Roj: **STS 3536/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:3536**

Id Cendoj: **28079110012017100521**
Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**
Sede: **Madrid**
Sección: **1**
Fecha: **11/10/2017**
Nº de Recurso: **258/2017**
Nº de Resolución: **554/2017**
Procedimiento: **Casación**
Ponente: **JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA**
Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En Madrid, a 11 de octubre de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la sección octava de la Audiencia Provincial de Sevilla, como consecuencia de autos de juicio ordinario n.º 2076/2015, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Sevilla, cuyo recurso fue interpuesto ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de don Constancio , representado ante esta Sala por la procuradora de los Tribunales doña Alicia Rubio Gallego; siendo parte recurrida Caixabank S.A, representada por el procurador de los Tribunales don Mauricio Gordillo Alcalá.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.º- La procuradora doña Alicia Rubio Gallego, en nombre y representación de don . Constancio , interpuso demanda de juicio ordinario, contra Caixabank S.A y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia en el sentido siguiente:

«1. **-** Se declare la nulidad del apartado tercero, de la cláusula TERCERA-BIS,

TIPO DE INTERÉS VARIABLE.

»2.-Se declare la nulidad de la CLÁUSULA CUARTA apartado 3, COMISIÓN

POR RECLAMACIÓN DE RECIBOS IMPAGADOS.

»3.-Se declare la nulidad de la CLÁUSULA SEXTA, INTERESES DE DEMORA.

»4.-Se declare la nulidad de la CLÁUSULA SEXTA-BIS, RESOLUCIÓN DEL

CONTRATO, apartado a).

»5.-Se condene a la entidad financiera a eliminar dichas condiciones

generales de la contratación.

»6.-Se condene a la entidad demandada a restituir al actor las cantidades

que hubiera cobrado en exceso desde la fecha del contrato y durante la tramitación del procedimiento, conforme a lo establecido en el artículo 1.303 del Código Civil ; a determinar en ejecución de sentencia, sobre las bases, de las sumas reales que se han abonado y las que se abonen durante dicho periodo conforme a la cláusula cuya vigencia se mantiene hasta una eventual sentencia estimatoría, y su diferencia con lo que se hubiera debido cobrar sin la aplicación del suelo del 4,250%, conforme a la fórmula pactada de tipo variable de Euribor más 0,90 puntos.

»7.-Se condene a la demandada a abonar a mi representado al interés legal

incrementado en dos puntos conforme a lo establecido en el artículo 576 de la LEC

»8.-Se condene a la entidad demandada a indemnizar al actor por los daños y perjuicios causados, sumando a las cantidades pagadas de más el interés del dinero, así como los que legalmente correspondan.

»9.-Condene en costas a la parte demandada, con expresa imposición ».

2.º- Transcurrido el plazo para contestar a la demanda, se dictó diligencia de ordenación con fecha 16 de febrero de 2016 y se declaró la situación de rebeldía procesal de la parte demandada. La parte demandada se personó en autos el día 31 de marzo de 2016.

SEGUNDO.- Previos los trámites procesales correspondiente y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas el Sr. magistrado juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Sevilla, dictó sentencia con fecha 13 de Junio de 2016 , cuya parte dispositiva es como sigue FALLO:

«PRIMERO.- Que debo estimar y estimo íntegramente la demanda formulada por el

Procurador/ra Sr./Sra Rubio Gallego en nombre y representación de D. Constancio , contra CAIXABANK, S.A, y en consecuencia debo condenar y

condeno a éstos últimos a estar y pasar por la declaración de nulidad de las siguientes cláusulas:

»1. Apartado tercero, Cláusula tercera-bis, tipo de interés variable.

»2. Apartado tercero, Cláusula cuarta, comisión por reclamación de impagados.

»3. Cláusula sexta, intereses moratorios.

»4. Cláusula sexta bis, apartado a), Resolución del contrato.

»5. A restituir al actor las cantidades que hubiere cobrado en exceso desde la fecha del contrato y durante la tramitación del procedimiento, sobre la base de sumas reales que se abonaron y las que se abonen durante vigencia de las cláusulas y su diferencia con lo que se hubiere debido cobrar sin aplicación del cláusula suelo conforme a fórmula pactada de tipo variable, euribor más 0,90 puntos..

»SEGUNDO.- En cuanto a las costas serán impuestas a la parte demandada».

TERCERO.- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de Caixabank S.A. La Sección Octava de la Audiencia Provincial de Sevilla, dictó sentencia con fecha 15 de diciembre de 2016 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Se estima parcialmente el recurso interpuesto por la representación de CAIXABANK, S.A., revocando el fallo de la sentencia que queda redactado en los siguientes términos:

»Que estimando parcialmente la demanda formulada por la representación de don Constancio , contra CAIXABANK, S.A, y en consecuencia debo condenar y condeno a éstos últimos a estar y pasar por la declaración de nulidad de las siguientes cláusulas

»1. Apartado tercero, cláusula tercera-bis, tipo de interés variable.

»2. Apartado tercero, cláusula cuarta, Comisión por reclamación de impagados.

»3. Cláusula sexta, intereses moratorios.

»4. Cláusula sexta bis, apartado a), resolución del contrato.

»5. A restituir al actor las cantidades que hubiere cobrado en exceso desde el 13 de mayo de 2013 y durante la tramitación del procedimiento, sobre la base de sumas reales que se abonaron y las que se abonen durante vigencia de las cláusulas y su diferencia con lo que se hubiere debido cobrar sin aplicación de la cláusula suelo conforme a fórmula pactada de tipo variable, euribor más 0,90 puntos, sin imposición de las costas causadas en la primera instancia ni de las de esta alzada.

»Dentro del plazo legal devuélvanse las actuaciones originales al Juzgado de procedencia con testimonio de esta resolución para su ejecución.

»Dése a los depósitos constituidos el destino legal».

CUARTO.- Contra la expresada sentencia interpuso recurso de casación la representación de don Constancio , con apoyo en los siguientes: Motivos. Primero.- Infracción del artículo 1303 del Código Civil , y del artículo 6 apartado 1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 . Segundo.- Revisión de la sentencia de la Audiencia conforme a la doctrina de la sala: STS de 24 de febrero de 2017 .

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

QUINTO.- Remitidas las actuaciones a la **Sala de lo Civil** del Tribunal Supremo por auto de fecha 5 de julio de 2017 , se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.Mediante escrito fechado el dia 7 de septiembre 2017, la representación procesal de Caixabank S.A, manifestó que no se oponía al recurso de casación interpuesto y que como consecuencia se dictara resolución sin imposición de costas.

SEXTO. - No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 3 de octubre de 2017, en que tuvo lugar

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Esta sala debe resolver únicamente sobre la imposición o no de las costas de las instancias una vez que la parte recurrida, Caixabank, considera que el TJUE ha dictado sentencia el 21 de diciembre de 2016 en la que deja sin efecto la jurisprudencia de esta sala en la que pretendía fundar la oposición al recurso de casación formulado de contrario, por no ser acorde con los dictados de la Directiva 95/13/CE

La sentencia resuelve en el sentido siguiente:

«el artículo 6, apartado 1, 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 jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva, de una cláusula contenida en un contrato celebrado con un consumidor por un profesional, circunscribiendo tales efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión».

Considera el recurrido que no deben imponérsele las costas porque actuó conforme a doctrina de esta sala y que esta es la línea seguida por el voto particular expresado a la sentencia 419/2017, de 4 de julio .

SEGUNDO.- Esta sala, en sentencia de pleno 419/2017, de 4 de julio (que no es la del voto particular, sobre la imposición de costas en las instancias), en atención a los principios de vencimiento, no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas y efectividad del derecho comunitario, ha declarado lo siguiente:

«Pues bien, en virtud de todas las anteriores consideraciones esta sala considera que el criterio más ajustado al principio de no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas y al principio de efectividad del Derecho de la Unión es que las costas de las instancias en casos similares al presente se impongan al banco demandado. Las razones en que se concretan esas consideraciones son las siguientes:

»1.ª) El principio del vencimiento, que se incorporó al ordenamiento procesal civil español, para los procesos declarativos, mediante la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 por la Ley 34/1984, de 6 de agosto, es desde entonces la regla general, pues se mantuvo en el art. 394.1 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 , de modo que la no imposición de costas al banco demandado supondría en este caso la aplicación de una salvedad a dicho principio en perjuicio del consumidor.

»2.ª) Si en virtud de esa salvedad el consumidor recurrente en casación, pese a vencer en el litigio, tuviera que pagar íntegramente los gastos derivados de su defensa y representación en las instancias, o en su caso de informes periciales o pago de la tasa, no se restablecería la situación de hecho y de derecho a la que se habría dado si no hubiera existido la cláusula suelo abusiva, y por tanto el consumidor no quedaría indemne pese a contar a su favor con una norma procesal nacional cuya regla general le eximiría de esos gastos. En suma, se produciría un efecto disuasorio inverso, no para que los bancos dejaran de incluir las cláusulas suelo en los préstamos hipotecarios sino para que los consumidores no promovieran litigios por cantidades moderadas.

»3.ª) La regla general del vencimiento en materia de costas procesales favorece la aplicación del principio de efectividad del Derecho de la Unión y, en cambio, la salvedad a dicha regla general supone un obstáculo para la aplicación de ese mismo principio.

»4.ª) En el presente caso, además, la actividad procesal del banco demandado no se limitó a invocar a su favor la anterior doctrina jurisprudencial de esta sala sobre los efectos restitutorios derivados de la nulidad de la cláusula suelo. Muy al contrario, como con más detalle resulta de los antecedentes de hecho de la presente sentencia, antes de contestar a la demanda pidió la suspensión del curso de las actuaciones por prejudicialidad civil; al contestar a la demanda planteó dos excepciones procesales, se opuso totalmente a la nulidad de la cláusula suelo, no solo a la restitución de lo indebidamente cobrado en virtud de la misma, y reiteró su petición de suspensión por prejudicialidad civil, interesó subsidiariamente el sobreseimiento del litigio y, para el caso de no acordarse este, solicitó la desestimación total de la demanda; al recurrir en apelación reiteró de nuevo

su petición de suspensión del curso de las actuaciones por prejudicialidad civil, pese a que ya había sido rechazada en la audiencia previa, e interesó la revocación total de la sentencia de primera instancia, es decir, no sólo del pronunciamiento que condenaba al banco a devolver todo lo percibido en virtud de la cláusula suelo; y en fin, al personarse ante esta sala, cuando todavía no se había dictado la sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016 , interesó la inadmisión del recurso de casación del consumidor demandante, pero insistió en esta misma petición de inadmisión, con carácter principal, incluso después de haberse dictado dicha sentencia y ser entonces ya evidente que el recurso de casación estaba cargado de razón y correctamente formulado».

TERCERO.- Por lo expuesto, casamos la sentencia recurrida y, en su lugar, confirmamos la dictada el 13 de junio de 2016 por el Juzgado de 1ª Instancia n.º 3 de Sevilla,

Se imponen al demandado las costas causadas en ambas instancias y no se hace especial declaración de las de este recurso, según los artículos 394 y 398 de la LEC , acordando la devolución del depósito constituido.

FALLO

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

1.º- Estimar el recurso de casación por interés casacional interpuesto por la representación legal de don Constancio , contra la sentencia dictada el 15 de diciembre de 2016 por la sección 8.ª de la Audiencia Provincial de Sevilla . **2.º-** Casar la sentencia recurrida y, en su lugar, confirmamos la sentencia dictada el 13 de junio de 2016 por el Juzgado de 1.ª Instancia n.º 3 de Sevilla . **3.º-** No procede hacer expresa imposición de las costas derivadas del recurso de casación, acordando la devolución del depósito para recurrir. **4.º-** Procede imposición de las costas de la apelación a la parte demandada y se mantiene la imposición de las costas de la primera instancia. 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 coleccion legislativa.

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ