



Roj: **STS 1898/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:1898**

Id Cendoj: **28079110012017100294**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **18/05/2017**

Nº de Recurso: **3189/2015**

Nº de Resolución: **314/2017**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 18 de mayo de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por D. Ezequiel , representado por el procurador D. Rafael Silva López bajo la dirección letrada de D. Juan Carlos Isasi, contra la sentencia núm. 291/15 dictada por la sección 1ª de la Audiencia Provincial de Álava, en el recurso de apelación nº 287/15, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario nº 264/14 del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Vitoria-Gasteiz. Sobre nulidad de cláusula suelo. Ha sido parte recurrida la entidad financiera BBVA, representada por la procuradora Dª Ana Llorens Pardo y bajo la dirección letrada de Dª Susana Feito Aparicio.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **Pedro Jose Vela Torres**

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- D. Ezequiel , interpuso demanda de juicio ordinario contra la entidad financiera BBVA en la que solicitaba se dictara sentencia cuyo fallo contenga los siguientes pronunciamientos:

«I.-) Se declare nula de pleno derecho por abusiva la cláusula suelo/techo recogida en la estipulación Tercera Bis del contrato de préstamo hipotecario que es objeto de la demanda, suscrito por el demandante el 4 de agosto de 2006, manteniéndose la vigencia del contrato sin la aplicación del límite de suelo del 3,00% y de techo del 15%, fijados en aquella. Consecuentemente, tal declaración conllevará necesariamente la eliminación de dicha cláusula del contrato de préstamo hipotecario y su inaplicabilidad en el futuro.

»II.-) Se condene a BBVA demandada a la devolución al demandante de las cantidades cobradas indebidamente en aplicación de dicha cláusula con los intereses legales desde la fecha de cada cobro, que serán determinadas en ejecución de sentencia sobre la base de recalculer los pagos que hubiesen tenido que efectuar los demandantes en el caso de que la cláusula declarada nula nunca hubiese existido, condenando a la demandada a reintegrar al demandante todo lo que hubiese obtenido en exceso en concepto de intereses, a amortizar en los préstamos la cantidad que se determine y a recalculer de forma efectiva el cuadro de amortización del préstamo hipotecario desde su constitución y que regirá en lo sucesivo hasta su fin.

»III.-) Se condene a la demandada a las costas derivadas del procedimiento».

2.- La demanda fue presentada el 27 de marzo de 2014 y repartida al Juzgado de lo mercantil nº 1 de Vitoria-Gasteiz, fue registrada con el núm. 264/2014. Una vez admitida a trámite, se emplazó a la parte demandada.

3.- El Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba:

«1.- Dicte resolución por la que, estimando la excepción de cosa juzgada planteada, acuerde el sobreseimiento del proceso sin entrar a conocer del fondo del asunto.



»2.- Subsidiariamente al pedimento anterior, para el hipotético caso de que se entrase a conocer del fondo del asunto, dicte sentencia por la que desestime íntegramente las pretensiones deducidas de contrario, absolviendo en todo caso a Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. de todos los pedimentos de la demanda.

»Todo ello, con cuanto demás proceda en Derecho y con expresa condena en costas a la parte actora».

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-juez del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Vitoria-Gasteiz dictó sentencia de fecha 15 de diciembre de 2014, con el siguiente fallo:

«Que estimando en parte, en cuanto a la acción de nulidad, la excepción procesal de cosa juzgada alegada por la demandada Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A,

»Declaro que la nulidad de la cláusula 3.bis.3 de la escritura pública suscrita por las partes el 04.08.2006 ante el Notario Fernando Ramos Alcázar, n.º de protocolo 3.046 y que dice:

»"Límites a la variación del tipo de interés. En todo caso, aunque el valor del índice de referencia que resulte de aplicación sea inferior al 2,25 %, este valor, adicionado con los puntos porcentuales expresados anteriormente para cada supuesto, determinará el "tipo de interés vigente" en el "periodo de interés". Todo ello, sin perjuicio de la aplicación en su caso de la bonificación prevista en el apartado siguiente. El tipo aplicable al devengo de los intereses ordinarios no podrá ser, en ningún caso, superior al 15,00 % nominal anual"; está afectada por el efecto de cosa juzgada de la sentencia nº 241/13 del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 2013.

»Que estimando en cuanto a la pretensión restitutoria, la demanda interpuesta por Ezequiel representado por la procuradora Mercedes Botas Armentia contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. representada por la Procuradora Soledad Carranceja Díez,

»Condeno a la demandada:

»-A restituir a la actora todas las cantidades cobradas en aplicación de la cláusula suelo incluida en la estipulación 3.bis.3 de la escritura pública indicada, durante toda la vida contractual, hasta que sea suprimida de forma efectiva, con arreglo a las siguientes bases: La demandada debe restituir las cantidades cobradas en cada una de las cuotas mensuales del préstamo que excedan se la suma del tipo de referencia (euribor) aplicable en cada cuota más el diferencial establecido en la escritura con las bonificaciones que fueran aplicables en cada cuota, y que hayan sido cobradas en virtud de la cláusula suelo del 2,25 %.

»- Al recálculo del cuadro de amortización, contabilizando el capital que debió ser amortizado a la fecha en la que se deje de aplicar la cláusula suelo.

»-A abonar los intereses moratorios (interés legal) de las cantidades cobradas en aplicación de la cláusula suelo desde la fecha de su cobro hasta el pago, sin perjuicio de la aplicación de lo dispuesto en el art. 576 LEC.

»Se condena en costas a la demandada».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de BBVA.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 1ª de la Audiencia Provincial de Álava, que lo tramitó con el número de rollo 287/2015 y tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia en fecha 1 de septiembre de 2015, cuyo fallo dispone:

«Estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. representada por la procuradora Sra. Carranceja, frente a la sentencia dictada con fecha 15 de diciembre de 2014, por el Juzgado de lo mercantil número 1 de esta ciudad en el Juicio Ordinario seguido ante el mismo con el número 264/2014, del que este Rollo dimana, y Revocar parcialmente la misma ya que procede la restitución por la ahora apelante al actor, ahora apelado, de los intereses que éste hubiese pagado en aplicación de la cláusula suelo, únicamente, a partir de la fecha de publicación de la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, y no ha lugar a verificar especial pronunciamiento sobre las costas de la primera instancia, confirmándola en el resto, y todo ello sin verificar, tampoco, especial pronunciamiento sobre las costas de esta alzada».

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

1.- D. Ezequiel , interpuso recurso de casación.

El motivo del recurso de casación fue el siguiente:

«Al amparo del artículo 1303 del Código Civil y 9.3 de la Constitución Española, aplicables para resolver las cuestiones del proceso».



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 la sala y personadas las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 25 de enero de 2017, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Ezequiel contra la sentencia dictada, el día 1 de septiembre de 2015, por la Audiencia Provincial de Álava».

3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición al recurso de casación, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito, quedando el presente recurso de casación pendiente de vista o votación y fallo.

4.- Por providencia de 3 de abril de 2017 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 10 de mayo de 2017, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes.*

1.- El 4 de agosto de 2006, D. Ezequiel, Dña. Alejandra, D. Pedro y D. Virgilio suscribieron una escritura de préstamo con garantía hipotecaria, para la adquisición de vivienda, con el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. (BBVA), por importe de 288.000 €, con un plazo de amortización de 40 años, a un tipo de interés variable de Euribor más 0,75%. En dicha escritura figura una cláusula, 3 bis.3, titulada «Límites a la variación del tipo de interés», con el siguiente contenido literal:

«En todo caso, aunque el valor del índice de referencia que resulte de aplicación sea inferior al 2,25%, este valor, adicionado con los puntos porcentuales expresados anteriormente para cada supuesto, determinará el "tipo de interés vigente" en el periodo de interés. Todo ello, sin perjuicio de la aplicación en su caso de la bonificación prevista en el apartado siguiente. El tipo aplicable al devengo de los intereses ordinarios no podrá ser, en ningún caso, superior al 15% nominal anual».

2.- D. Ezequiel formuló una demanda de juicio ordinario contra la mencionada entidad financiera, en la que solicitó la nulidad de la indicada cláusula de limitación a la variabilidad del interés pactado y la restitución de las cantidades abonadas a consecuencia de su aplicación.

3.- Tras la oposición de la parte demandada, el juzgado dictó sentencia estimatoria de la demanda, declaró la nulidad de la cláusula impugnada y condenó a la entidad prestamista a devolver las cantidades cobradas como consecuencia de su aplicación, con sus intereses desde la fecha de cobro.

4.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la entidad demandada. La Audiencia Provincial estimó en parte el recurso de apelación y dejó sin efecto la declaración de retroactividad y devolución de las cantidades cobradas en aplicación de la cláusula litigiosa.

SEGUNDO.- *Improcedencia del planteamiento de petición de decisión prejudicial ante el TJUE.*

1.- Cuando estaba en tramitación el recurso de casación y a raíz del dictado de la sentencia de esta Sala 139/2015, de 25 de marzo, la representación del Sr. Ezequiel solicitó el planteamiento de una petición de decisión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), sobre si era acorde con el art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, la limitación de los efectos temporales de la declaración de nulidad de una cláusula abusiva (en este caso, la denominada cláusula suelo).

2.- Previa oposición de la parte recurrida al planteamiento de la mencionada petición, el tribunal resolvió que dicha cuestión sería examinada y resuelta en la deliberación, votación y fallo del asunto.

3.- Pues bien, una vez que por parte del TJUE se dictó la sentencia de 21 de diciembre de 2016 (asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15), carece de sentido plantear la cuestión propuesta, puesto que ya ha sido resuelta en dicha sentencia. Así lo hemos resuelto en la sentencia 123/2017, de 24 de febrero, donde concluimos que el significado y alcance del Derecho comunitario aplicable ha quedado ya claro («cuando la aplicación correcta del Derecho comunitario se impone con una evidencia tal que no deja lugar a duda razonable sobre la manera de resolver la cuestión planteada», en palabras del propio Tribunal Europeo en la sentencia de 6 de octubre de 1982, asunto Cilfit, C-283/81).

TERCERO.- *Inexistencia de carencia sobrevinida de objeto y de cosa juzgada.*



1.- También pendiente el recurso de casación, BBVA solicitó el archivo del procedimiento por carencia sobrevenida de objeto, porque ya existía jurisprudencia sobre la cuestión controvertida y porque la entidad financiera ya tenía consignadas en la ejecución provisional las cantidades reclamadas.

2.- Previa oposición de la parte recurrente, la Sala acordó resolver la mencionada pretensión como cuestión previa, en la propia sentencia.

3.- No cabe hablar de carencia sobrevenida de objeto por la existencia de una jurisprudencia ulterior que aclara la controversia litigiosa. Al contrario, dicha jurisprudencia refuerza la existencia del interés casacional.

Tampoco constituye carencia sobrevenida de objeto, en los términos del art. 22 LEC, la consignación de las cantidades reclamadas (sobre las que ni siquiera existe acuerdo respecto a su cuantía, según pone de manifiesto el escrito de la parte recurrente), pues no consta que la consignación se hiciera para pago, sino únicamente para evitar el embargo.

4.- En cuanto a la posible existencia de cosa juzgada respecto de la sentencia 241/2013, de 9 de mayo, a fin de evitar inútiles reiteraciones, nos remitimos para la desestimación de dicha alegación a lo resuelto en la sentencia 123/2017, de 24 de febrero, que se pronunció sobre esta misma cuestión, también a instancia del BBVA, en lo relativo a la interrelación entre las acciones colectivas e individuales y la jurisprudencia constitucional y comunitaria al respecto (STJUE de 14 de abril de 2016, asuntos acumulados C-381/14 y C-385/14; y STC 148/2016, de 19 de septiembre, cuya doctrina se reitera por las sentencias posteriores 206/2016, 207/2016 y 208/2016, todas de 12 de diciembre).

5.- Pero es que, además, tampoco podrían reconocerse efectos prejudiciales al pronunciamiento de la sentencia 241/2013, de 9 de mayo, que limitó los efectos restitutorios de la declaración de nulidad de determinadas cláusulas suelo predispuestas, entre otros bancos, por el BBVA, en el sentido de que los tribunales deban partir de lo acordado en tal pronunciamiento cuando resuelvan los procesos posteriores entablados contra BBVA en los que se solicite la declaración de nulidad de tal cláusula.

Una vez que el TJUE ha declarado que tal pronunciamiento se opone al art. 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, si los tribunales españoles otorgaran eficacia prejudicial a la sentencia 241/2013 cuando resuelvan litigios en los que se ejercite la acción individual de nulidad respecto de cláusulas como las que fueron objeto del anterior proceso en que se ejercitó la acción colectiva contra, entre otros, BBVA, vulnerarían el principio de efectividad del Derecho de la Unión Europea.

Como se declaró en la sentencia del TJUE de 3 de septiembre de 2009, asunto C-2/08 (caso Olimpiclub), el principio de efectividad impide que se salvaguarde la seguridad jurídica en un grado tan elevado que impida o dificulte gravemente la eficacia del Derecho de la Unión, por ejemplo, porque permita proyectar hacia el futuro los efectos de la cosa juzgada y extenderlos a situaciones sobre las que no haya recaído resolución judicial definitiva con posterioridad a la sentencia del TJUE que contradiga lo afirmado en la sentencia del tribunal nacional.

6.- Todas estas razones determinan que no pueda otorgarse eficacia de cosa juzgada, negativa o positiva, a la sentencia 241/2013, de 9 de mayo, para sobreseer el proceso ni para limitar la eficacia restitutoria plena a la declaración de nulidad de la cláusula suelo del préstamo hipotecario concertado entre BBVA y los demandantes.

CUARTO.- *Recurso de casación. Remisión a la doctrina de la Sala plasmada en la sentencia 123/2017, de 24 de febrero.*

Planteamiento:

1.- El Sr. Ezequiel interpuso recurso de casación por interés casacional, basado en un único motivo, en el que denunció la infracción de los arts. 1303 CC y 9.3 CE.

2.- En el desarrollo del motivo argumentan, resumidamente, que el art. 1303 CC obliga a la restitución de las prestaciones tras la declaración de nulidad contractual, por lo que deben devolverse las cantidades cobradas en aplicación de la cláusula anulada, desde su cobro indebido. Así como la primacía del Derecho de la Unión Europea, en este caso, la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril, sobre las cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores y el principio de «no vinculación» previsto en su art. 6.

Decisión de la Sala:

1.- La cuestión objeto del recurso ha sido resuelta por la Sala en la sentencia del Pleno 123/2017, de 24 de febrero (reiterada en las sentencias 247/2017, 248/2017 y 249/2017, todas de 20 de abril), en la que modificamos nuestra jurisprudencia, en concordancia con la sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016 (asuntos acumulados C-154/15, C- 307/15 y C-308/15), una vez que dicha resolución consideró 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.

2.- En su virtud, el recurso de casación ha de ser estimado, y al asumir la instancia, debe desestimarse íntegramente el recurso de apelación interpuesto por la entidad financiera demandada, a fin de confirmar también en su integridad la sentencia de primera instancia.

QUINTO.- Costas y depósitos.

1.- La estimación del recurso de casación supone que no proceda hacer expresa imposición de las costas causadas por el mismo, según determina el art. 398.2 LEC.

2.- Dicha estimación implica la desestimación íntegra del recurso de apelación, por lo que deben imponerse a BBVA las costas causadas por el mismo, conforme previenen los arts. 394.1 y 398.1 LEC. No cabe acogerse a la excepción que prevé el art. 394.2 LEC, como sí se hizo en la tan citada sentencia 123/2017, porque ese caso era el primero en que se pronunciaba la Sala tras la sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016. Tras dicho pronunciamiento, si pese a conocer la nueva jurisprudencia de la Sala la parte recurrida no ha satisfecho extraprocesalmente la pretensión, no se ve motivo para exonerarla de costas.

3.- Igualmente, conlleva la devolución del depósito constituido para la formulación del recurso de casación y la pérdida del prestado para el recurso de apelación, de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartados 8 y 9, LOPJ.

FALLO

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

1.- Estimar el recurso de casación interpuesto por D. Ezequiel contra la sentencia núm. 291/2015, de 1 de septiembre, dictada por la Audiencia Provincial de Álava, Sección 1ª, en el recurso de apelación núm. 287/2015.

2.- Casar y anular parcialmente dicha sentencia, y desestimar íntegramente el recurso de apelación formulado por el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. contra la sentencia núm. 249/2014, de 15 de diciembre, dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Vitoria-Gasteiz, en el juicio ordinario nº 264/2014, que confirmamos.

3.- Imponer a Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. las costas del recurso de apelación. 4.- No hacer expresa imposición de las costas causadas por el recurso de casación. 5.- Ordenar la pérdida del depósito constituido para el recurso de apelación y la devolución del prestado para el recurso de casación. 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.