



Roj: **STS 4137/2018 - ECLI:ES:TS:2018:4137**

Id Cendoj: **28079110012018100673**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **05/12/2018**

Nº de Recurso: **1567/2016**

Nº de Resolución: **689/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **FRANCISCO MARIN CASTAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP OU 169/2016,**  
**STS 4137/2018**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 689/2018**

Fecha de sentencia: 05/12/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 1567/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 28/11/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marin Castan

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

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

Transcrito por: CVS

Nota:

CASACIÓN núm.: 1567/2016

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. 689/2018**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Eduardo Baena Ruiz



D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Angeles Parra Lucan

En Madrid, a 5 de diciembre de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por los demandantes D. Isidoro y D.<sup>a</sup> Graciela, representados por la procuradora D.<sup>a</sup> Laura Bande González bajo la dirección letrada de D. Víctor Manuel González Adán, contra la sentencia dictada el 15 de marzo de 2016 por la sección 1.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Orense en el recurso de apelación n.º 379/2015, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 534/2014 del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 y de lo Mercantil de Orense sobre reclamación de cantidad por nulidad de una cláusula suelo en préstamo hipotecario. La parte demandada recurrida, NCG Banco, S.A. (actualmente Abanca Corporación Bancaria S.A.), no se ha personado ante esta sala

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

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El 13 de noviembre de 2013 se presentó demanda interpuesta por D. Isidoro y D.<sup>a</sup> Graciela contra NCG Banco, S.A. solicitando se dictara sentencia con los siguientes pronunciamientos:

"1.º- SE DECLARE la nulidad de la estipulación tercera.bis letra e) del contrato de préstamo con garantía hipotecaria de fecha 14 de febrero del 2007; manteniéndose la vigencia del contrato sin la aplicación de los límites de suelo del 4% y de techo del 15%, fijados en aquella.

"2.º- SE CONDENE a la entidad demandada a restituir a los actores las cantidades que se hubieran cobrado en exceso desde el despliegue de efectos de la cláusula suelo; a determinar en ejecución de sentencia, sobre las bases, de las sumas reales abonadas durante dicho periodo conforme a la cláusula suelo-techo hasta el 9 de mayo del 2013 fecha de inaplicación unilateral por el Banco de la cláusula, y su diferencia con lo que se hubiera debido cobrar sin la aplicación de la cláusula suelo, conforme a la fórmula pactada de tipo variable de Euribor más 0,50 punto; y

" 3.º- SE IMPONGAN, las costas generadas a la parte demandada".

**SEGUNDO.-** Repartida la demanda al Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Orense, dando lugar a las actuaciones n.º 1003/2013 de juicio ordinario, y emplazada la entidad demandada, esta compareció y contestó a la demanda planteando las excepciones de litispendencia y, subsidiariamente, pérdida sobrevenida de objeto, y oponiendo en cuanto al fondo la validez de la cláusula en cuestión y la improcedencia en todo caso de que se restituyeran las cantidades reclamadas, por todo lo cual solicitó se dictara sentencia en la que se acordara:

"(a) el sobreseimiento del presente procedimiento por razón de los efectos de cosa juzgada material de la Sentencia N.º 241/2013 del Tribunal Supremo, de 9 de mayo,

" (b) subsidiariamente, la terminación del presente procedimiento por razón de la pérdida sobrevenida de su objeto,

" (c) Alternativamente a los apartados anteriores, desestime íntegramente la demanda planteada.

" (d) En todos los casos, con expresa imposición de costas a la parte adversa".

**TERCERO.-** Por providencia de 10 de marzo de 2014 se apreció de oficio la posible nulidad del decreto de 21 de enero de 2014 por el que se había admitido a trámite la demanda y se acordó dar plazo a las partes para que hicieran alegaciones al respecto.

La parte demandante presentó escrito de fecha 19 de marzo de 2014 manifestando que la competencia objetiva correspondía al Juzgado de lo Mercantil de Orense y solicitando se dictara resolución declarando la nulidad de actuaciones sin imposición de costas.

Por auto de 2 de abril de 2014 se acordó declarar la nulidad de actuaciones dejando sin efecto el decreto de 21 de enero de 2014, reponer las actuaciones al estado inmediatamente anterior al defecto que originó la nulidad, y remitir las actuaciones al decanato para que procediera a su reparto al Juzgado de lo Mercantil de Orense.

**CUARTO.-** Repartidas las actuaciones al Juzgado de Primera Instancia n.º 4 y de lo Mercantil de Orense, que las registró con el n.º 534/2014 de juicio ordinario, y emplazada la entidad demandada, esta interesó se tuviera por contestada la demanda mediante el escrito de contestación presentado en su día.

**QUINTO.-** Celebrada la audiencia previa el 7 de enero de 2015, por auto de la misma fecha se desestimaron las excepciones planteadas, y como la única prueba admitida fuese la documental, no impugnada por ninguna de las partes, la magistrada-juez del mencionado juzgado dictó sentencia el 5 de junio de 2015 con el siguiente fallo:



"Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales Sr. Isidoro en la representación acreditada de D. Isidoro Y DOÑA Graciela frente a NCG BANCO S.A, y en virtud de la misma,

"1.- Se declara la nulidad de la estipulación Tercera bis letra e) del contrato de préstamo hipotecario de fecha 14 de febrero de 2007, manteniéndose la vigencia del contrato sin la aplicación de los límites de suelo del 4% y de techo del 15% fijados en aquella.

"2.- Se condena a la entidad demandada a restituir a los actores las cantidades que se hubieran cobrado en exceso desde el despliegue de efectos de la cláusula suelo a determinar en ejecución de sentencia, sobre las bases de las sumas reales abonadas durante dicho periodo conforme a la cláusula suelo hasta el 9 de mayo de 2013 fecha de la inaplicación unilateral del Banco de la cláusula y su diferencia con lo que se hubiera debido cobrar sin la aplicación de la cláusula suelo, conforme a la formulada pactada de tipo variable de euribor más 0'50% punto.

" Sin condena en costas".

**SEXTO.-** Interpuesto por la entidad demandada (ya con el nombre de Abanca) contra dicha sentencia recurso de apelación, al que se opuso la parte demandante y que se tramitó con el n.º 379/2015 de la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Orense, esta dictó sentencia el 15 de marzo de 2016 con el siguiente fallo:

"Se estima el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de NCG BANCO SA contra la sentencia, de fecha 5 de junio de 2015, dictada por el Juzgado de Primera Instancia Cuatro de Ourense en autos de Procedimiento Ordinario 534/2014, que se revoca en el sentido de absolver a la demandada de la obligación de restituir a los actores las cantidades percibidas por aplicación de la cláusula declarada nula; todo ello sin hacer expreso pronunciamiento en costas".

**SÉPTIMO.-** Contra la sentencia de segunda instancia la parte demandante-apelada interpuso recurso de casación al amparo del ordinal 3.º del art. 477.2 LEC, integrado por un solo motivo con la siguiente formulación:

"MOTIVO ÚNICO.-

"22.- El motivo es la infracción de lo dispuesto en los artículos 6.1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993; artículos 8.b) y 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, el artículo 12.2 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación y el artículo 1303 del Código civil, puestos todos ellos en relación con el principio jurisprudencia' de "no vinculación" a las cláusulas abusivas, que ha sentado en numerosas resoluciones el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, al interpretar el artículo 6.1 de la Directiva del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, lo que ha sido reiterado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en Sentencias de 26 de abril de 2012, y otras dos de 30 de mayo del 2013.

"En esencia, el motivo único de casación que se plantea, se realiza en orden a resolver el debate jurídico acerca de la eficacia retroactiva de la declaración de nulidad de la cláusula suelo (limitación del tipo de interés mínimo) y la devolución de las cantidades indebidamente cobradas en virtud de la cláusula que se anula, que es además el único motivo sobre el que se pronuncia la sentencia recurrida".

Mediante otrosi tercero solicitó que con carácter previo se planteara por esta sala cuestión prejudicial ante el TJUE en torno a esta cuestión jurídica.

**OCTAVO.-** Recibidas las actuaciones en esta sala y personada ante la misma únicamente la parte recurrente por medio de la procuradora mencionada en el encabezamiento, el recurso fue admitido por auto de 18 de julio de 2018.

**NOVENO.-** Por providencia de 12 de noviembre 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 siguiente 28, 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 relevantes son los siguientes:

1. El 14 de febrero de 2007 D. Isidoro y D.ª Graciela suscribieron con la entidad NCG Banco S.A. (luego Abanca Corporación Bancaria S.A.) un préstamo con garantía hipotecaria e interés variable en el que se incluyó una



cláusula suelo (3.ª bis. apdo. e)) por la que se preveía que dicho interés variable en ningún caso sería inferior al 4,00 %.

2. Con fecha 13 de noviembre de 2013 la parte prestataria demandó al banco pidiendo que se declarase la nulidad de la referida cláusula suelo y se le condenara a devolver las cantidades pagadas en exceso como consecuencia de su aplicación (lo que debería calcularse en ejecución de sentencia, una vez que la parte demandante admitía que la entidad demandada había dejado de aplicarla a raíz de la sentencia de esta sala de 9 de mayo de 2013 y que había devuelto 444,04 euros del total de las cantidades indebidamente cobradas) y al pago de las costas.

3. La sentencia de primera instancia, estimando íntegramente la demanda, declaró la nulidad de la cláusula suelo y condenó a la entidad demandada a restituir las cantidades indebidamente cobradas como consecuencia de su aplicación (lo que se habría de determinar en ejecución de sentencia), sin imponer las costas a ninguna de las partes.

4. Interpuesto por la entidad demandada contra dicha sentencia recurso de apelación con la única pretensión de que no se atribuyera efectos retroactivos a la nulidad declarada, y opuesta la parte demandante al recurso manifestando expresamente su conformidad con la sentencia apelada ("Alegación Preliminar"), la sentencia de segunda instancia, estimando en parte el recurso, limitó temporalmente los efectos retroactivos de la nulidad y absolvió en consecuencia a la entidad demandada razonando, en síntesis, que esta había dejado de aplicar la cláusula a partir de la fecha de publicación de la sentencia del pleno de esta sala de 9 de mayo de 2013 y que en la demanda solo se reclamaban las cantidades cobradas en exceso con anterioridad, todo ello sin imponer las costas de la segunda instancia a ninguna de las partes.

5. La parte demandante interpuso recurso de casación por existencia de interés casacional sobre esta cuestión jurídica, y mediante otrosí solicitaba el planteamiento de cuestión prejudicial al respecto. La entidad demandada no se ha personado ante esta sala.

**SEGUNDO.-** El recurso de casación se compone de un solo motivo, fundado en infracción de los arts. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE, 8 b) y 83 LDCU, 12.2 LCGC y 1303 CC y en oposición a la jurisprudencia del TJUE sobre el principio de no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas, sosteniéndose la improcedencia de limitar en el tiempo los efectos restitutorios derivados de la nulidad de una cláusula suelo abusiva y, por tanto, la procedencia de que se condene a la entidad demandada a devolver las cantidades cobradas en exceso con anterioridad a la fecha en que dejó de aplicar la cláusula nula.

La parte recurrente termina solicitando de esta sala que case la sentencia recurrida y que, asumiendo la instancia, estime la demanda, haciendo además el pronunciamiento que resulte procedente respecto de las costas de ambas instancias.

**TERCERO.-** No habiéndose formulado oposición por la parte recurrida y correspondiéndose lo alegado en el único motivo del recurso con la doctrina de la STJUE de 21 de diciembre de 2016 (caso Gutiérrez Naranjo) - lo que determina que no proceda el planteamiento de cuestión prejudicial- y con la jurisprudencia de esta sala posterior a la misma a partir de la sentencia de pleno 123/2017, de 24 de febrero, procede estimar el recurso y, en consecuencia, casar la sentencia recurrida en su pronunciamiento sobre los efectos restitutorios de la nulidad de la cláusula suelo para, en su lugar, confirmar la de primera instancia.

**CUARTO.-** 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, ni las de la primera instancia, porque se confirma íntegramente la sentencia de primera instancia que no se las imponía a ninguna de las partes y fue consentida por la demandante (en este sentido, sentencia 479/2018, de 20 de julio), quien además manifestó expresamente su conformidad con la misma al oponerse al recurso de apelación.

En cambio, conforme al art. 398.1 en relación con el art. 394.1, ambos de la LEC, y a la jurisprudencia de esta sala a partir de la sentencia de pleno 419/2017, de 4 de julio, procede imponer las costas de la segunda instancia a la entidad demandada, porque su recurso de apelación tenía que haber sido íntegramente desestimado.

Conforme al apdo. 8 de la d. adicional 15.ª LOPJ, procede devolver a la parte recurrente 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 D. Isidoro y D.ª Graciela contra la sentencia dictada el 15 de marzo de 2016 por la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Orense en el recurso de apelación n.º 379/2015.

2.º- Casar la sentencia recurrida en su pronunciamiento relativo al límite temporal de los efectos de la declaración de nulidad.

3.º- En su lugar, confirmar íntegramente la sentencia de primera instancia, incluido su pronunciamiento sobre costas.

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 constituido.

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

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ