



Roj: **STS 4089/2018 - ECLI:ES:TS:2018:4089**

Id Cendoj: **28079110012018100664**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **29/11/2018**

Nº de Recurso: **1616/2016**

Nº de Resolución: **674/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **EDUARDO BAENA RUIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP J 338/2016,**  
**STS 4089/2018**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 674/2018**

Fecha de sentencia: 29/11/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 1616/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 13/11/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

Procedencia: Audiencia Provincial de Jaen, sección 1.<sup>a</sup>

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Transcrito por: ezp

Nota:

CASACIÓN núm.: 1616/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 674/2018**

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. Eduardo Baena Ruiz

D.ª M.ª Angeles Parra Lucan

En Madrid, a 29 de noviembre de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada, con fecha 30 de marzo de 2016, por la Audiencia Provincial de Jaén -Sección 1ª- en el rollo de apelación n.º 980/2015 dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 274/2014, del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Villacarrillo.

Ha comparecido ante esta sala la procuradora doña María del Carmen Hondarza Ugedo en nombre y representación de don Casiano y doña Isidora .

No ha comparecido la parte recurrida.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- La procuradora doña María Isabel Soto Gonzalo, en nombre y representación de don Casiano y doña Isidora , interpuso demanda de acción de nulidad de procedimiento de ejecución hipotecaria y de nulidad de determinadas cláusulas abusivas, contra BBK Bank Cajasur S.A.U, suplicando al Juzgado:

"[...] se ordene la paralización del procedimiento de ejecución hipotecaria número 472/2011, tramitado ante el Juzgado de Primera Instancia número dos de Villa carrillo, debido a que ya se ha celebrado subasta, mientras dure el presente procedimiento. Por ser de Justicia que pido en el mismo lugar y fecha."

2.- Mediante decreto de fecha 1 de julio de 2014, se admitió a trámite la demanda, dando traslado a las partes para contestar.

3.- El procurador don Jorge , en nombre y representación de BBK Bank Cajasur S.A.U, contestó a la demanda formulada de contrario y suplicó al Juzgado:

"[...] se dicte 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."

4.- El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Villacarrillo, dictó sentencia el 8 de junio de 2015 con la siguiente parte dispositiva:

"Desestimo la demanda presentada por Casiano y a Isidora , y absuelvo a BBK Bank Caja Sur de todas las pretensiones contenidas en el suplico de la demanda.

"Condeno a Casiano y a Isidora , y absuelvo a BBK Bank Caja Sur de todas las pretensiones contenidas en el suplico de la demanda."

### SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- Contra la anterior sentencia interpuso recurso de apelación, la representación procesal de don Casiano y doña Isidora , correspondiendo su resolución a la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Jaén, que dictó sentencia el 30 de marzo de 2016 con la siguiente parte dispositiva:

"Que estimando el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Villacarrillo, con fecha 8/6/15, seguidos en dicho Juzgado con el n.º 274/14, debemos revocar la resolución recurrida y en consecuencia:

".- Respecto del préstamo suscrito en fecha 29/5/07 declarar la nulidad de las siguientes cláusulas:

"1/ Sin perjuicio de lo indicado anteriormente, el tipo de interés aplicable en cada período no podrá ser inferior al 4,250% nominal anual ni superar el 12% nominal anual. Si del cálculo efectuado según el criterio de variación previsto en la cláusula financiera tercera bis, resultaran unos tipos inferiores o superiores a los límites fijados anteriormente se aplicarán estos últimos

"2/ La condición "comisión por gestión de reclamación de cuotas impagadas: se percibirá una comisión de 18,03 euro por la reclamación de cada cuota vencida que resulte impagada a su vencimiento. La comisión se hará efectiva en el momento de la reclamación.

"3/ La condición sexta que establece un interés de demora al 23%.



".- Respecto del préstamo suscrito en fecha 30/12/19 declarar la nulidad de las siguientes cláusulas:

"1/ Sin perjuicio de lo indicado anteriormente, el tipo de interés aplicable en cada período no podrá ser inferior al 4,500% nominal anual ni superar el 12% nominal anual. Si del cálculo efectuado según el criterio de variación previsto en la cláusula financiera tercera bis, resultaran unos tipos inferiores o superiores a los límites fijados anteriormente se aplicarán estos últimos

"2/ La condición "comisión por gestión de reclamación de cuotas impagadas: se percibirá una comisión de 28,03 euro por la reclamación de cada cuota vencida que resulte impagada a su vencimiento. La comisión se hará efectiva en el momento de la reclamación.

"3/ La condición sexta que establece un interés de demora al 18%.

"Todo ello sin hacer expresa declaración de las costas ocasionadas en esta alzada, ni en la instancia y declarándose la devolución del depósito constituido para recurrir."

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

1.- Contra la anterior sentencia interpuso recurso de casación la representación procesal de la parte actora, con base en un único motivo, al amparo del artículo 477.23º de la LEC, por incorrecta interpretación e inaplicación de lo dispuesto en el artículo 1.303 del Código Civil existencia de interés casacional por desconocimiento u oposición de la sentencia recurrida a la jurisprudencia del tribunal supremo: sentencia de la sala primera del tribunal supremo número 265/2015 de fecha 22/4/2015, sentencia de la sala primera del tribunal supremo número 102/2015 de fecha 10 de marzo de 2015, sentencia del tribunal supremo sala primera número 557/2012 de fecha 1 de octubre de 2012. Sentencia del tribunal de justicia de la unión europea de 30 de mayo de 2013, asunto C 488/11, caso Asbeed Brusse y de Man Garabito. Dicha jurisprudencia determina la obligación de que junto a una declaración de nulidad de una cláusula considerada abusiva se deben determinar las consecuencias que trae consigo dicha declaración de nulidad. Se acompañan las sentencias referidas como documentos numero tres a seis.

2.- La Sala dictó auto el 12 de septiembre de 2018, con la siguiente parte dispositiva:

"1.º) Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Casiano y D.ª Isidora contra la sentencia dictada, con fecha 30 de marzo de 2016, por la Audiencia Provincial de Jaén -Sección 1ª- en el rollo de apelación n.º 980/2015 dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 274/2014, del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Villacarrillo.

"2º) Y queden los presentes autos pendientes de señalamiento del día y hora para la votación y fallo del recurso interpuesto."

3.- No habiéndose personado la representación de la parte actora, se señaló para votación y fallo del recurso el 13 de noviembre de 2018 en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.- Resumen de antecedentes.**

Son hechos relevantes de la instancia para la decisión del recurso los que se exponen a continuación:

1.- Por medio de escrito presentado el 5 de mayo de 2014, la representación procesal de don Casiano y doña Isidora, interpuso demanda de procedimiento ordinario frente a BBK BANK CAJASUR S.A.U. con las siguientes pretensiones:

"Declare la nulidad del procedimiento de ejecución hipotecario número 472/2011 tramitado ante el Juzgado de Primera Instancia número dos de Villacarrillo, en el que han sido partes mis mandantes y la demandada, precediéndose como consecuencia de la nulidad a la retrocesión de todas y cada una de las actuaciones llevadas a cabo en dicho proceso hasta el momento de presentación de la demanda, así como la nulidad del acta de determinación del saldo aportada en dicho procedimiento y del acta de celebración de subasta.

"Igualmente declare ja nulidad de las siguientes cláusulas de la escritura de fecha 29 de mayo de 2007:

"1.- Sin perjuicio de lo indicado anteriormente, el tipo de interés aplicable en cada periodo no podrá ser inferior al 4,250% nominal anual ni superar el 12,000% nominal anual. Si del cálculo efectuado según el criterio de variación previsto en la cláusula financiera tercera bis, resultaran unos tipos inferiores o superiores a los límites fijados anteriormente, se aplicarán estos últimos.



"2.- La condición cuarta denominada "Comisión por gestión de reclamación de cuotas impagadas: Se percibirá una comisión de 18,03 euros por la reclamación de cada cuota vencida que resulte impagada a su vencimiento. La comisión se hará efectiva en el momento de la reclamación."

"3.- La condición sexta que establece un interés de demora al 23%

Igualmente declara la nulidad de las siguientes cláusulas de la escritura de fecha 30 de diciembre de 2009:

"1.- Sin perjuicio de lo indicado anteriormente, el tipo de interés aplicable en cada periodo no podrá ser inferior al 4,500% nominal anual ni superar el 12,000% nominal anual. Si del cálculo efectuado según el criterio de variación previsto en el Cláusula financiera tercera bis, resultaran unos tipos inferiores o superiores a los límites fijados anteriormente, se aplicarán estos últimos.

"2.- La condición cuarta denominada "Comisión por gestión de reclamación de cuotas impagadas": Se percibirá una comisión de 28,00 euros por la reclamación de cada cuota vencida que resulte impagada a su vencimiento. La comisión se hará efectiva en el momento de la reclamación.

"3.- La condición sexta que establece un interés de demora al 18%

Condenando a la demandada a estar y pasar por dicha declaración, y condenándola a realizar los actos necesarios para la retrocesión de todas las actuaciones llevadas a cabo en el procedimiento declarado nulo, así como condene al recálculo de todas las cantidades abonadas por mis mandantes en ejecución de sentencia."

**2.-** El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Villacarrillo, dictó sentencia, de fecha 8 de junio de 2015, desestimando la demanda porque entendía que existía cosa juzgada. Sin entrar a conocer del fondo del asunto.

**3.-** La parte actora interpuso recurso de apelación contra la anterior **sente ncia**

La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Jaén dictó sentencia con fecha 30 de marzo de 2016 en virtud de la cual estimó parcialmente el recurso de apelación formulado en su día con el siguiente fallo:

"Que estimando el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Villacarrillo, con fecha 8/6/15, seguidos en dicho Juzgado con el n.º 274/14, debemos revocar la resolución recurrida y en consecuencia:

"Respecto del préstamo suscrito en fecha 29/5/07 declarar la nulidad de las siguientes cláusulas:

"1/ Sin perjuicio de lo indicado anteriormente, el tipo de interés aplicable en cada período no podrá ser inferior al 4,250% nominal anual ni superar el 12% nominal anual. Si del cálculo efectuado según el criterio de variación previsto en la cláusula financiera tercera bis, resultaran unos tipos inferiores o superiores a los límites fijados anteriormente se aplicarán estos últimos

"2/ La condición comisión por gestión de reclamación de cuotas impagadas: se percibirá una comisión de 18,03 euro por la reclamación de cada cuota vencida que resulte impagada a su vencimiento. La comisión se hará efectiva en el momento de la reclamación.

"3/ La condición sexta que establece un interés de demora al 23%.

" Respecto del préstamo suscrito en fecha 30/12/19 declarar la nulidad de las siguientes cláusulas:

"1/ Sin perjuicio de lo indicado anteriormente, el tipo de interés aplicable en cada período no podrá ser inferior al 4,500% nominal anual ni superar el 12% nominal anual. Si del cálculo efectuado según el criterio de variación previsto en la cláusula financiera tercera bis, resultaran unos tipos inferiores o superiores a los límites fijados anteriormente se aplicarán estos últimos.

"2/ La condición "comisión por gestión de reclamación de cuotas impagadas: se percibirá una comisión de 28,03 euro por la reclamación de cada cuota vencida que resulte impagada a su vencimiento. La comisión se hará efectiva en el momento de la reclamación.

"3/ La condición sexta que establece un interés de demora al 18%.

"Todo ello sin hacer expresa declaración de las costas ocasionadas en esta alzada, ni en la instancia y declarándose la devolución del depósito constituido para recurrir."

En lo que ahora es relevante para el presente recurso declaró como *ratio decidiendi*, que: "Los efectos de la declarada nulidad sería la expulsión de las citadas cláusulas sin posibilidad de integración y la devolución de las cantidades que se hubieran cobrado en aplicación de las mismas que se calcularán en ejecución de sentencia; pero la parte únicamente insta el recálculo sin instar la condena a entregar cantidad alguna de dinero (o compensarlas con las debidas). Como se ha indicado no procede la nulidad del procedimiento al entenderlo



terminado (y dado que señalada fecha de subasta no se ha aducido lo contrario) por lo que no procede el recálculo solicitado limitándose esta resolución meramente a declarar la nulidad de las cláusulas."

**4.-** La parte actora ha interpuesto recurso de casación por interés casacional contra la anterior sentencia, que articula en un solo motivo.

Lo hace al amparo del artículo 477.23º de la LEC, por incorrecta interpretación e inaplicación de lo dispuesto en el artículo 1.303 del Código Civil existencia de interés casacional por desconocimiento u oposición de la sentencia recurrida a la jurisprudencia del tribunal supremo: sentencia de la sala primera del tribunal supremo número 265/2015 de fecha 22/4/2015, sentencia de la sala primera del tribunal supremo número 102/2015 de fecha 10 de marzo de 2015, sentencia del tribunal supremo sala primera número 557/2012 de fecha 1 de octubre de 2012. Sentencia del tribunal de justicia de la unión europea de 30 de mayo de 2013, asunto C 488/11, caso Asbeed Brusse y de Man Garabito. Dicha jurisprudencia determina la obligación de que junto a una declaración de nulidad de una cláusula considerada abusiva se deben de determinar las consecuencias que trae consigo dicha declaración de nulidad. Se acompañan las sentencias referidas como documentos numero tres a seis.

**5.-** La sala dictó auto el 12 de septiembre de 2018 en el que acordó la admisión del recurso.

La parte recurrida no se ha personado en el recurso de casación

**SEGUNDO.-** *Decisión de la sala.*

**1.-** La primera cuestión que ha de plantearse la sala, a efectos de admisibilidad, es el enfoque que encierra el motivo. Si es procesal o sustantivo.

Si fuese lo primero, por considerarse incongruente el fallo de la sentencia recurrida, la parte recurrente debía haber acudido, para corregir la sentencia, al recurso extraordinario por infracción procesal.

De tener la cuestión que se plantea un enfoque sustantivo, entonces el recurso de casación es el adecuado y la admisión del mismo es correcta.

**2.-** Como hemos dicho en múltiples resoluciones (por todas, sentencia 580/2016, de 30 de julio), la congruencia exige una correlación entre los pedimentos de las partes oportunamente deducidos y el fallo de la sentencia, teniendo en cuenta la petición y la causa de pedir. Adquiere relevancia constitucional, con infracción no sólo de los preceptos procesales ( art. 218.1 LEC), sino también del art. 24 CE, cuando afecta al principio de contradicción, si se modifican sustancialmente los términos del debate procesal, ya que de ello se deriva una indefensión a las partes, que al no tener conciencia del alcance de la controversia no pueden actuar adecuadamente en defensa de sus intereses. A su vez, para decretar si una sentencia es incongruente o no, ha de atenderse a si concede más de lo pedido (*ultra petita*), o se pronuncia sobre determinados extremos al margen de lo suplicado por las partes (*extra petita*) y también si se dejan incontestadas y sin resolver algunas de las pretensiones sostenidas por las partes (*citra petita*), siempre y cuando el silencio judicial no puede razonablemente interpretarse como desestimación tácita. Se exige para ello un proceso comparativo entre el suplico integrado en el escrito de demanda y, en su caso, de contestación, y la parte resolutive de las sentencias que deciden el pleito.

**3.-** Si se lleva a cabo este proceso comparativo se aprecia que en la demanda se postula que se "condene al recálculo de todas las cantidades abonadas por mis mandantes, en ejecución de sentencia" y la sentencia deniega tal pretensión y la motiva, por lo que no se deja incontestada y, por ende, no puede predicarse de ella que sea incongruente.

**4.-** Si nos detenemos en el suplico de la demanda se aprecia que, en el fondo, lo que pretende la parte actora es beneficiarse de lo satisfecho indebidamente por aplicación de las cláusulas cuya abusividad postula.

La consecuencia, como acertadamente afirma la sentencia recurrida, sería la devolución de las cantidades que se hubieran cobrado en aplicación de las mismas, que se calcularían en ejecución de sentencia.

Sin embargo, la audiencia no acuerda esa consecuencia en sentencia porque la parte únicamente había instado el recálculo, sin instar la condena a entregar cantidad alguna de dinero.

Lo que sucede, y tal extremo no lo ha valorado la audiencia, es que la petición del recálculo se encuentra vinculada a la pretensión primigenia, esto es, a la declaración de nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria, con retroacción de las actuaciones al momento de presentación de la demanda.

De ahí que solicite la nulidad del acta de determinación del saldo y de la de celebración de la subasta, como consecuencia de la nulidad de las cláusulas abusivas.



El beneficio de lo satisfecho indebidamente sería el recálculo, a efectos del procedimiento de ejecución hipotecaria. De ahí que no solicitase la devolución de las cantidades que hubiese satisfecho indebidamente por aplicación de tales cláusulas.

Pero, una vez que la sentencia recurrida no estima la nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria, la consecuencia beneficiosa para los actores, como efecto de la nulidad de las cláusulas abusivas, ya no será el recálculo sino la devolución de lo que se hubiese satisfecho indebidamente por la aplicación de tales cláusulas, pues la actora en ningún momento renunció a las consecuencias *ex lege* de la declaración de nulidad de las cláusulas en cuestión.

De ahí que el recurso deba ser estimado.

**TERCERO.**- De conformidad con lo dispuesto en los arts. 394.1 y 398.1 LEC, no se imponen a la parte recurrente las costas del recurso de casación.

## 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 la representación procesal de don Casiano y doña Isidora , contra la sentencia dictada, con fecha 30 de marzo de 2016, por la Audiencia Provincial de Jaén -Sección 1ª- en el rollo de apelación n.º 980/2015 dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 274/2014, del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Villacarrillo.

2.º- Casar parcialmente la sentencia recurrida, y acordar la devolución a la actora por la parte demandada de las cantidades que se hubieran cobrado indebidamente en aplicación de las cláusulas declaradas nulas, que se calcularán en ejecución de sentencia.

3.º- No se imponen a la parte recurrente las costas del recurso, con devolución del depósito constituido para recurrir.

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

Así se acuerda y firma.

Francisco Marin Castan Jose Antonio Seijas Quintana

Antonio Salas Carceller Francisco Javier Arroyo Fiestas

Eduardo Baena Ruiz M.ª Angeles Parra Lucan