



Roj: **STS 2367/2018 - ECLI:ES:TS:2018:2367**

Id Cendoj: **28079110012018100370**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **20/06/2018**

Nº de Recurso: **3359/2015**

Nº de Resolución: **376/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **FRANCISCO MARIN CASTAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP SE 2876/2015,**
STS 2367/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 376/2018

Fecha de sentencia: 20/06/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 3359/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 12/06/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marin Castan

Procedencia: Audiencia Provincial de Sevilla, sección 5.ª

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

Transcrito por: CVS

Nota:

CASACIÓN núm.: 3359/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marin Castan

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 376/2018

Excmos. Sres.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Jose Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas



D. Eduardo Baena Ruiz

D.ª M.ª Angeles Parra Lucan

En Madrid, a 20 de junio de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por los demandantes D.ª Elisenda y D. Lucas , representados por la procuradora D.ª Amalia Delgado Cid bajo la dirección letrada de D. Javier Pérez Peña, contra la sentencia dictada el 13 de octubre de 2015 por la sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Sevilla en el recurso de apelación n.º 1526/2015 , dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 26/2014 del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Sevilla sobre nulidad de cláusula suelo en préstamo hipotecario. Ha sido parte recurrida la entidad demandada Banco Popular Español, S.A., representada por la procuradora D. Mauricio Gordillo Alcalá bajo la dirección letrada de D.ª Mercedes Farrán Arizón.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Marin Castan.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 30 de diciembre de 2013 se presentó demanda interpuesta por D.ª Elisenda y D. Lucas contra la entidad Banco Popular Español, S.A., solicitando se dictara sentencia con los siguientes pronunciamientos:

«1) DECLARE LA NULIDAD DE LA CLÁUSULA sita en el folio 9345668 de las escrituras, documento nº 2, donde se recoge en una cláusula 3.3. LÍMITE A LA VARIACIÓN DEL TIPO DE INTERÉS APLICABLE que establece lo siguiente:

»"No obstante lo previsto en los apartados anteriores, se acuerda y pacta expresamente por ambas partes, que el tipo de interés nominal anual mínimo aplicable en este contrato ser del 3%".

»2) CONDENE A LA DEMANDADA AL PAGO DE LAS COSTAS CAUSADAS EN ESTE PROCEDIMIENTO».

SEGUNDO.- Repartida la demanda al Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Sevilla, dando lugar a las actuaciones n.º 26/2014 de juicio ordinario, y emplazada la entidad demandada, esta compareció y contestó a la demanda solicitando su desestimación con imposición de costas a la parte demandante.

TERCERO.- Recibido el pleito a prueba y seguido por sus trámites, el magistrado- juez del mencionado juzgado dictó sentencia el 22 de octubre de 2014 con el siguiente fallo:

«Que debo ESTIMAR y ESTIMO la demanda formulada por D.ª Elisenda y D. Lucas contra la entidad BANCO POPULAR S.A., y en consecuencia:

»DECLARO la nulidad, por tener el carácter de abuso por falta de transparencia, de la cláusula limitativa del interés variable que se contiene en la estipulación 3.3. página SE9345668 del contrato de préstamo hipotecario celebrado entre las partes mediante escritura pública autorizada por el Notario D. JUAN SOLIS SARMIENTO, el día 3 de diciembre de 2004. La declaración de nulidad comporta:

»1) Que la entidad bancaria haya de recalcular el cuadro de amortización del préstamo hipotecario desde su constitución como si nunca hubiera estado incluida las cláusulas en cuestión, rigiendo dicho cuadro en lo sucesivo hasta el fin del préstamo.

»2) Que la entidad bancaria deba de reintegrar al actor las cantidades percibidas como consecuencia de la aplicación de dichas cláusulas, más los intereses legales desde la fecha de cada pago.

»3) Que el actor, en su caso, haya de abonar a la demandada las cantidades no satisfechas por aplicación del límite máximo fijado en dichas cláusulas, más los intereses legales desde la fecha en que debieron pagarse.

»DECLARO la subsistencia del resto de los contratos.

»ACUERDO que, firme esta resolución, se dirija mandamiento al titular del Registro de Condiciones Generales de la Contratación para la inscripción de la sentencia en el mismo.

»Más la condena en costas».

CUARTO.- Interpuesto por la entidad demandada contra dicha sentencia recurso de apelación, al que se opuso la parte demandante y que se tramitó con el n.º 1526/2015 de la sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Sevilla , esta dictó sentencia el 13 de octubre de 2015 con el siguiente fallo:

«Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el procurador Don Mauricio Gordillo Alcalá, en nombre y representación de la entidad Banco Popular Español, S.A., contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Sevilla, en los autos de juicio ordinario, nº 26/2014, con fecha 22 de Octubre



de 2014, la debemos revocar y revocamos parcialmente en el sentido de que procederá la restitución de los intereses remuneratorios desde la publicación de la Sentencia de 9 de Mayo de 2013, sin declaración sobre las costas de ambas instancias, confirmándola en los demás pronunciamientos que no se opongan al presente».

Por auto de 21 de octubre de 2015 se acordó no haber lugar a la aclaración solicitada por la parte apelante.

QUINTO.- Contra la sentencia de segunda instancia los demandantes-apelados interpusieron recurso de casación al amparo del ordinal 3.º del art. 477.2 LEC e integrado por un solo motivo fundado en infracción de los arts. 9 y 10 LCGC, 6.1 de la Directiva 93/13/CEE, 10.1 a) y 82 LDCU, y 1303 CC y contradicción con la jurisprudencia del TJUE sobre la improcedencia de limitar en el tiempo los efectos restitutorios derivados de la nulidad de una cláusula abusiva.

SEXTO.- Recibidas las actuaciones en esta sala y personadas ante la misma ambas partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, el recurso fue admitido por auto de 24 de enero de 2018, a continuación de lo cual la parte recurrida presentó escrito de oposición solicitando la desestimación del recurso tanto por causas de inadmisión como de fondo, y subsidiariamente, que no se le impusieran las costas en caso de estimación.

SÉPTIMO.- Por providencia de 31 de mayo del corriente año se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 12 de junio siguiente, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El objeto del presente recurso se reduce a si procede o no limitar en el tiempo los efectos derivados de la declaración de nulidad de una cláusula suelo.

Los antecedentes más relevantes son los siguientes:

1.- El 3 de diciembre de 2004 D.^a Elisenda y D. Lucas suscribieron con la entidad Banco de Andalucía, S.A. (posteriormente absorbida por Banco Popular Español, S.A.) un préstamo con garantía hipotecaria por importe de 170.000 euros que debía devolverse en 360 cuotas mensuales. A partir del primer año de vigencia se pactó un tipo de interés variable referido al Euribor más un diferencial de 1,25 puntos porcentuales. El contrato contenía una cláusula suelo («3.3.- Límite a la variación del tipo de interés aplicable»), por la que se preveía que dicho interés variable en ningún caso sería inferior al 3%.

2. Con fecha 30 de diciembre de 2013 los prestatarios demandaron al banco pidiendo que se declarase la nulidad, por abusiva, de la referida cláusula del contrato de préstamo hipotecario relativa a la limitación del tipo de interés variable y que se condenara en costas a la entidad demandada. Pero no reclamaron la restitución de las cantidades pagadas en exceso en aplicación de la cláusula nula, indicándose a este respecto en la demanda lo siguiente:

«Séptimo.- CANTIDADES ABONADAS EN EXCESO POR APLICACIÓN DE DICHA CLÁUSULA

»Esta parte se reserva de manera expresa la posibilidad de accionar contra la entidad demandada en reclamación de las cantidades abonadas con carácter previo a la presentación de la demanda, ello una vez que por parte del Juzgado se haya declarado la nulidad de dicha cláusula».

3. La sentencia de primera instancia, estimando íntegramente la demanda, declaró la nulidad por abusiva de la cláusula suelo y condenó a la entidad demandada a devolver las cantidades indebidamente cobradas como consecuencia de su aplicación, más sus intereses legales, y al pago de las costas procesales.

En lo que ahora interesa razonó, en síntesis: (i) que debía pronunciarse sobre los efectos restitutorios de la nulidad declarada por tratarse de un efecto legal; y (ii) en cuanto al alcance de dichos efectos, que no debía estarse a la doctrina fijada por esta sala en sentencia de 9 de mayo de 2013 sobre la limitación temporal de los efectos retroactivos de la nulidad porque se había dictado en un procedimiento en el que se había ejercitado una acción colectiva, porque la jurisprudencia no es fuente del Derecho ni en consecuencia debe primar sobre el art. 1303 CC y porque la justificación de esa doctrina estaba en evitar que se pudiera alterar el orden público económico, riesgo este que no era de apreciar por el hecho de que la demandada se viera obligada a restituir la totalidad de las sumas indebidamente cobradas.

4. Contra dicha sentencia la entidad demandada interpuso recurso de apelación impugnando expresamente el pronunciamiento declarativo de la nulidad de la cláusula suelo (por entender que no se trataba de una condición general y que era transparente), el referido a los efectos retroactivos de la nulidad declarada (al propugnar su limitación temporal en aplicación de la doctrina fijada por la sentencia de esta sala de 9 de mayo de 2013 -folios



243 a 250 de las actuaciones de primera instancia-) y el de la condena en costas (al propugnar su absolución por tratarse de un caso «jurídicamente dudoso»).

5. La sentencia de segunda instancia estimó en parte el recurso para limitar temporalmente los efectos retroactivos de la nulidad, condenando en consecuencia a la entidad demandada a devolver las cantidades indebidamente percibidas en aplicación de aquella cláusula a partir de la fecha de publicación de la sentencia de esta sala de 9 de mayo de 2013 , sin imponer las costas de ambas instancias a ninguna de las partes.

En lo que ahora interesa razona, en síntesis, que los demandantes habían interesado la nulidad de la cláusula suelo y, además, la condena a restituir las cantidades cobradas en exceso por su aplicación (fundamento de derecho primero) y, respecto de esta cuestión, que ya no podía mantenerse el criterio de la sentencia de primera instancia porque el criterio opuesto, favorable a limitar en el tiempo los efectos jurídicos derivados de la declaración de nulidad, inicialmente fijado por la sentencia de esta sala de 9 de mayo de 2013 , había sido reiterado por la de esta sala de 25 de marzo de 2015.

6. La parte demandante interpuso recurso de casación por existencia de interés casacional sobre esta cuestión jurídica. La entidad bancaria recurrida se ha opuesto al recurso tanto por razones de inadmisibilidad como de fondo.

SEGUNDO.- El recurso de casación se compone de un solo motivo fundado en infracción de los arts. 9 y 10 LCGC, 6.1 de la Directiva 93/13/CEE , 10.1 a) y 82 LDCU , y 1303 CC y contradicción con la jurisprudencia del TJUE sobre la improcedencia de limitar en el tiempo los efectos restitutorios derivados de la nulidad de una cláusula suelo abusiva.

En su desarrollo se alega, en síntesis: (i) que de conformidad con el art. 1303 CC , la nulidad de la cláusula suelo abusiva comporta la restitución íntegra y recíproca de las prestaciones, tratándose de un efecto *ex lege* ; (ii) que en este caso no hay razones para aplicar la doctrina sobre el establecimiento de límites temporales contenida en las sentencias de esta sala de 9 de mayo de 2013 y 25 de marzo de 2015 , debiendo estarse a la regla general favorable a la plena retroactividad que deriva del citado precepto; y (iii) que aunque la parte demandante se reservó su derecho a reclamar la devolución de las cantidades cobradas en exceso en aplicación de la cláusula nula para cuando se contara con esa declaración y con una jurisprudencia consolidada (en vista de que estaba próximo el pronunciamiento del TJUE), dado que la demanda fue estimada íntegramente en ambas instancias no hay razón para no condenar en costas al banco.

La parte recurrida se ha opuesto alegando tanto causas de inadmisión como razones de fondo. Como causas de inadmisión se alegan no identificar la modalidad de interés casacional invocada; no acreditar debidamente la existencia de jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales sobre las cuestiones controvertidas, dado que no se aporta ninguna posterior a la sentencia de esta sala de 25 de marzo de 2015 que se aparte de la doctrina contenida en la misma y que sustentó la razón decisoria de la sentencia recurrida; falta de indicación en el encabezamiento o formulación del motivo de la jurisprudencia que se solicita sea fijada o se declare infringida o desconocida; y falta de claridad por la acumulación de preceptos genéricos. En cuanto al fondo, se opone que los efectos restitutorios de la nulidad declarada quedaron fuera del objeto del proceso dado que en la demanda no se formuló petición expresa de condena al respecto, rigiendo en consecuencia el principio dispositivo y el de justicia rogada, y la prohibición de la *mutatio libelli* ; que en este sentido se ha pronunciado la sentencia 698/2017, de 21 de diciembre , pues no es que la parte demandante limitara temporalmente los efectos restitutorios, sino que los excluyó del litigio; y en fin, que la estimación parcial del recurso de apelación, al conllevar también la parcial de la demanda, justificaba que no se hiciera expresa condena en cuanto a las costas de ambas instancias, siendo igualmente improcedente la condena en caso de una eventual estimación del recurso de casación .

TERCERO.- No se aprecian los óbices de admisibilidad alegados por la parte recurrida porque el planteamiento del recurso no suscita duda alguna sobre su interés casacional desde el momento que la sentencia recurrida, al limitar los efectos de la nulidad de la cláusula suelo a la fecha de la publicación de la sentencia de esta sala de 9 de mayo de 2013 , si bien al tiempo de ser dictada era conforme con la jurisprudencia, no lo es en la actualidad.

La parte recurrente ha justificado debidamente la necesidad de que esta sala reitere una vez más el cambio jurisprudencial operado a raíz de la sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016 (caso Gutiérrez Naranjo). Además , en el recurso se citan como infringidas las normas pertinentes (incluido el art. 1303 del CC) y se respetan los hechos que la sentencia impugnada declara probados, centrándose en suscitar una cuestión nítidamente jurídica en torno a la improcedencia de limitar en el tiempo los efectos jurídicos derivados de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo. Por tanto, los problemas jurídicos se encuentran suficientemente identificados, el interés casacional resulta evidente y todo ello ha permitido que la parte recurrida se haya



podido oponer al recurso sabiendo cuáles eran las cuestiones relevantes, así como que esta sala pueda abordar las cuestiones jurídicas planteadas.

CUARTO.- El recurso debe ser estimado por las siguientes razones:

1.ª) El problema de los efectos retroactivos de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo ha quedado resuelto por la sentencia del TJUE 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».

Ejemplos recientes de este cambio de jurisprudencia son las sentencias 475/2017, de 20 de julio, 481/2017, de 20 de julio, 485/2017, de 20 de julio, 486/2017, de 20 de julio, y 3/2018, de 10 de enero.

En consecuencia, procede confirmar la sentencia de primera instancia que, una vez declarada la nulidad de la cláusula suelo por su carácter abusivo, condenó a la entidad demandada a devolver la totalidad de las cantidades indebidamente cobradas en aplicación de dicha cláusula suelo.

2.ª) No es óbice para la estimación del recurso de casación lo alegado por el banco recurrido de que la pretensión de condena a devolver las cantidades abonadas en exceso quedó voluntariamente al margen del objeto de este litigio.

Es verdad que en la demanda solo se formuló pretensión declarativa de nulidad de la cláusula suelo y que la parte demandante manifestó su intención de reservarse la posibilidad de accionar contra la entidad demandada «en reclamación de las cantidades abonadas con carácter previo a la presentación de la demanda», pese a lo cual las sentencias de ambas instancias condenaron a devolver lo indebidamente pagado, en el caso de la de primera instancia sin ningún límite temporal. El banco recurrido considera que con la estimación de tal pretensión se incurrió en incongruencia, y en su apoyo cita la sentencia de esta sala 698/2017, de 21 de diciembre, que razonó que si bien el tribunal puede acordar de oficio la restitución recíproca de prestaciones sin límite temporal cuando el demandante no haya ceñido su reclamación a una fecha concreta, por el contrario sí se encuentra vinculado por la delimitación temporal contenida en la demanda, argumento que para la entidad recurrida supone que con mayor motivo habrá de quedar vinculado el tribunal cuando en la demanda ni siquiera se hubiera solicitado la restitución recíproca. Pero este planteamiento de la parte recurrida elude lo esencial: que si consideraba incongruente el fallo estimatorio de una pretensión no deducida debió denunciar ese defecto en la primera ocasión procesal que tuvo para ello, que fue al recurrir en apelación, y sin embargo no lo hizo, pues se limitó a impugnar el pronunciamiento de condena a devolver las cantidades cobradas en virtud de la cláusula suelo declarada nula únicamente desde la perspectiva de su limitación temporal, admitiendo así que dicha pretensión sí formaba ya parte del debate.

QUINTO.- Conforme al art. 398.2 LEC, no procede imponer a ninguna de las partes las costas del recurso de casación, dado que ha sido estimado.

Conforme al art. 398.1 LEC, en relación con el art. 394.1 LEC, procede imponer a la entidad demandada-apelante las costas de la segunda instancia, dado que el recurso de apelación tenía que haber sido desestimado. Por tanto, la confirmación de la sentencia de primera instancia en su integridad incluye la condena en costas de la primera instancia a la parte demandada, cuya impugnación en apelación debió igualmente ser desestimada. La condena del banco en cuanto a las costas de primera y segunda instancia se apoya en el criterio jurisprudencial fijado por esta sala a partir de la sentencia de pleno 419/2017, de 4 de julio, que declaró que en los casos de estimación del recurso de casación por aplicación por esa Sala Primera de un criterio acorde con la doctrina del TJUE sobre los efectos de la nulidad de las cláusulas suelo, procedía la imposición de costas de las instancias, dada la concurrencia de los principios de vencimiento,



no vinculación del **consumidor** a las cláusulas abusivas y efectividad del derecho comunitario (entre las más recientes, sentencia 3/2018, de 10 de enero , y 25/2018, de 17 de enero).

Conforme al apdo. 8 de la d. adicional 15.ª LOPJ , procede devolver a la parte recurrente en casación el depósito constituido.

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 los demandantes D.ª Elisenda y D. Lucas contra la sentencia dictada el 13 de octubre de 2015 por la sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Sevilla en el recurso de apelación n.º 1526/2015 .

2.º- Casar la sentencia recurrida en cuanto limita temporalmente los efectos de la declaración de nulidad.

3.º- En su lugar, confirmar íntegramente la sentencia de primera instancia.

4.º- Imponer a la entidad demandada-apelante las costas de la segunda instancia.

5.º- No imponer a ninguna de las partes las costas del recurso de casación.

6.º- Y devolver a la parte recurrente el depósito.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de sala.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.