Roj: **STS 477/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:477**

Id Cendoj: **28079119912017100004**
Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**
Sede: **Madrid**
Sección: **991**
Fecha: **24/02/2017**
Nº de Recurso: **740/2014**
Nº de Resolución: **123/2017**
Procedimiento: **CIVIL**
Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**
Tipo de Resolución: **Sentencia**

FONDO DOCUMENTAL CE

CASACIÓN núm.: 740/2014

Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres

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

TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Civil PLENO

Sentencia núm. 123/2017

Excmos. Sres.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. José Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Eduardo Baena Ruiz

D. Pedro José Vela Torres

En Madrid, a 24 de febrero de 2017

Esta sala ha visto constituida en Pleno, ha visto el recurso de casación interpuesto por Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., representada por la procuradora D.ª Ana Llorens Pardo, bajo la dirección letrada de D. Jesús Remón Peñalver, contra la sentencia núm. 453/2013, de 16 de diciembre, dictada por la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el recurso de apelación núm. 719/2012 , dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 194/2012, del Juzgado Mercantil n.º 4 de Barcelona. Sobre condiciones generales de la contratación. Ha sido parte recurrida D. Hermenegildo , representado el procurador D. Javier Zabala Falcó y bajo la dirección letrada de D.ª Elena Ordóñez Martín.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- La procuradora D.ª Monserrat Llinás Vila, en nombre y representación de D. Hermenegildo , interpuso demanda de juicio ordinario contra Unnim Banc S.A., en la que solicitaba se dictara sentencia:

«por la que:

»1.- Se declare la nulidad por abusivo del PACTO TERCERO BIS letra F del Contrato de préstamo hipotecario de fecha 27 de mayo de 2005 que establece el límite a las revisiones del tipo de interés de un mínimo aplicable de un 3%, condenando a la entidad demandada a suprimirla o tenerla por no puesta en el contrato suscrito por las partes

»2.- Se condene a la entidad demandada a la devolución de CINCO MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y CINCO EUROS CON SETENTA Y SIETE CÉNTIMOS (5.485,77 €), por ser el importe del exceso que eldemandado ha cobrado hasta la fecha en virtud de la condición declarada nula (junto con los correspondientes intereses legales computados desde la fecha de cada uno de los cobros), más la diferencia que en aplicación de la misma cláusula vaya devengándose y cobrándose desde la interposición de la presente demanda hasta la fecha de la firmeza de la sentencia que resuelva el presente procedimiento, también con sus correspondientes intereses legales computados desde la fecha de cada uno de los cobros.

»3.- Y se condene a la demandada al pago de las costas causadas en este procedimiento».

2.- La demanda fue presentada el 7 de marzo de 2012 y repartida al

Juzgado Mercantil n.º 4 de Barcelona, fue registrada con el núm. 194/2012 . Una vez admitida a trámite, se emplazó a la parte demandada.

3.- La procuradora D.ª Luisa Infante Lope, en representación de Unnim Banc S.A, contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba:

«[...]se dicte en su día sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda formulada de contrario absolviendo a mi representada de todos los pedimentos formulados frente a ella, con expresa imposición a la parte actora de las costas».

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el magistrado-juez del Juzgado Mercantil n.º 4 de Barcelona dictó sentencia núm. 203/2012, de 19 de julio , con la siguiente parte dispositiva:

«FALLO: Desestimo la demanda presentada por la procuradora Sra. Llinás, en representación de Hermenegildo , y absuelvo a UNIM BANC S.A., sin hacer especial imposición de las costas procesales».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

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

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, que lo tramitó con el número de rollo 719/2012 y tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia en fecha 16 de diciembre de 2013 , cuya parte dispositiva dice:

«FALLAMOS: ESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por D. Hermenegildo contra la sentencia dictada por el Juzgado Mercantil nº 4 de Barcelona, el 19 de julio de 2012 , en el juicio ordinario nº 194/2012, seguido a instancias de D. Hermenegildo , contra UNNIM BANC, S.A.

»Revocamos la sentencia del juzgado.

»Estimamos la demanda de D. Hermenegildo contra UNNIM BANC, S.A.

1. Declaramos la nulidad de la cláusula suelo incluida en el apartado F del pacto tercero bis, del contrato de préstamo hipotecario suscrito entre las partes el día 27 de mayo de 2005.

2. Condenamos la demandada a eliminar la cláusula referida del contrato o bien a tenerla por no puesta.

3. Condenamos la demandada a devolver al actor la suma de 5.485,77 euros, importe del exceso cobrado por el banco hasta la fecha de la demanda, 7 de marzo de 2012, en virtud de la cláusula declarada nula y a pagar los intereses legales correspondientes desde la fecha de cada cobro.

4. Condenamos la demandada a devolver al actor el importe del exceso cobrado por el bando desde la fecha de la demanda hasta la firmeza de la sentencia, en virtud de la cláusula declarada nula, y a pagar los intereses legales correspondientes desde cada cobro.

»No se imponen las costas de ninguna de las dos instancias del juicio».

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

1.- El procurador D. Ignacio López Chocarro, en representación de Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A, sucesora procesal de Unnim Banc S.A., interpuso recurso de casación.

El motivo del recurso de casación fue:

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

«Único.- Al amparo del art. 477.1 de la LEC , la sentencia recurrida infringe el art. 1303 del Código Civil en relación con el art. 9.3 de la Constitución y con los principios generales del derecho de seguridad jurídica, buena fe y orden público económico, tal y como han sido interpretados y aplicados por la doctrina jurisprudencial sobre los efectos de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo derivada de la falta de transparencia».

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 17 de junio de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la entidad "BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A." contra la sentencia dictada, el día 16 de diciembre de 2013, por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª), en el rollo de apelación nº 719/2012 , dimanante del juicio ordinario nº 194/2012, del Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Barcelona».

3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

4.- Por providencia de 22 de diciembre de 2016 se nombró ponente al que lo es en este trámite. No habiéndose solicitado por las partes la celebración de vista pública, por providencia de 16 de enero de 2017, se acordó resolver el recurso, previa votación y fallo, por el Pleno de la Sala, señalándose a tal fin el 15 de febrero de 2017, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes.*

1.- El 27 de mayo de 2005, D. Hermenegildo suscribió con la Caixa d#Estalvis Comarcal de Manlleu una escritura de préstamo con garantía hipotecaria, por importe de 283.000 €, a devolver en treinta años.

2.- En la mencionada escritura se pactó un interés fijo del 3% durante el primer año del préstamo y un interés variable de Euribor más 0,55 puntos para el resto del tiempo de duración pactado. No obstante, se incluyó una cláusula, tercera bis, apartado f), del siguiente tenor literal:

«Las condiciones de interés variable de esta operación se han de pactar entre prestataria y prestadora con el condicionante aceptado expresamente por la primera, que el tipo de interés que resulte de la revisión no podrá ser, en ningún caso, inferior al 3% nominal anual».

3.- Entre el inicio de la aplicación de la mencionada cláusula y la interposición de la demanda, el prestatario pagó, como consecuencia de su aplicación, 5.485,77 €.

4.- En 2010, el Sr. Hermenegildo requirió a la Caixa Comarcal de Manlleu para que eliminara la cláusula suelo, a lo que no accedió.

5.- En el mismo año 2010, la Caixa d#Estalvis Comarcal de Manlleu se fusionó con otras Cajas de Ahorro en la entidad Unnim Caixa, que el 14 de julio de 2011 constituyó la entidad Unnim Banc S.A.U. El 27 de julio de 2012, el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. (en adelante, BBVA) adquirió la totalidad del capital de Unnim Banc S.A.U.

6.- El Sr. Hermenegildo formuló una demanda en marzo de 2012 contra Unnim Banc, en la que solicitó la nulidad de la cláusula suelo y la restitución de las cantidades abonadas a consecuencia de su aplicación.

7.- Tras la oposición de la parte demandada, el juzgado dictó sentencia desestimatoria de la demanda.

8.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por el demandante. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación, estimó la demanda y declaró la nulidad de la cláusula suelo, condenando a la entidad demandada a tenerla por no puesta. También ordenó la devolución de todas las cantidades abonadas en aplicación de la cláusula anulada. En lo que ahora importa, consideró: (i) La sentencia del Tribunal Supremo 241/2013, de 9 de mayo , no surte efecto de cosa juzgada material respecto del caso enjuiciado, porque se dictó en un proceso en que se había ejercitado una acción colectiva, mientras que en el presente se ejercita una acción individual; (ii) Las circunstancias del caso no se identifican con las expuestas en la sentencia del Tribunal Supremo sobre riesgo de trastornos graves con trascendencia en el orden público económico; (iii) En consecuencia, resulta de aplicación lo previsto en el art. 1303 CC para el caso de nulidad contractual.

SEGUNDO.- *Recurso de casación. Planteamiento del único motivo. Alegaciones posteriores de las partes tras dictarse por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) la sentencia de 21 de diciembre de2016.*

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

1.- BBVA formuló recurso de casación, al amparo del art. 477.1 LEC , con un único motivo, en el que denunció la infracción del art. 1303 CC , en relación con el art. 9.3 de la Constitución y con los principios generales del Derecho de seguridad jurídica, buena fe y orden público económico, tal y como han sido interpretados y aplicados por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

2.- En el desarrollo del motivo, se alega, resumidamente, que la sentencia recurrida aplica el art. 1303 CC de manera literal y mecánica, sin atender a la modulación de su alcance según la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo expresada en la STS 241/2013. Aduce que la Audiencia Provincial , pese a no reconocer eficacia de cosa juzgada material a la mencionada sentencia del Tribunal Supremo, por tratarse de un proceso sobre una acción individual, debió ponderar la aplicación literal del artículo 1303 CC , de manera que confunde los efectos de la cosa juzgada con la aplicación de la doctrina jurisprudencial fijada en la indicada sentencia de esta Sala.

3.- Tras dictarse por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) la sentencia de 21 de diciembre de 2016 (asuntos acumulados C-154/15 , C- 307/15 y C-308/15), se concedió a las partes un trámite de alegaciones.

La parte recurrente alegó la existencia de cosa juzgada, en relación con la sentencia de esta Sala 241/2013, de 9 de mayo , que sería incluso apreciable de oficio.

Con carácter subsidiario, solicitó el planteamiento de cuestión prejudicial ante el TJUE, en los siguientes términos:

«Ya que la obligación del juez nacional de dejar sin aplicación una cláusula contractual abusiva que imponga el pago de importes que resulten ser cantidades indebidamente pagadas solo genera el correspondiente efecto restitutorio en relación con tales importes "en principio", ¿en qué circunstancias, por qué causas y con arreglo a qué criterios puede limitarse o excluirse el efecto restitutorio de la declaración judicial de abusividad de una condición general cuya aplicación hubiere dado lugar al pago de cantidades que en ausencia de esa condición general no hubieran debido pagarse?».

También con carácter subsidiario, solicitó el planteamiento de una segunda cuestión prejudicial ante el TJUE, en los siguientes términos:

«¿El control de transparencia material, cuando no es considerado como un estándar de protección de los consumidores de naturaleza externa y complementaria a las determinaciones de la directiva, permite la existencia de abusividad pese a que el tribunal nacional haya declarado la buena fe del predisponente? ¿La decisión del TJUE significa que cuenta con competencias para revisar la calificación de la buena fe de las partes que ha sido realizada por el tribunal supremo de un estado miembro?».

Finalmente, con carácter subsidiario, alegó que la buena fe del banco, declarada en la STS 241/2013 , justifica la improcedencia del pago de intereses legales de las cantidades cobradas que deban ser restituidas al consumidor (arts. 1303 del CC en relación con sus arts. 451, 455 y 1896).

A su vez, la parte recurrida adujo que resultaba de plena aplicación la STJUE de 21 de diciembre de 2016, por lo que procedía la desestimación del recurso de casación.

TERCERO.- *Inexistencia de cosa juzgada material.*

1.- La sentencia de esta Sala 705/2015, de 23 de diciembre , al referirse al alcance de la cosa juzgada de la sentencia 241/2013 , reprodujo lo ya expresado en la sentencia 139/2015, de 25 de marzo , y declaró que:

«[l]os efectos de cosa juzgada se ceñían a cláusulas idénticas a las declaradas nulas. Es decir, los efectos de la sentencia 241/2013 se extienden, subjetivamente, a las cláusulas utilizadas por las entidades que fueron demandadas en aquel procedimiento, y, objetivamente, a las cláusulas idénticas a las declaradas nulas, cuando no se hallen completadas por otras que eliminen los aspectos declarados abusivos».

En este caso, no concurren las identidades aludidas en dicha resolución. En primer lugar, porque la mencionada cláusula suelo tiene una redacción diferente de la que fue objeto de la sentencia 241/2013 . Frente a la redacción antes transcrita en el resumen de antecedentes, las cláusulas suelo del BBVA que fueron objeto de la mencionada sentencia 241/2013 fueron las siguientes:

a) «El tipo aplicable al devengo de los intereses ordinarios no podrá ser, en ningún caso, superior al 12,00 % ni inferior al 2,50 % nominal anual».

b) «En todo caso, aunque el valor del índice de referencia que resulte de aplicación sea inferior al 2'50 %, éste valor, adicionado con los puntos porcentuales expresados anteriormente para cada supuesto, determinará el "tipo de interés vigente" en el "período de interés". Todo ello, sin perjuicio de la aplicación en su caso de la

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

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».

c) «En todo caso, aunque el valor del índice de referencia que resulte de aplicación sea inferior al 2,25%, éste valor, adicionado con los puntos porcentuales expresados anteriormente para cada supuesto, determinará el "tipo de interés vigente" en el "período de interés"».

En segundo término, porque aunque BBVA haya sido parte en ambos procedimientos, en el que ahora nos ocupa lo ha sido por una doble sucesión procesal, al adquirir a la entidad (Unnim), en la que, a su vez, se había fusionado la acreedora inicial (Caixa d#Estalvis Comarcal de Manlleu). Y no fue quien predispuso e impuso en el contrato de préstamo la cláusula litigiosa.

En principio, en caso de sucesión procesal podría darse la identidad subjetiva entre causahabientes a que se refiere el art. 222.3

LEC, pero en supuestos, como el presente, de condiciones generales de la contratación, no puede apreciarse tal identidad si el predisponente no es el mismo, ni fue quien utilizó la cláusula que se ha declarado nula en pronunciamiento firme no discutido ya en este recurso de casación.

Conforme al art. 17.1 LEC , la transmisión del objeto litigioso puede conllevar la sucesión procesal, que tiene como consecuencia, si se cumplen los requisitos legales para ello, que el adquirente (BBVA) ocupe la situación procesal que tenía el transmitente (Unnim de manera próxima y Caixa de Manlleu de manera remota). Lo que supone que BBVA se coloque en la posición procesal que ocupaba inicialmente la mencionada Caixa como predisponente de una determinada y concreta condición general de la contratación, no de otra diferente que utilizaba el adquirente en otros contratos y como entidad bancaria distinta.

2.- Además, la sentencia del TJUE de 14 de abril de 2016 (asuntos acumulados C-381/14 y C-385/14), en relación con la litispendencia y la prejudicialidad civil (instituciones claramente relacionadas con la cosa juzgada, en cuanto que la primera es tutelar de la cosa juzgada - sentencia de esta Sala 150/2011, de 11 de marzo - y la segunda implica una litispendencia impropia - sentencia 628/10 de 13 de octubre -) entre acciones colectivas en defensa de los consumidores y acciones individuales, estableció en su parte dispositiva que:

«El artículo 7 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 , sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la de los litigios principales, que obliga al juez que conoce de una acción individual de un consumidor, dirigida a que se declare el carácter abusivo de una cláusula de un contrato que le une a un profesional, a suspender automáticamente la tramitación de esa acción en espera de que exista sentencia firme en relación con una acción colectiva que se encuentra pendiente, ejercitada por una asociación de consumidores de conformidad con el apartado segundo del citado artículo con el fin de que cese el uso, en contratos del mismo tipo, de cláusulas análogas a aquella contra la que se dirige dicha acción individual, sin que pueda tomarse en consideración si es pertinente esa suspensión desde la perspectiva de la protección del consumidor que presentó una demanda judicial individual ante el juez y sin que ese consumidor pueda decidir desvincularse de la acción colectiva».

Y en su apartado 30, indicó:

«Por lo tanto, las acciones individuales y colectivas tienen, en el marco de la Directiva 93/13, objetos y efectos jurídicos diferentes, de modo que la relación de índole procesal entre la tramitación de las unas y de las otras únicamente puede atender a exigencias de carácter procesal asociadas, en particular, a la recta administración de la justicia y que respondan a la necesidad de evitar resoluciones judiciales contradictorias, sin que la articulación de esas diferentes acciones deba conducir a una merma de la protección de los consumidores, tal como está prevista en la Directiva 93/13».

De lo anterior cabe extraer que para la apreciación de cosa juzgada, entre acciones colectivas y acciones individuales no existe identidad objetiva, puesto que tienen «objetos y efectos jurídicos diferentes».

3.- A su vez, la sentencia del Tribunal Constitucional 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), que sí se pronuncia expresamente sobre la cosa juzgada, estableció:

«La identidad -que no mera similitud- de objeto entre ambos procesos [acción colectiva y acción individual], de otro lado, resulta cuanto menos dudosa. La demanda de cesación se configura por ley como instrumento de control abstracto de cláusulas ilícitas, y lo que se pretende con ella es que el profesional demandado deje de recomendarlas o suscribirlas con sus potenciales clientes. En este caso, la acción de cesación de ADICAE impugnaba, entre otras, la cláusula suelo cuyo contenido coincide con la firmada por los recurrentes años antes con la misma entidad bancaria. Pero lo cierto es que en ese proceso no se conoció de la cláusula suelo

de "su" contrato, ni de las circunstancias concurrentes en su celebración (arts . *4.1 de la Directiva 93/13/CEE* y 82.3 del texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios), como por ejemplo el cumplimiento del principio de transparencia. El objeto controvertido por tanto entre ambos procesos es similar, pero no idéntico. Ello no obsta, por supuesto, a que el Juzgado a quo, al dictar Sentencia sobre el fondo, deba de tener en cuenta los pronunciamientos ante todo del Tribunal Supremo, máximo intérprete de la legalidad ordinaria (*art. 123 CE*), en torno a la validez o nulidad de este tipo de cláusula.

»Pero extender de manera automática un efecto de cosa juzgada derivado de la estimación de la acción de cesación, a todas las cláusulas iguales insertas en la universalidad de contratos en vigor, además de no preverse en las normas que regulan dicha acción colectiva, puede llegar a atentar contra la autonomía de la voluntad del consumidor que no desee tal nulidad en su contrato, en los términos observados antes por nuestro Tribunal Supremo y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. O cercenar las posibilidades de su impugnación individual si la demanda de cesación se desestima por mor de una línea de defensa jurídica de la entidad actora, distinta de la que hubiera sostenido el reclamante individual con base en las circunstancias concurrentes sólo por él conocidas».

4.- De nuestra propia jurisprudencia (las sentencias antes citadas y la 375/2010, de 17 de junio), así como de la del TJUE y el TC , cabe deducir, en relación con los consumidores que no se personaron en el procedimiento en que se ejercitó la acción colectiva, que el llamamiento que se les hace conforme al art. 15 LEC no es suficiente para justificar la extensión frente a ellos de la eficacia de cosa juzgada que establece el art. 222.3 de la misma Ley . Una interpretación conjunta de los arts. 15 , 222.3 y 221 LEC lleva a la conclusión de que la cosa juzgada de la sentencia estimatoria de la acción colectiva afectará únicamente a los consumidores no personados que estén determinados individualmente en la propia sentencia, conforme dispone el art. 221.1-1.ª LEC .

A su vez, en el caso de las acciones para la tutela de derechos de consumidores indeterminados o no fácilmente determinables, la eficacia de cosa juzgada tampoco se producirá frente a los no personados, sin perjuicio de que puedan hacer valer sus derechos o intereses conforme a lo dispuesto en los arts. 221 y 519 LEC o, en su caso, ejercer las acciones individuales. Con la particularidad de que, en los casos en que, como presupuesto de la condena o como pronunciamiento principal o único, se declare ilícita o no conforme a la ley una determinada actividad o conducta, «la sentencia determinará si, conforme a la legislación de protección a los consumidores y usuarios, la declaración ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente» (art. 221.1-2º LEC). Como dijimos en la indicada sentencia 375/2010, de 17 de junio , «el requisito de la identidad subjetiva para determinar la concurrencia de litispendencia o cosa juzgada [...] debe determinarse en función de los sujetos perjudicados en quienes se concrete el ejercicio de la acción».

5.- Como consecuencia de todo lo expuesto, no cabe considerar que en este caso produzca efecto de cosa juzgada la sentencia de esta misma Sala 241/2013, de 9 de mayo .

CUARTO.- *Improcedencia del planteamiento de las cuestiones prejudiciales sugeridas por la parte recurrente.*

1.- La parte recurrente, para el caso de que no se apreciara la existencia de cosa juzgada, solicitó que se plantearan ante el TJUE dos cuestiones prejudiciales. Una, referida al alcance del efecto restitutorio una vez declarada la abusividad de una cláusula contractual y su posible exclusión. Y otra, sobre la incidencia de la buena fe del predisponente en la apreciación de la falta de transparencia material de una cláusula.

2.- A criterio de este Tribunal Supremo, tales cuestiones están resueltas explícita o implícitamente en la STJUE de 21 de diciembre de 2016 (asuntos acumulados C-154/15 , C-307/15 y C-308/15), y por tanto no es necesario el planteamiento de nuevas peticiones de decisión prejudicial, por cuanto 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) y ha sido aclarado en decisiones previas, en este caso en la meritada sentencia de diciembre pasado.

3.- En efecto, en la STJUE de 21 de diciembre de 2016 queda claro que cualquier limitación temporal de los efectos restitutorios tras la declaración de abusividad de la cláusula litigiosa infringe el art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE y que la consecuente obligación de devolución de las cantidades indebidamente cobradas no permite matiz alguno, so pena de no garantizar los derechos del consumidor afectado e infringir el art. 7.1 de la misma Directiva.

Precisamente el argumento de la buena fe a que ahora se refiere la parte recurrente ya subyacía en la argumentación de la sentencia de este Tribunal Supremo 241/2013, de 9 de mayo , cuando en su párrafo 292 hizo mención a la STJUE de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb, C- 92/11 , cuyo apartado 59 se refería a la

posibilidad de limitar las consecuencias de la ineficacia de relaciones jurídicas establecidas de buena fe. Tesis que, expresamente, no ha sido acogida por la STJUE de

21 de diciembre de 2016, por lo que no resulta pertinente volver a someter a consideración la misma cuestión.

En consecuencia, sin necesidad de nuevo planteamiento de ulteriores peticiones de decisión prejudicial sobre los efectos restitutorios tras la declaración de nulidad de la denominada cláusula suelo, lo que procede es la asunción de lo resuelto por el TJUE, con el consiguiente cambio de jurisprudencia, en los términos que expondremos a continuación.

QUINTO.- *Resolución del único motivo de casación. Adaptación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a los pronunciamientos del TJUE en materia de devolución de las cantidades cobradas en aplicación de la cláusula suelo. Desestimación del recurso de casación.*

1.- Según reiterada jurisprudencia tanto del TJUE -actualmente o en sus denominaciones anteriores- (sentencias de 17 de diciembre de 1970, Internationale Handelsgesellschaft, C-11/70 ; 9 de marzo de 1978, Simmenthal, C-106/77 ; 22 de octubre de 1987, Foto-Frost, C-314/85 ; y 8 de septiembre de 2010, Winner Wetten, C-409/06 ,) como del TC (sentencias 28/1991, de 14 de febrero ; 58/2004, de 19 de abril ; 78/2010, de 20 de octubre ; y 145/2012, de 2 de julio , entre otras muchas), los jueces nacionales, en su condición de jueces de la Unión, están obligados a salvaguardar la efectividad del Derecho comunitario y su primacía sobre el Derecho nacional conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

2.- El procedimiento de remisión prejudicial se basa en una cooperación que implica un reparto de funciones entre el juez nacional, competente para aplicar el Derecho comunitario a un litigio concreto, y el Tribunal de Justicia, al que corresponde garantizar la interpretación uniforme del Derecho comunitario en el conjunto de los Estados miembros (STJCE de 16 de diciembre de 1981, Foglia/Novello, C-244/1980).

Además, las sentencias prejudiciales son obligatorias (artículo 91 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia , versión consolidada de 25 de septiembre de 2012) y tienen, como regla, eficacia *ex tunc* desde su pronunciamiento, sin perjuicio de que el Tribunal de Justicia pueda limitar su dimensión temporal cuando concurran consideraciones imperiosas de seguridad jurídica (STJUE de 7 de julio de 2011, Nisipeanu, C-263/10).

Se trata de una fuerza obligatoria *erga omnes* , por lo que son vinculantes no solo para el juez remitente, sino también para cualquier jurisdicción nacional que conozca de un caso análogo en el que se plantee la aplicación de la norma comunitaria interpretada o cuya invalidez haya sido declarada, con independencia de que sus decisiones sean recurribles o no en el ordenamiento nacional de los estados miembros de la UE (STJCE de 6 de marzo de 2003, Kaba, C-446/005, y SSTJUE de 5 de octubre de 2010, Elchinov, C-173/09 ; de 19 de abril de 2016, DI, C-441/145; y de 1 de julio de 2016, Ognyanov, C-614/14).

3.- En consecuencia, procede modificar la jurisprudencia de esta sala sobre los efectos retroactivos de la declaración de nulidad de la denominada cláusula suelo, toda vez que la citada STJUE de 21 de diciembre de 2016 ha considerado 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 .

4.- En su virtud, puesto que la sentencia recurrida se ajustaba a lo que ha venido a resolver posteriormente la STJUE de 21 de diciembre de 2016, el recurso de casación ha de ser desestimado, ya que aunque en su momento lo planteado en dicho recurso era acorde con la jurisprudencia de esta Sala, no lo es una vez que la misma ha de acomodarse a lo resuelto por el Tribunal de Justicia de la Unión.

5.- La desestimación del único motivo de casación también implica la desestimación de la pretensión subsidiaria formulada en el escrito de alegaciones sobre los efectos de la STJUE, relativa a los intereses devengados por las cantidades que han de devolverse. No solo porque en estos casos de nulidad, conforme al art. 1303 CC , el alcance restitutorio incluye el pago de los intereses devengados por las

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

respectivas prestaciones restituibles (por todas, sentencia de esta sala 734/2016, de 20 de diciembre), sino fundamentalmente porque se trata de una cuestión nueva planteada en el mencionado escrito de alegaciones, que no fue incluida como motivo de casación, pudiéndolo haber sido.

Es decir, esta alegación debe desestimarse porque se trata de un planteamiento nuevo que no se formuló oportunamente en el momento procesal adecuado, el recurso de casación. Además, la extemporaneidad afecta a otros principios esenciales como son los de preclusión, contradicción y defensa, estos dos últimos con valor de garantías constitucionales fundamentales - art. 24.1 CE -, como resalta la jurisprudencia de esta Sala (sentencias 614/2011, de 17 noviembre ; 632/2012, de 29 octubre ; 32/2013, de 6 de febrero ; y 268/2013, de 22 de abril , entre otras muchas).

SEXTO.- *Costas y depósitos.*

1.- Pese a la desestimación del recurso de casación, no procede hacer expresa imposición de las costas causadas por el mismo, según permite el art. 394.1, por remisión del art. 398.1 LEC , ya que la resolución adoptada supone un cambio de jurisprudencia respecto de la que se invocaba, correctamente en la fecha de su interposición, en el recurso de casación.

2.- No obstante, procede acordar la pérdida del depósito constituido para el recurso de casación, de conformidad con la disposición adicional 15ª LOPJ .

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- Desestimar el recurso de casación interpuesto por el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. contra la sentencia núm. 453/2013, de 16 de diciembre, dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, en el recurso de apelación núm. 719/2012 .

2.º- No hacer expresa imposición de las costas causadas por el recurso de casación.

3.º- Ordenar la pérdida del depósito constituido 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.

Francisco Marín Castán José Antonio Seijas Quintana Antonio Salas Carceller Francisco Javier Arroyo Fiestas Ignacio Sancho Gargallo Francisco Javier Orduña Moreno Rafael Sarazá Jimena Eduardo Baena Ruiz

Pedro José Vela Torres

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ