ha sido negociado con un empresario, necesitando de la intervención del órgano judicial, a fin de restablecer nuevamente el equilibrio alterado por las cláusulas abusivas».

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las



partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 20 de diciembre de 2017, que admitió el recurso y acordó dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizaran su oposición.

3.- Liberbank S.A. se opuso al recurso de casación interpuesto.

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 21 de marzo de 2018.

5.- En la deliberación se consideró la procedencia de formular al Tribunal de Justicia de la Unión Europea una petición de decisión prejudicial, conforme al artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que estaría referida a la interpretación de los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y versaría sobre en qué medida los principios de no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas y de la obligación de los Estados miembros de velar porque existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores que establecen los arts. 6.1 y 7.1 la Directiva 93/13/CEE son compatibles con las exigencias derivadas de los principios procesales de justicia rogada, preclusión de trámites procesales y de congruencia que establecen los arts. 216, 136 y 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española. Por tal razón, conforme a lo dispuesto en el art. 4.bis.2 LOPJ, se acordó conceder trámite de audiencia a las partes, por plazo de diez días, para que se pronunciaran sobre la procedencia de plantear la mencionada cuestión.

6.- Liberbank S.A., tras pretender que existía carencia de objeto sobrevenido porque había procedido a realizar en el Juzgado de Primera Instancia una consignación con la que consideraba que quedaba satisfecha la pretensión de los recurrentes, lo que fue negado por estos, presentó finalmente un escrito en el que manifestó allanarse al recurso de casación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Antecedentes del caso*

1.- El 31 de agosto de 2009, el banco Liberbank S.A. (en lo sucesivo, Liberbank) concedió a D. Aurelio y D.^a Amalia un préstamo de 76.000 euros con garantía hipotecaria, para adquirir su vivienda familiar. Los prestatarios debían devolverlo en 30 años mediante el pago de 360 cuotas mensuales.

2.- El tipo de interés remuneratorio inicial fue fijado en el 4,25% anual, sujeto a variación a partir del primer año mediante la adición de un punto porcentual al índice de referencia, que consistía en el euribor a un año. No obstante, como límites a la variabilidad del tipo de interés remuneratorio, se añadía una cláusula por la cual el interés del préstamo no bajaría nunca del 2,95% ni sería superior al 15%.

3.- Los consumidores prestatarios presentaron el 21 de julio de 2016 una demanda contra el banco prestamista en la que solicitaban que se declarara nula la cláusula que limitaba la posibilidad de variación a la baja del tipo de interés remuneratorio (denominada habitualmente "cláusula suelo"), por ser abusiva por falta de transparencia, dado que el banco no había informado adecuadamente a los prestatarios de la inserción de tal cláusula y de su trascendencia en la economía del contrato.

Además de la declaración de nulidad de la cláusula, los prestatarios solicitaban que Liberbank les restituyera las cantidades cobradas indebidamente por la aplicación de la cláusula que consideraban abusiva, pero limitaron su reclamación a las cantidades cobradas a partir del 9 de mayo de 2013. Esta limitación en la solicitud de restitución venía motivada por la doctrina establecida en la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo 241/2013, de 9 de mayo.

4.- Liberbank se opuso a la demanda mediante un escrito que presentó el 13 de octubre de 2016, en el que alegó que la "cláusula suelo" que había incluido en el contrato de préstamo hipotecario concertado con los demandantes no era abusiva. Como pretensión subsidiaria, solicitó que si la cláusula era declarada abusiva y, por tanto, nula, se le condenara a restituir solamente las cantidades cobradas en aplicación de dicha cláusula a partir del 9 de mayo de 2013, que, por otra parte, era lo solicitado en la demanda.

5.- Antes de que se celebrara la vista en la que debían practicarse las pruebas, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo, TJUE) dictó la sentencia de 21 de diciembre de 2016, en los asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15. En el fallo de esa sentencia, el Tribunal de Justicia declaró que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato celebrado con un consumidor por un profesional, circunscribiendo tales efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula



con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión.

La jurisprudencia nacional a la que se refiere el TJUE en este fallo era la contenida en la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo 241/2013, de 9 de mayo, y en otras posteriores que seguían la misma línea.

6.- Tras la publicación de esa sentencia del TJUE, y antes del día en que debía celebrarse la vista, Liberbank presentó un escrito en el que se allanó a la demanda y alegó que solo se le debía condenar a la restitución de las cantidades que había cobrado por aplicación de la cláusula suelo a partir del 9 de mayo de 2013.

7.- El Juzgado de Primera Instancia otorgó un trámite de audiencia a los demandantes, para que pudieran pronunciarse sobre el allanamiento del banco demandado. Los demandados manifestaron su conformidad con el allanamiento del banco demandado pero solicitaron que la condena a la restitución de las cantidades percibidas en exceso se hiciera extensiva a todas las cantidades percibidas indebidamente por el banco desde la celebración del contrato. Las razones de esta solicitud eran, resumidamente:

i) La restitución de todas las cantidades pagadas como consecuencia de la aplicación de la cláusula abusiva era una consecuencia inherente a la invalidez de la cláusula y constituía una cuestión de orden público que vinculaba al juez nacional, conforme a la sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016.

ii) Que los demandantes hubieran limitado la pretensión restitutoria formulada en su demanda a las cantidades pagadas a partir del 9 de mayo de 2013 se debió a la jurisprudencia nacional existente en ese momento.

iii) Los términos en que se había producido el allanamiento del banco eran fraudulentos porque este pretendía evitar la aplicación de la doctrina contenida en la sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de diciembre de 2016.

8.- El Juzgado de Primera Instancia dictó una sentencia en la que declaró la nulidad de la cláusula suelo pero limitó la restitución de las cantidades cobradas por el banco de forma indebida por la aplicación de dicha cláusula a las percibidas a partir del 9 de mayo de 2013. El juzgado justificó esta limitación temporal argumentando que la sentencia debía ajustarse a lo solicitado en la demanda.

9.- Los demandantes apelaron la sentencia de primera instancia. En su recurso de apelación, solicitaron que se acordara la restitución íntegra de las cantidades pagadas indebidamente por aplicación de la cláusula suelo declarada nula por abusiva, de conformidad con la doctrina establecida por la sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de diciembre de 2016.

10.- La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación. Consideró que la pretensión de los recurrentes no podía ser estimada pues debían aplicarse los principios de justicia rogada y de congruencia. Según la Audiencia Provincial, no se vulneraba la efectividad del Derecho de la Unión Europea si la limitación temporal de la restitución de las cantidades indebidamente pagadas por aplicación de una cláusula abusiva estaba provocada por la propia solicitud del consumidor, que en su demanda había hecho una solicitud de restitución limitada.

11.- Los consumidores interpusieron un recurso de casación en el que denunciaban que la sentencia de la Audiencia Provincial infringe el artículo 1303 del Código Civil (que regula los efectos restitutorios vinculados a la nulidad de las obligaciones y contratos) en relación con los arts. 6.1 (no vinculación de los consumidores a las cláusulas abusivas) y 7.1 (obligación de los Estados miembros de establecer medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas) de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

12.- La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, constituida en pleno, deliberó el recurso y acordó dar a las partes un trámite de audiencia sobre la procedencia de plantear una cuestión prejudicial ante el TJUE que versaría sobre en qué medida los principios de no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas y de la obligación de los Estados miembros de velar porque existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores que establecen los arts. 6.1 y 7.1 la Directiva 93/13/CEE son compatibles con las exigencias derivadas de los principios procesales de justicia rogada, preclusión de trámites procesales y de congruencia que establecen diversos preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

13.- A raíz de este trámite, Liberbank consignó en el Juzgado de Primera Instancia unas cantidades (que calificó de "irrisorias") que consideró suficientes para que los demandantes recibieran lo que reclamaban en su demanda, así como otras cantidades suplementarias que consideraba suficientes para cubrir las costas. Tras pretender de un modo infundado que concurría una carencia sobrevenida de objeto por satisfacción extraprocesal (pese a reconocer que en trámite de ejecución de sentencia procedería precisar ciertas cuestiones), Liberbank ha presentado un escrito en el que manifiesta que se allana al recurso de casación.

**SEGUNDO.- Allanamiento al recurso**

1.- Por aplicación de lo dispuesto en los artículos 19 y 21 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el allanamiento al recurso de casación determina que deba dictarse una sentencia que estime el recurso, case en parte la sentencia de la Audiencia Provincial y revoque en parte la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, en el sentido de estimar el recurso de apelación de los demandantes y condenar a Liberbank a la restitución de la totalidad de las cantidades que cobró en aplicación de la cláusula suelo abusiva.

2.- El allanamiento también tiene relevancia en el recurso de casación y determina que se dicte una sentencia que estime el recurso y case la sentencia recurrida, como hemos declarado en anteriores sentencias, entre las que pueden citarse las sentencias 74/2017, de 8 de febrero, y 475/2017, de 20 de julio.

3.- Este tribunal no puede dejar de resaltar los graves perjuicios que actuaciones como la adoptada por Liberbank en este proceso están causando al Tribunal Supremo, puesto que tras tramitarse el recurso de casación, deliberar el recurso el pleno de la sala y adoptar la decisión de dar audiencia a las partes sobre la pertinencia de plantear una cuestión prejudicial al TJUE para que resuelva las dudas sobre la interpretación de determinadas normas de Derecho de la Unión Europea con clara trascendencia en la litigiosidad existente sobre esta cuestión, Liberbank manifiesta que las cantidades que se le reclamaban eran "irrisorias" y que se allana al recurso.

Con esta conducta procesal se perturba injustificadamente la función del Tribunal Supremo en la formación de doctrina jurisprudencial sobre cuestiones en las que resulta decisiva la interpretación de normas comunitarias por el TJUE.

TERCERO .- Costas y depósito

1.- La estimación del recurso conlleva que no se haga especial imposición de las costas de los recursos de casación y de apelación y que se impongan a la demandada las costas de la primera instancia, como por otra parte ya había acordado el Juzgado de Primera Instancia, de conformidad con los artículos 394 y 398, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

2.- Procédase a la devolución del depósito constituido de conformidad con la disposición adicional 15.ª, apartado 8, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

FALLO

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

1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por D. Aurelio y D.ª Amalia, contra la sentencia 187/2017, de 7 de abril, dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Oviedo, en el recurso de apelación núm. 130/2017.

2.º- Casar la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno en lo relativo a la desestimación del recurso de apelación interpuesto por D. Aurelio y D.ª Amalia contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Avilés de 26 de enero de 2017, y en su lugar, acordamos estimar dicho recurso de apelación y revocar en parte la sentencia apelada en el sentido de condenar a Liberbank a restituir a los demandantes la totalidad de las cantidades que cobró por aplicación de la cláusula suelo declarada nula.

3.º- No imponer las costas del recurso de casación ni las del recurso de apelación. Condenar a Liberbank S.A. al pago de las costas de primera instancia Devuélvase al recurrente el depósito constituido para interponer 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.