



Roj: **STS 3709/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:3709**

Id Cendoj: **28079110012019100594**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **19/11/2019**

Nº de Recurso: **980/2017**

Nº de Resolución: **617/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **FRANCISCO MARIN CASTAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 14240/2016,**
STS 3709/2019

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 617/2019

Fecha de sentencia: 19/11/2019

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: **980/2017**

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 05/11/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marin Castan

Procedencia: Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15.^a

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

Transcrito por: CVS

Nota:

CASACIÓN núm.: **980/2017**

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. 617/2019

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D.^a M.^a Angeles Parra Lucan



En Madrid, a 19 de noviembre de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por la demandante D.^a Dulce , representada por el procurador D. Antonio Nicolás Vallengano bajo la dirección letrada de D. David Gironés Haro, contra la sentencia dictada el 20 de diciembre de 2016 por la sección 15.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona en el recurso de apelación n.º 459/2015, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 843/2013 del Juzgado de lo Mercantil n.º 9 de Barcelona sobre reclamación de cantidad por nulidad de una cláusula suelo en préstamo hipotecario. Ha sido parte recurrida la entidad demandada Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., representada por el procurador D. Argimiro Vázquez Guillén bajo la dirección letrada de D.^a Mónica del Collado Picó.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 26 de noviembre de 2013 se presentó demanda interpuesta por D.^a Dulce contra Catalunya Banc S.A. solicitando se dictara sentencia con los siguientes pronunciamientos:

"1.- Se declare la nulidad de la estipulación tercera del contrato de préstamo con garantía hipotecaria de fecha 22 de diciembre de 2.009; manteniéndose la vigencia del contrato sin la aplicación de los límites de suelo del 3,5% y de techo del 15,95%, fijados en aquella.

"2.- Se condena a la entidad demandada a restituir al actor las cantidades que se hubieran podido cobrar en exceso durante la tramitación del procedimiento y con efectos retroactivos las cobradas con el suelo del 3,5%; a determinar en ejecución de sentencia, sobre las bases, de las sumas reales que se abonen o se hayan abonado durante dichos periodos conforme a la cláusula cuya vigencia se mantiene- hasta una eventual sentencia estimatoria, y su diferencia con lo que se hubiera debido cobrar sin la aplicación del suelo del 3%; conforme a la fórmula pactada de tipo variable de Euribor más un 2,5 puntos menos las bonificaciones que proceden.

"3.- Se proceda al mismo tiempo a la nulidad de las cláusulas de interés moratorio, vencimiento anticipado, venta extrajudicial y comisiones pactadas mencionadas en el hecho segundo por vulnerar las mismas lo dispuesto en las recientes leyes fórmula pactada de tipo variable de Euribor más un 0,95 puntos.

"3.- Se proceda al mismo tiempo a la nulidad de las cláusulas de interés moratorio y vencimiento anticipado por vulnerar las misma dispuesto en las recientes leyes publicada y en la jurisprudencia del TJUE.

" Todo ello, con imposición, en caso de oposición, e las costas generadas a la parte demandada".

SEGUNDO.- Repartida la demanda al Juzgado de lo Mercantil n.º 9 de Barcelona, dando lugar a las actuaciones n.º 843/2013 de juicio ordinario, y emplazada la entidad demandada, esta no compareció y fue declarada en rebeldía, aunque se personó con posterioridad.

TERCERO.- Recibido el pleito a prueba y seguido por sus trámites, la magistrada-juez del mencionado juzgado dictó sentencia el 9 de enero de 2015 con el siguiente fallo:

"Que debo estimar y estimo parcialmente la demanda interpuesta por Dulce contra la entidad CATALUNYA BANC SA, sin condena en costas.

" En consecuencia, declaro la nulidad de las siguientes cláusulas del préstamo hipotecario suscrito entre las partes con fecha 22 de diciembre de 2009:

"1.- Cláusula tercera, folio 8, relativa al límite a la variación del tipo de interés aplicable (cláusula suelo del 3,5% y techo del 15,95%), por abusiva por falta de transparencia en su incorporación.

" No ha lugar a condenar a la parte demandada a la devolución de las cantidades percibidas hasta la fecha en virtud de la aplicación de la referida cláusula.

"2.- Cláusula cuarta, letras b (comisión por subrogación por cambio de deudor), e (comisión por desistimiento, a partir del punto y aparte) y f (comisión por riesgo del tipo de interés).

"3.- Cláusula sexta relativa a los intereses de demora, sin posibilidad de moderación o integración.

"4.- Cláusula sexta bis, de vencimiento anticipado, letras b (impago de impuestos, tasas, etc., letra c (expropiación o siniestro) y número 2 (embargos de la finca hipotecada o declaración de concurso).

"5.- Condeno a CATALUNYA BANC SA a eliminar a su costa las referidas cláusulas de la escritura de préstamo hipotecario.

" Por el contrato, declaro la validez de las siguientes cláusulas:



"1.- Cláusula cuarta, letra c (comisión por reclamación de posiciones deudoras) y letra d (reclamación para otorgar carta de pago y cancelación de hipoteca).

"2.- Cláusula sexta bis, letra a (impago de una cuota de obligación esencial).

"Declaro, en lo restante, la vigencia del referido contrato de préstamo hipotecario".

CUARTO.- Interpuesto por la entidad demandada contra dicha sentencia recurso de apelación, al que se opuso la demandante, que además formuló impugnación, opuesta la demandada a la impugnación, y tramitados el recurso y la impugnación en actuaciones n.º 459/2015 de la sección 15.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, esta dictó sentencia el 20 de diciembre de 2016 con el siguiente fallo:

"ESTIMAMOS parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de CATALUNYA BANC S.A. contra la sentencia de 9 de enero de 2015, y DESESTIMANDO el recurso formulado por Dª Dulce , REVOCAMOS EN PARTE la sentencia de instancia en el sentido de dejar sin efecto la declaración de nulidad que afecta a la cláusula cuarta, letra b (comisión por subrogación por cambio de deudor) y letra c, (comisión por desistimiento, a partir de punto y aparte) confirmando los restantes pronunciamientos y sin imposición de las costas en esta instancia".

Por auto de 26 de enero de 2017 se acordó desestimar la solicitud de aclaración de dicha sentencia formulada por la demandante con base en la STJUE de 21 de diciembre de 2016 en el asunto ("20 de diciembre" según el escrito de la parte).

QUINTO.- Contra la sentencia de segunda instancia la parte demandante interpuso recurso de casación al amparo del ordinal 3.º del art. 477.2 LEC, por interés casacional, articulado en dos motivos con los siguientes enunciados:

"MOTIVO PRIMERO DE CASACIÓN, INFRACCIÓN DEL ARTÍCULO 6 APARTADO 1 DE LA DIRECTIVA 93/13.

"Se denuncia la infracción por aplicación indebida del artículo 6 apartado 1 de la Directiva de la Unión Europea 93/13, al estar limitando la Sección 15ª de la Ilma. Audiencia Provincial de Barcelona, los efectos económicos de restitución por indebida aplicación de la cláusula suelo a la fecha del dictado de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013".

"MOTIVO SEGUNDO DE CASACIÓN, CONTRADICCIÓN DE LA RESOLUCIÓN DICTADA CON LA SENTENCIA DE LA GRAN SALA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA EUROPEO DICTADA EN LOS ASUNTOS ACUMULADOS C-154/15, C-307/15 Y C-308/15".

SEXTO.- Recibidas las actuaciones en esta sala y personadas ante la misma ambas partes (la demandada recurrida y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A.) 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 con imposición de costas a la parte recurrente.

SÉPTIMO.- Por providencia de 7 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 siguiente día 19.

OCTAVO.- Iniciada la deliberación para la votación y fallo del recurso, se acordó su suspensión por providencia del mismo día 19 para, con carácter previo, oír a ambas partes al comprobar que la demandante manifestaba en su demanda que la cláusula suelo no había llegado a entrar en juego. En consecuencia, en la misma providencia se acordó requerir a la demandante para que aclarase cuál era su interés legítimo en el recurso y, a continuación, oír a la parte demandada-recurrida.

NOVENO.- Con fecha 3 de julio siguiente la demandante presentó escrito de alegaciones en el que se limitaba a decir que, aunque en la demanda hizo constar que la cláusula suelo no había entrado en juego, "este hecho fue subsanado en el acto de la audiencia previa". Por su parte, la entidad bancaria recurrida no hizo alegaciones.

DÉCIMO.- Por providencia de 4 de septiembre siguiente se acordó requerir de nuevo a la parte recurrente para que precisara en qué había consistido la referida subsanación que decía haber llevado a cabo en la audiencia previa, para lo cual debería aportar copia del soporte audiovisual de la grabación de dicho acto.

UNDÉCIMO.- Mediante escrito del siguiente día 11, la parte recurrente aportó un CD "con las grabaciones de las vistas de la primera instancia" y manifestó que en el acto de la audiencia previa se había aceptado que la reclamación y cuantificación de los efectos restitutorios se realizase en ejecución de sentencia.

DUODÉCIMO.- Por providencia de 7 de octubre del corriente año se acordó señalar la continuación de la deliberación, votación y fallo del recurso para el 5 de noviembre siguiente, en que tuvo lugar.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Circunscrito el presente recurso a que los efectos restitutorios de la nulidad de una cláusula suelo no se limiten a las cantidades cobradas de más por el banco desde el 9 de mayo de 2013, como según la demandante-recurrente acordó la sentencia de segunda instancia, los antecedentes relevantes para la decisión de esta sala son los siguientes:

1.- La hoy recurrente presentó su demanda el 26 de noviembre de 2013; es decir, después de publicada la sentencia de esta sala 241/2013, de 9 de mayo.

2.- En la demanda se pedía la declaración de nulidad de varias cláusulas incluidas en una escritura pública de préstamo hipotecario suscrita el 22 de diciembre de 2009, entre ellas una cláusula suelo del 3,5%.

3.- También se pedía en la demanda la condena de la entidad demandada "a restituir al actor las cantidades que se hubieran podido cobrar en exceso durante la tramitación del procedimiento y con efectos retroactivos las cobradas con el suelo del 3,5%; a determinar en ejecución de sentencia conforme a la diferencia entre las sumas reales abonadas y las que se hubieran debido cobrar sin la aplicación del suelo del 3%".

4.- No obstante, como fundamento de esta petición se precisaba en el fundamento de derecho VI.4 de la propia demanda que "hasta el momento de interposición de la demanda, la cláusula impugnada no ha entrado en juego, pero la devolución de los tipos de interés, revelan un elevado porcentaje de que lo haga de manera inminente. Por ello, se solicita que, como efecto derivado de la nulidad peticionada, se condene a la entidad bancaria a devolver a mi cliente las cantidades que se hubieran podido cobrar en exceso durante la tramitación del procedimiento; a determinar en ejecución de sentencia, sobre las bases, en cumplimiento de lo pautado por el art. 219 LEC (LA LEY 58/2000), de las sumas que se abonen durante dicho periodo conforme a la cláusula cuya vigencia se mantiene hasta una eventual sentencia estimatoria, y su diferencia con lo que se hubiera debido cobrar sin la aplicación del límite en cuestión, conforme a la fórmula pactada de tipo variable de Euribor más un punto".

5.- La sentencia de primera instancia desestimó la petición de devolución de las cantidades que se hubieran podido cobrar de más antes de la fecha de la propia sentencia (9 de enero de 2015).

6.- Recurrída esta en apelación por el banco demandado, la demandante formuló impugnación pidiendo la restitución de todas las cantidades percibidas por el banco en virtud de la cláusula suelo desde el 9 de mayo de 2013, cuyo importe se determinaría en ejecución de sentencia.

7.- La sentencia de segunda instancia, dictada el 20 de diciembre de 2016, citó en su fundamento de derecho 34 la sentencia de esta sala 241/2013, de 9 de mayo, para razonar que "únicamente procedería la restitución de las cantidades satisfechas como consecuencia de la cláusula declarada nula a partir de la liquidación del préstamo que hubiera de hacerse en junio de 2013", pese a lo cual concluía, en el propio fundamento de derecho, que esto "lleva a desestimar la impugnación formulada por la actora".

8.- Mediante escrito de 27 de diciembre de 2016 la demandante pidió aclaración de la sentencia de segunda instancia porque, conocida la STJUE de "20 de diciembre de 2016" sobre las cláusulas suelo, debía dejarse sin efecto la limitación temporal de los efectos restitutorios para, en su lugar, hacerlos extensivos "al momento desde que empezó a operar la cláusula suelo".

9.- El tribunal sentenciador denegó la aclaración por auto de 26 de enero de 2017, razonando que la sentencia del TJUE no había podido ser tenida en cuenta porque su fecha no era la de 20 de diciembre sino la de 21 de diciembre.

10.- La parte demandante interpuso recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia, articulado en dos motivos, para que, en esencia, se dejara sin efecto la limitación temporal de los efectos restitutorios al 9 de mayo de 2013, "debiendo restituirse los mismos sin limitación temporal alguna y desde el momento en que la cláusula suelo fue operativa, esto es año 2009".

11.- Señalada la votación y fallo del recurso para el 19 de junio del corriente año e iniciada la deliberación, se dictó la siguiente providencia suspendiéndola:

"Iniciada la deliberación para la votación y fallo del recurso señalado para el día de hoy, y dad cuenta por el magistrado ponente, la sala acuerda suspender la votación y fallo para, con carácter previo, oír a ambas partes sobre la siguiente cuestión:

"En el recurso de casación, interpuesto por la demandante, se pretende la restitución de la totalidad de las cantidades indebidamente cobradas en virtud de la cláusula suelo declarada nula, pero en la demanda, presentada el 26 de noviembre de 2013, se decía que hasta ese momento la cláusula impugnada no había entrado en juego, por lo que se pedía, como efecto derivado de la nulidad, la condena de la entidad bancaria



demandada "a devolver a mi cliente las cantidades que se hubieran podido cobrar en exceso durante la tramitación del procedimiento" (VI Fondo de la cuestión controvertida, apdo. 4).

"A su vez la sentencia recurrida, aunque parece confirmar en este particular la de primera instancia, considera procedente la restitución de las cantidades indebidamente cobradas "a partir de la liquidación del préstamo que hubiera de hacerse en junio de 2013" (F.J. 4.º, apdo. 34).

"En consecuencia, la parte recurrente deberá aclarar a esta sala, en el plazo de diez días, cuál es su interés legítimo en el presente recurso, toda vez que, según su propia demanda, no se le había cobrado indebidamente ninguna cantidad antes de junio de 2013, y a continuación se oirá a la parte demandada-recurrida por un plazo igual".

12.- Con fecha 3 de julio del corriente año la parte recurrente presentó un escrito manifestando que lo pedido en su recurso era "la declaración de nulidad de la cláusula suelo y la extensión de los efectos de la nulidad desde que la misma hubiera tenido operatividad".

Añadía que en el fundamento de derecho cuarto (sic) de su demanda se hizo constar "erróneamente" que la cláusula suelo no había entrado en juego, pero que "este hecho fue subsanado en el acto de la audiencia previa", por lo que insistía en que los efectos restitutorios debían "alcanzar desde el mismo momento en que esta [la cláusula suelo] tuvo operatividad, hecho que deberá determinarse en ejecución de sentencia sin ninguna limitación temporal".

13.- Por providencia de 4 de septiembre del corriente año se acordó:

"Visto el escrito presentado por la parte recurrente con fecha 3 de julio de 2019, respecto del que la entidad bancaria recurrida no ha presentado alegaciones, requiérase a la parte recurrente para que en plazo de diez días justifique y precise en qué consistió la subsanación que dice haber llevado a cabo en el acto de la audiencia previa, para lo cual deberá aportar una copia del soporte audiovisual conteniendo la grabación de dicho acto, que no figura unido a las actuaciones, u otro medio que considere oportuno".

14.- Con escrito del siguiente día 11 la parte recurrente aportó un CD con las "grabaciones de las vistas de primera instancia", y mediante otro escrito de la misma fecha reiteró que lo pretendido por ella era "la extensión de los efectos de la nulidad desde que la misma hubiera tenido operatividad", manifestando que la cuestión se había aclarado en la audiencia previa, y luego en la vista, y que el juez había acordado dejar "su determinación y cuantificación para la ejecución de la sentencia".

15.- Visualizado el CD aportado por la parte recurrente, se advierte que esta se limitó a ratificarse en su demanda y proponer prueba, y solamente porque la parte demandada opuso que no se había cuantificado ninguna cantidad fue por lo que el juez consideró que esto no era obstáculo para conocer de la pretensión restitutoria, porque la cuantificación podía hacerse en ejecución de sentencia.

SEGUNDO.- De todo lo constatado en el fundamento de derecho anterior se desprende que la parte recurrente, pese a las dos oportunidades que le ha brindado esta sala, no ha acreditado su legitimación para recurrir por afectarles desfavorablemente la sentencia de segunda instancia (art. 483.1 LEC) ni tampoco que su recurso de casación tenga objeto alguno.

La doctrina del TJUE sobre cláusulas abusivas es constante al establecer que el juez nacional debe resolver tan pronto disponga de los elementos de Derecho y de hecho necesarios para ello, pero la parte recurrente no ha precisado un elemento de hecho tan a su alcance como es el de la fecha en que el banco demandado empezó a aplicar la cláusula suelo.

Así las cosas, la única solución posible es la desestimación del recurso por su carencia manifiesta de fundamento (art. 483.2-4.ª LEC) y por la falta de interés legítimo de la recurrente, ya que si en su demanda, presentada en noviembre de 2013, expresó que "la cláusula impugnada no ha entrado en juego", hecho no rectificado luego con un mínimo de precisión, ya era materialmente imposible devolver lo indebidamente cobrado por el banco desde el 9 de mayo de ese mismo año 2013, por lo que más aún lo será devolver ninguna cantidad cargada antes del 9 de mayo.

En definitiva, el recurso de casación no permite que esta sala resuelva en el vacío creado por las propias partes, ni dicte una sentencia puramente hipotética, porque una cosa es que la cuantificación de lo debido pueda hacerse en ejecución de sentencia y otra, muy distinta, que en ejecución de sentencia pueda determinarse si se debe o no alguna cantidad cuando en manos de las partes ha estado la alegación y prueba de tal extremo en el proceso declarativo.

TERCERO.- Conforme al art. 398.1 en relación con el art. 394.1, ambos de la LEC, procede imponer las costas a la parte recurrente, que conforme a la d. adicional 15.ª. 9 LOPJ perderá 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.- Desestimar el recurso de casacion interpuesto por la demandante D.ª Dulce contra la sentencia dictada el 20 de diciembre de 2016 por la sección 15.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona en el recurso de apelación n.º 843/2013.

2.º.- E imponer las costas a la parte recurrente, que perderá el depósito constituido.

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ