Roj: **STS 2596/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:2596**

Id Cendoj: **28079110012019100440**
Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**
Sede: **Madrid**
Sección: **1**
Fecha: **18/07/2019**
Nº de Recurso: **848/2017**
Nº de Resolución: **456/2019**
Procedimiento: **Recurso de casación**
Ponente: **FRANCISCO MARIN CASTAN**
Tipo de Resolución: **Sentencia**

FONDO DOCUMENTAL CE

T R I B U N A L S U P R E M O

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 456/2019

Fecha de sentencia: 18/07/2019

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 848/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 17/07/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marin Castan

Procedencia: Audiencia Provincial de Madrid, sección 12.ª

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

Transcrito por: CVS

Nota:

CASACIÓN núm.: 848/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marin Castan

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 456/2019

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Antonio Salas Carceller

D. Eduardo Baena Ruiz

D.ª M.ª Angeles Parra Lucan

D. Jose Luis Seoane Spiegelberg

En Madrid, a 18 de julio de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por el demandante D. Sergio , representado por la procuradora D.ª Ana María Espinosa Troyano bajo la dirección letrada de D. Santos Rozalén Rodrigo, contra la sentencia dictada el 1 de diciembre de 2016 por la sección 12.ª de la Audiencia Provincial de Madrid en el recurso de apelación n.º 564/2016 , dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 84/2015 del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Coslada sobre reclamación de cantidad por nulidad de una cláusula suelo en préstamo hipotecario. Ha sido parte recurrida la entidad demandada Banco de Caja España de Inversiones, Salamanca y Soria S.A.U., representada por el procurador D. Javier García Guillén bajo la dirección letrada de D.ª María Jesús Suárez García.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 27 de enero de 2015 se presentó demanda interpuesta por D. Sergio contra "Caja España, Grupo Unicaja" solicitando se dictara sentencia con los siguientes pronunciamientos:

"1º. DECLARE LA NULIDAD DE LA CLÁUSULA SUELO contenida en la Cláusula Tercera bis de la Escritura Pública de Préstamo Hipotecario que Don Sergio tiene concertado con la entidad CAJA ESPAÑA, de fecha 27 de abril de 2004, autorizada por el Notario de Madrid Don Gustavo Fernández Fernández, bajo el número de su protocolo 1.183, y, con los efectos inherentes a la dicha NULIDAD.

"2º. CONDENE A LA DEMANDADA A DEVOLVER LA TOTALIDAD DE LA CANTIDAD PAGADA DE MÁS POR EL DEMANDANTE EN VIRTUD DE LA CLÁUSULA NULA.

"Todo ello con imposición de las costas de este juicio a las demandadas".

SEGUNDO.- Repartida la demanda al Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Coslada, dando lugar a las actuaciones n.º 84/2015 de juicio ordinario, y emplazada la entidad demandada, esta compareció y contestó a la demanda solicitando su íntegra desestimación con imposición de costas al demandante.

TERCERO.- Celebrada la audiencia previa, como la única prueba fuese la documental, la magistrada-juez del mencionado juzgado dictó sentencia el 23 de diciembre de 2015 con el siguiente fallo:

"Que, ESTIMANDO PARCIALMENTE la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales Don Hernán Kozac Cino, en nombre y representación de DON Sergio , contra CAJA ESPAÑA (GRUPO UNICAJA):

"1°- Declaro la nulidad de la cláusula SUELO, contenida en la Cláusula Tercera Bis de la Escritura Pública de Préstamo con garantía Hipotecaria otorgada por la entidad demandada con DON Sergio , de fecha 27 de Abril de 2014, autorizada por el Notario de Madrid Don Gustavo Fernández Fernández, y con número de protocolo 1.183.

"2º - Absuelvo a la misma del resto de pedimentos efectuados en su contra, procediendo desestimar la demanda en el sentido de que la declaración de nulidad de la cláusula y, consiguientemente, su expulsión del contrato, no comporta por sí sola efectos ex tunc, esto es, su aplicación retroactiva al momento de consumación del negocio y consecuente devolución de las cantidades satisfechas en aplicación de dicha cláusula, sino que la declaración despliega sus efectos desde el momento de la sentencia que establece la nulidad, sin afectar a los efectos ya consumados.

"3º- No se hace imposición de costas a ninguna de las partes"

CUARTO.- Interpuesto por el demandante contra dicha sentencia recurso de apelación, al que se opuso la entidad demandada y que se tramitó con el n.º 564/2016 de la sección 12.ª de la Audiencia Provincial de Madrid , esta dictó sentencia el 1 de diciembre de 2016 con el siguiente fallo:

"ESTIMANDO PARCIALMENTE el recurso de apelación interpuesto por DON Sergio contra la sentencia de fecha 23 de diciembre de 2015 dictada en autos de procedimiento ordinario nº 84/15 por el Juzgado Mixto nº de Coslada en los que fue demandada CAJA ESPAÑA, DEBEMOS REVOCAR Y REVOCAMOS PARCIALMENTE la referida resolución, dejando sin efecto el apartado 2º del fallo de dicha resolución, y acordando condenar a la demandada a devolver las cantidades pagadas en exceso por el demandante en virtud de la aplicación de la cláusula nula desde el 8 de octubre de 2014, no haciendo imposición de las costas causadas en la presente alzada".

QUINTO.- Contra la sentencia de segunda instancia el demandante-apelante interpuso recurso de casación al amparo del ordinal 3.º del art. 477.2 LEC , por interés casacional, compuesto de un solo motivo con el siguiente enunciado:

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

"UNICO.- SE FORMULA AL AMPARO DE LO PREVISTO EN EL ARTICULO 477.2 3 º Y 3 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL AL ENTENDER QUE LA SENTENCIA DICTADA POR LA ILMA.AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID, SECCIÓN DUODÉCIMA, PRESENTA INTERES CASACIONAL EN TANTO EN CUANTO QUE SE OPONE A DOCTRINA DEL **TRIBUNAL SUPREMO** CONSOLIDADA".

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 6 de marzo de 2019, a continuación de lo cual la parte recurrida presentó escrito de oposición solicitando la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia recurrida.

SÉPTIMO.- Por auto de 21 de mayo del 2019 se consideró justificada la abstención para el presente recurso del magistrado Excmo. Sr. D. Cirilo .

OCTAVO.- Por providencia de 27 de junio 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 17 de julio 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 relevantes son los siguientes:

1. Con fecha 27 de abril de 2014 D. Sergio suscribió con la entidad Caja España (luego Banco de Caja España de Inversiones, Salamanca y Soria S.A.U. y actualmente Unicaja Banco, S.A.U.) una escritura de préstamo con garantía hipotecaria que estaba sujeto a interés variable a partir del primer semestre (doc. 1 de la demanda) y en la que se incluyó una cláusula suelo ("TERCERA BIS.- Tipo de interés variable") por la que se preveía que dicho interés variable en ningún caso sería inferior al 3,50 % (folio 22 de la escritura).

2. Con fecha 27 de enero de 2015 el prestatario demandó al banco pidiendo, en lo que ahora interesa, que se declarase la nulidad de la referida cláusula y se condenara al banco a devolver las cantidades cobradas en exceso como consecuencia de su aplicación (lo que debía cuantificarse en ejecución de sentencia con arreglo a lo indicado en el hecho cuarto de la demanda) y al pago de las costas procesales. Por tanto, no reclamó el abono de los intereses legales devengados por las cantidades cobradas en exceso.

3. La sentencia de primera instancia, estimando en parte la demanda, declaró la nulidad por abusiva de la cláusula suelo pero no condenó a restituir cantidad alguna ni impuso las costas de la primera instancia a ninguna de las partes.

4. Contra dicha sentencia el demandante interpuso recurso de apelación interesando la estimación de la demanda también respecto de su pretensión de restitución total de cantidades, si bien, con carácter subsidiario, pidió la restitución de las cantidades satisfechas a partir de la reclamación extrajudicial al banco (20 de septiembre de 2013), con imposición a este de las costas de la segunda instancia en cualquiera de los casos, sin que tampoco reclamara los intereses legales devengados por las cantidades cobradas en exceso.

El banco se opuso al recurso y pidió la confirmación de la sentencia apelada.

5. La sentencia de segunda instancia, estimando en parte el recurso de apelación del demandante, revocó la sentencia apelada para ampliar los efectos restitutorios de la nulidad a las cantidades cobradas por el banco desde el 8 de octubre de 2014, sin imponer a ninguna de las partes las costas de la segunda instancia.

En síntesis, razona que la similitud existente entre la cláusula suelo litigiosa y las que examinó la sentencia de 9 de mayo de 2013 , el hecho probado de que el demandante formulara reclamación ante el Banco de España con fecha 8 de octubre de 2014 (doc. 8 de la demanda) y se declarase la actuación del banco demandado como contraria a las buenas prácticas bancarias y, en fin, la circunstancia de que el banco fundara su oposición a la demanda en los mismos argumentos esgrimidos en su día infructuosamente ante el Banco de España, eran circunstancias que permitían descartar la buena fe del banco demandado a partir de esa reclamación, pues "ya no se podía predicar de la demandada que actuase en aplicación de una cláusula que pudiera en principio considerar como lícita".

6. La parte demandante interpuso recurso de casación por existencia de interés casacional en torno a esta cuestión jurídica y la entidad recurrida se ha opuesto al recurso.

SEGUNDO.- El recurso de casación se compone de un solo motivo fundado en infracción de los arts. 1300 y 1303 CC , y 7 , 8 , 82 y 83 LDCU 1984 (todos ellos citados en el desarrollo del motivo), y en oposición a la

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

jurisprudencia de esta sala y del TJUE sobre la improcedencia de limitar en el tiempo los efectos restitutorios derivados de la nulidad de una cláusula suelo abusiva. Como ejemplo de la jurisprudencia de esta sala se citan y extractan las sentencias de 6 de julio de 2006 , 15 de abril de 2006 , 23 de noviembre de 2011 , el voto particular de la de 23 de marzo de 2015 y la de 30 de noviembre de 2015 , todas ellas, salvo estas dos últimas, anteriores a la sentencia de pleno de 9 de mayo de 2013 en la que se apoya la sentencia recurrida, y como ejemplo de la jurisprudencia del TJUE se cita y extracta la STJUE de 21 de diciembre de 2016 (caso Gutiérrez Naranjo). Lo que se pide es que la nulidad de la cláusula suelo tenga plenos efectos retroactivos.

El banco recurrido se ha opuesto al recurso interesando su desestimación con expresa imposición de costas al recurrente. En síntesis, alega, primero, que la sentencia recurrida, lejos de ser contraria a la doctrina jurisprudencial de esta sala por entonces vigente, se ajustó plenamente a la misma, si bien, en lugar de establecer el límite temporal de los efectos restitutorios en la fecha de publicación de la sentencia de esta sala de 9 de mayo de 2013 (criterio que consolidó la de 25 de marzo de 2015), lo que hizo fue limitarlos al 8 de octubre de 2014, por ser cuando el Banco de España declaró la mala práctica bancaria del banco recurrido; y segundo, que en virtud de la irretroactividad de las leyes que proclama el art. 9.3 de la Constitución , no es posible fundar el recurso en la supuesta vulneración de una jurisprudencia del TJUE que no pudo ser infringida puesto que no existía cuando se dictó la sentencia recurrida.

TERCERO.- Ante alegaciones semejantes a las del banco recurrido, esta sala viene declarando (por ejemplo, sentencias 206/2019, de 4 de abril , 67/2019, de 31 de enero , 686/2018, de 5 de diciembre , y 376/2018, de 20 de junio) que la conformidad de la sentencia recurrida con la jurisprudencia de esta sala al tiempo en que aquella se dictó no es óbice para apreciar la existencia de interés casacional en la modalidad invocada si, como en el presente caso, la parte recurrente justifica 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 , respecto de la supuesta vulneración del art. 9.3 de la Constitución por resolver conforme a una nueva jurisprudencia, esta sala ha precisado que "si bien el principio de irretroactividad de las normas veda su aplicación a supuestos anteriores, esto es, acaecidos con anterioridad a su entrada en vigor, en ningún caso obsta la posibilidad, admitida por la jurisprudencia constitucional, de que pueda interpretarse la misma norma que se encontraba en vigor cuando ocurrieron los hechos que se someten a enjuiciamiento con arreglo a un criterio interpretativo distinto" (sentencia 599/2011, de 20 de julio , y las que en ella se citan, y sentencia 545/2011, de 18 de julio).

En consecuencia, correspondiéndose lo solicitado en el único motivo de dicho recurso con la doctrina de la citada sentencia del TJUE 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 para, en su lugar, estimando el recurso de apelación del demandante, estimar la demanda también en cuanto a los efectos restitutorios de la nulidad y condenar al banco demandado a devolver al demandante la totalidad de las cantidades abonadas en exceso como consecuencia de la aplicación de la cláusula suelo.

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 tampoco las de la segunda instancia, dado que el recurso de apelación del hoy recurrente tenía que haber sido estimado íntegramente.

Conforme al art. 394.1 LEC y al criterio jurisprudencial fijado por esta sala a partir de la sentencia de pleno 419/2017, de 4 de julio , procede imponer a la parte demandada las costas de la primera instancia, dado que la demanda se estima en su totalidad.

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

F A L L O

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 el demandante D. Sergio contra la sentencia dictada el 1 de diciembre de 2016 por la sección 12.ª de la Audiencia Provincial de Madrid en el recurso de apelación n.º 564/2016 .

2.º- Casar la sentencia recurrida para, en su lugar, estimando totalmente el recurso de apelación interpuesto en su día por el demandante, estimar íntegramente la demanda y condenar a la entidad bancaria demandada a devolver la totalidad de las cantidades indebidamente cobradas como consecuencia de la aplicación de la cláusula suelo.

3.º- No imponer a ninguna de las partes las costas del recurso de casación ni las de la segunda instancia e imponer a la parte demandada las de la primera instancia.

4.º- Y devolver al 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