

## Sentencia núm. 334/2017

Excmos. Sres. y Excma. Sra.  
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  
D<sup>a</sup>. M.<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán

En Madrid, a 25 de mayo de 2017.

Esta sala ha visto en Pleno el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Ourense, Sección 1.<sup>a</sup>, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Ourense. Los recursos fueron interpuesto por parte recurrente la entidad NCG Banco S.A. ( en la actualidad la entidad Abanca Corporación Bancaria S.A.), representada por el procurador Rafael Silva López. Es parte recurrida

y

que no se han personado ante este Tribunal Supremo.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### **PRIMERO.** *Tramitación en primera instancia*

1. La procuradora María José Conde González, en nombre y representación de

, interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Ourense, contra la entidad NCG Banco S.A. (anteriormente Caixanova), para que se dictase sentencia:

«estableciendo los siguientes extremos:

1. Declare la nulidad, por tener el carácter de cláusulas abusivas, de las condiciones generales de la contratación descritas en el Hecho Primero de la presente demanda y que establecen un tipo mínimo de interés aplicable, esto es, declare la nulidad:

- De la cláusula 3ª Bis, e) del préstamo hipotecario suscrito el 16 de marzo de 2007, entre los demandantes D. y Dª.

con la entidad demandada (anteriormente Caixanova) y cuyo tenor literal es el siguiente:

*"e) No obstante la variación pactada, el tipo de interés nominal aplicable no podrá ser inferior al tres con setenta y cinco centésimas por ciento (3,75%), ni superior al quince por ciento (15%)".*

- De la cláusula 3ª Bis, e) del préstamo hipotecario suscrito el 25 de agosto de 2006, entre los demandantes D. y Dª.

con la entidad demandada (anteriormente Caixanova) y cuyo tenor literal es el siguiente.

*"e) No obstante la variación pactada, el tipo de interés nominal aplicable no podrá ser inferior al tres con noventa y cinco centésimas por ciento (3,95%), ni superior al quince por ciento (15%)".*

2. Condene a la entidad financiera demandada a eliminar dicha condición general de la contratación de los contratos de préstamo hipotecario a interés variable suscritos con los demandantes y que son objeto de la presente demanda.

3. Condene a la entidad demandada a pagar (devolver) a los actores las siguientes cantidades:

- A D. \_\_\_\_\_ y D.<sup>a</sup> \_\_\_\_\_ la cantidad de tres mil doscientos sesenta y ocho euros y setenta y un céntimos (3.268,71 €) s.e.u.o.

- A D. \_\_\_\_\_ y \_\_\_\_\_ la cantidad de tres mil cuatrocientos cuarenta y siete euros y cuarenta céntimos (3.447,40 €) s.e.u.o.

4. Condene a la entidad demandada a reintegrar a los actores prestatarios todas aquéllas cantidades que paguen en exceso durante la sustanciación del procedimiento en virtud de la aplicación de las referidas cláusulas suelo.

5. Condene a la entidad demandada a recalcular y rehacer, excluyendo la cláusula de suelo, los cuadros de amortización de los préstamos hipotecarios a interés variable suscritos con los demandantes, contabilizando el capital que efectivamente debió ser amortizado, cuya cuantía asciende a:

- La cantidad de 1.158,55 € (s.e.u.o. y calculada a marzo de 2012) para el caso de los demandantes D. \_\_\_\_\_ y D.<sup>a</sup> \_\_\_\_\_

- La cantidad de 1.348,71 € (s.e.u.o. y calculada a marzo de 2012) para el caso de los demandantes D. \_\_\_\_\_ y \_\_\_\_\_

6. Condene a la entidad demandada a abonar el interés legal desde la fecha de cada cobro hasta su completa satisfacción o, alternativamente, condene a la entidad demandada a abonar el interés legal incrementado en dos puntos conforme a lo establecido en el artículo 576 LEC.

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

**2.** La procuradora María Gloria Sánchez Izquierdo, en representación de la entidad NCG Banco S.A., contestó a la demanda y pidió al Juzgado dictase sentencia:

«en la que: (a) Acogiendo la excepción de litispendencia alegada, ordene el sobreseimiento del procedimiento.

(b) Alternativamente, desestime íntegramente la demanda planteada.

(c) En ambos casos, con expresa imposición de costas a la parte adversa de forma solidaria».

**3.** El Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Ourense dictó sentencia con fecha 12 de noviembre de 2012, con la siguiente parte dispositiva:

«FALLO: Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por el/la Procuradora Sra. María José Conde González, en representación de los cónyuges D. \_\_\_\_\_ y Doña \_\_\_\_\_.; y los cónyuges D. \_\_\_\_\_ y \_\_\_\_\_ frente a la entidad NCG Banco S.A. y debo declarar y declaro:

1.- Respecto del contrato suscrito D. \_\_\_\_\_ y \_\_\_\_\_ con la entidad NCG BANCO, en fecha 16 de marzo de 2007:

- Acuerdo la nulidad de la cláusula 3º BIS 3) relativa a la fijación de un límite mínimo al tipo de interés, variable ("cláusula suelo"), al estimarla abusiva.

- Condeno a la demandada a eliminar dicha cláusula del contrato suscrito entre éstos.

- Condeno a la entidad demandada a la devolución de cuantas cantidades haya cobrado de más en aplicación de la misma y que a fecha de presentación de la demanda ascendía a 3.268,71 euros, así como a reintegrar todas aquellas cantidades que se paguen en exceso durante el presente procedimiento en virtud de la aplicación de la referida cláusula suelo, más el interés legal desde la fecha de cada cobro hasta su completa satisfacción.

- Condeno igualmente a la entidad demandada a recalcular y rehacer, excluyendo la cláusula suelo, los cuadros de amortización de los préstamos hipotecarios a interés variable suscritos con los demandantes, contabilizando el capital que efectivamente debió ser amortizado y cuya cuantía asciende a 1.158,55 euros a fecha marzo de 2012.

2.- Respecto del contrato suscrito entre D. \_\_\_\_\_ y \_\_\_\_\_ con la entidad NCG BANCO, en fecha 25 de agosto de 2006,

- Acuerdo la nulidad de la cláusula 3º BIS e) relativa a la fijación de un límite mínimo al tipo de interés, variable ("cláusula suelo"), al estimarla abusiva.

- Condeno a la demandada a eliminar dicha cláusula del contrato suscrito entre éstos.

- Condeno a la entidad demandada a la devolución de cuantas cantidades haya cobrado de más en aplicación de la misma y que a fecha de presentación de la demanda ascendía a 3.447,40 euros, así como a reintegrar todas aquellas cantidades que se paguen en exceso durante el presente procedimiento en virtud de la aplicación de la referida cláusula suelo, más el interés legal desde la fecha de cada cobro hasta su completa satisfacción.

- Condeno igualmente se condene a la entidad demandada a recalcular y rehacer, excluyendo la cláusula suelo, los cuadros de amortización de los préstamos hipotecarios, a interés variable suscritos con los demandantes, contabilizando el capital que efectivamente debió ser amortizado y cuya cuantía asciende a 1.348,71 euros a fecha marzo de 2012.

Todo ello con expresa condena en costas a la parte demandada».

## **SEGUNDO.** *Tramitación en segunda instancia*

**1.** La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de la entidad NCG Banco S.A.

**2.** La resolución de este recurso correspondió a la sección 1.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Ourense, mediante sentencia de 14 de abril de 2014 cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo: Se desestima el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la entidad bancaria "NCG Banco, S.A. (anteriormente Caixanova)", la procuradora de los tribunales D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Gloria Sánchez Izquierdo, contra la sentencia, de fecha 12 de noviembre de 2012, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 (antes mixto nº 7) de los Ourense, en autos de juicio ordinario nº 292/12, rollo de apelación nº 56/13, cuya resolución se confirma, con imposición de las costas del recurso a la parte apelante.

Se decreta la pérdida de la totalidad del depósito constituido al que se dará el destino legal».

## **TERCERO.** *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación*

**1.** La procuradora Gloria Sánchez Izquierdo, en representación de la entidad NCG Banco S.A., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Ourense, sección 1.<sup>a</sup>.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

«1º) Infracción del art. 218 de la LEC.

2º) Infracción del art. 24 de la Constitución Española».

Los motivos del recurso de casación:

«1º) Infracción de los arts. 8.2 de la LCGC y 82.1 de la LCU, en relación con la infracción de la doctrina jurisprudencial contenida en la sentencia 241/2013

2º) Infracción del art. 1303 del Código Civil en relación con el art. 9.3 de la Constitución».

**2.** Por diligencia de ordenación de 18 de septiembre de 2014, la Audiencia Provincial de Ourense, sección 1.ª, tuvo por interpuestos el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación mencionados, y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo, con emplazamiento de las partes para comparecer por término de treinta días.

**3.** Recibidas las actuaciones en esta sala, comparece como parte recurrente la entidad NCG Banco S.A., representada por el procurador Rafael Silva López. Es parte recurrida

, que  
no se han personado ante este Tribunal Supremo.

**4.** Esta sala dictó auto de fecha 9 de diciembre de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de la entidad "NCG Banco S.A." contra la sentencia dictada, con fecha 14 de abril de 2014, por la Audiencia Provincial de Orense - Sección 1ª- en el rollo de apelación nº 56/2013 dimanante de los autos de juicio ordinario nº 292/2012 del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Orense».

**5.** Por providencia de 25 de enero de 2017 se dio traslado a la parte personada por plazo de diez días para formular alegaciones a la vista de la sentencia de 21 de diciembre de 2016 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

El procurador Rafael Silva López, en representación de la entidad Abanca Corporación Bancaria S.A. (antes NCG Banco S.A.), presentó escrito y formuló alegaciones.

**6.** Al no solicitarse la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo por el Pleno de la sala el día 19 de abril de 2017, en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### **PRIMERO.** *Resumen de antecedentes*

1. Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia.

i) El 16 de marzo de 2007, \_\_\_\_\_ y \_\_\_\_\_ suscribieron con Caixanova (luego NGC Banco, S.A. y ahora Abanca) un contrato de préstamo hipotecario, con un interés fijo durante el primer año del 4,85%, y para los años siguientes el Euribor a un año más un diferencial del 0,55%. El contrato contenía una cláusula suelo y una cláusula techo, en la letra e) del pacto 3 bis, del siguiente tenor literal:

«No obstante la variación pactada, el tipo de interés nominal aplicable no podrá ser inferior al tres con setenta y cinco céntimos por ciento (3,75%), ni superior al quince por ciento (15%)».

ii) El 25 de agosto de 2006, \_\_\_\_\_ y \_\_\_\_\_ suscribieron con Caixanova (luego NGC Banco, S.A. y ahora Abanca) un contrato de préstamo hipotecario, con un interés fijo durante el primer año del 3,95%, y para los años siguientes el Euribor a un año más un diferencial del 0,60%. El contrato contenía una cláusula suelo y una cláusula techo, en la letra e) del pacto 3 bis, del siguiente tenor literal:

«No obstante la variación pactada, el tipo de interés nominal aplicable no podrá ser inferior al tres con noventa y cinco céntimos por ciento (3,95%), ni superior al quince por ciento (15%)».

2. \_\_\_\_\_ y \_\_\_\_\_, y \_\_\_\_\_ y \_\_\_\_\_ presentaron conjuntamente una demanda en la que pedían la nulidad de la cláusula tercera bis de ambos contratos de préstamo hipotecario, que contenían la denominada cláusula

suelo. En lo que ahora interesa, se adujo como razón de la nulidad el carácter abusivo de esta cláusula, conforme a los arts. 80 y ss. TRLGDCU.

Además de la declaración de nulidad, pedían la condena de NCG Banco, S.A. a devolver las cantidades que hasta ese momento los demandantes habían pagado de más, como consecuencia de la aplicación de esta cláusula y de la bajada del tipo de referencia por debajo del suelo. También pedían la devolución de las cantidades que después de la demanda se pagaran en exceso por aplicación de la cláusula suelo. Y la condena al pago de los intereses legales que cada una de las cantidades indebidamente cobradas hubieran devengado.

El banco demandado excepcionó en primer lugar litispendencia respecto de un procedimiento en el que se habían ejercitado, entre otras acciones, una colectiva que afectaba al demandado, y que se tramitaba en un juzgado de lo mercantil de Madrid. Esta excepción, en la medida en que fue desestimada en primera instancia, y esta desestimación se confirmó en apelación, al no haber sido objeto ahora de recurso extraordinario, ha quedado resuelta definitivamente.

**3.** El juzgado resolvió el 12 de noviembre de 2012, por lo tanto antes de que esta sala hubiera dictado la sentencia 241/2013, de 9 de mayo.

Respecto del fondo del asunto, el juzgado apreció el carácter abusivo de la cláusula, en atención a la falta de reciprocidad, pues la limitación al alza era «totalmente desproporcionada, no existiendo equivalencia económica entre las obligaciones que asume cada parte». Apreciada la nulidad de las cláusulas, la sentencia de primera instancia entendió que se debían tener por no puestas, y por ello estimó las pretensiones restitutorias contenidas en la demanda, incluido el pago del interés legal.

**4.** En su recurso de apelación, el Banco, además de impugnar la desestimación de la excepción de litispendencia, impugnó la estimación de la demanda, con todos los pronunciamientos consiguientes. Pero el recurso centró las razones de la apelación en negar el carácter de condición general



de la contratación de las reseñadas cláusulas, que ahora no se discute, y que la cláusula suelo convenida fuera abusiva de acuerdo con los arts. 82 y ss. TRLGDCU.

**5.** La sentencia de apelación fue dictada el 14 de abril de 2014, y por ello con posterioridad a que esta sala hubiera dictado la sentencia 241/2013, de 9 de mayo.

La Audiencia, respecto del fondo del asunto, desestima el recurso al confirmar que las cláusulas controvertidas tenían la consideración de condiciones generales de la contratación y que, de acuerdo con la jurisprudencia contenida en las sentencias del Tribunal Supremo 406/2012, de 18 de junio y 241/2013, de 9 de mayo, no pasaban el control de transparencia. Al respecto, conviene resaltar el siguiente razonamiento:

«El fundamento decimotercero de la sentencia de 9 de mayo concluye que las cláusulas que analiza no cumplen los requisitos de transparencia porque falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato; se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas; no existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar; no hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad -caso de existir- o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas. Pues bien, el análisis de las cláusulas cuya nulidad se pretende no superan los filtros de transparencia que se derivan de las anteriores premisas. Pudiera, no obstante, admitirse que se muestra claramente como un elemento esencial del contrato al estar incluidas en el apartado de tipo de interés/cálculo del tipo de interés, pero desde luego se acompaña a modo de contraprestación de la cláusula techo y no se ha acreditado la realidad de muestra de escenarios de simulación o contraste con otros productos financieros de igual objeto que permitieran al cliente formarse una clara imagen de los escenarios que podrían presidir las consecuencias contractuales.

[...]

»Por tanto, configurada la cláusula suelo como un elemento definitorio del objeto del contrato al integrar el precio de la contraprestación de la prestamista, no es posible entrar en el control de su abusividad si bien, y conforme a lo razonado, este

pronunciamiento carece de eficacia a los efectos pretendidos por la demandada habida cuenta la declaración de nulidad de la cláusula por no superar el filtro de transparencia en los términos indicados».

**6.** Conviene advertir, en atención a lo que ahora es objeto de recurso, que la sentencia de apelación fue objeto de una solicitud de complemento por NCG Banco S.A. A juicio de la demandada apelante, la sentencia de apelación había omitido un pronunciamiento sobre la procedencia de la restitución de intereses acordada en la sentencia de primera instancia.

La Audiencia denegó la solicitud de complemento, pues esta cuestión no había sido planteada en el recurso de apelación, por lo que era ajena al debate en apelación. E invocó el art. 456.5 LEC, según el cual la sentencia de apelación debe pronunciarse exclusivamente sobre los puntos y cuestiones planteados en el recurso y, en su caso, en los escritos de oposición e impugnación a que se refiere el art. 461 LEC.

**7.** Frente a la sentencia de apelación, NCG Banco, S.A. ha interpuesto recurso extraordinario por infracción procesal, sobre la base de dos motivos, y recurso de casación articulado en dos motivos. Los motivos de casación se centran en: el primero, la infracción del art. 82 LGDCU por entender que las cláusulas suelo enjuiciadas no son abusivas; y el segundo, la infracción del art. 1303 CC respecto de los efectos de la declaración de la cláusula abusiva.

Con posterioridad a la interposición de estos dos recursos extraordinarios, el Tribunal de Justicia de la UE dictó su sentencia de 21 de diciembre de 2016 (caso Gutiérrez Naranjo). A la vista de esta sentencia, esta sala concedió un trámite a las partes para que pudieran formular las alegaciones que entendieran procedentes.

Abanca (la anterior NCG Banco, S.A.) advierte en su escrito que la doctrina del Tribunal de Justicia sobre el efecto retroactivo de la nulidad de las cláusulas abusivas, en este caso cláusulas suelo, no se proyecta sobre las situaciones resueltas mediante una resolución con efecto de cosa

juzgada ni sobre pretensiones prescritas con arreglo a un plazo razonable. Por eso solicita, con carácter principal, que se aprecie la cosa juzgada de la sentencia 241/2013, de 9 de mayo, respecto de este procedimiento, y que se acuerde su sobreseimiento; y, con carácter subsidiario, para el caso en que se condene al recurrente a la restitución de las cantidades abonadas, se excluya el pago de los intereses legales en atención a su buena fe.

La primera petición de este último escrito de alegaciones, en cuanto interesa el sobreseimiento del procedimiento, será analizada con carácter previo a los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación. La segunda petición guarda relación con el segundo motivo de casación y será analizada, en su caso, al resolver ese motivo.

**SEGUNDO.** *Cosa juzgada respecto de la sentencia 241/2013, de 9 de mayo*

1. En el escrito de alegaciones sobre los efectos de la citada STJUE de 21 de diciembre de 2016 (caso Gutiérrez Naranjo), Abanca solicita que se aprecie de oficio la eficacia de cosa juzgada que la sentencia 241/2013, de 9 de mayo, genera respecto del presente pleito y que se acuerde su sobreseimiento.

2. Procede desestimar esta pretensión de sobreseimiento del procedimiento por dos razones. La primera, porque conforme a la jurisprudencia no existe el pretendido efecto de cosa juzgada material. La segunda, porque en el momento en el que nos encontramos, cuando ha sido interpuesto recurso de casación y recurso extraordinario por infracción procesal por el banco predisponente de la cláusula, la invocación por el recurrente de la eficacia de cosa juzgada material en sentido negativo constituye una cuestión nueva, que tal y como ha sido planteada no está justificada por la doctrina contenida en la STJUE de 21 de diciembre de 2016. Podría haber estado justificada, en su caso, la invocación de la eficacia de cosa juzgada material para limitar los efectos de devolución de cantidades cobradas en aplicación de las cláusulas declarada nulas, sin perjuicio de que tal pretensión hubiera sido desestimada por la inexistencia de eficacia cosa juzgada material.

3. Además, esta cuestión la hemos analizado recientemente en la sentencia 123/2017, de 24 de febrero, en la que justificamos por qué de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (contenida en la STJUE de 14 de abril de 2016), la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (contenida en la STC 148/2016, de 19 de septiembre, y otras posteriores) y la jurisprudencia de esta misma Sala Primera del Tribunal Supremo (sentencia 375/2010, de 17 de junio), entre las acciones colectivas y acciones individuales no existe identidad objetiva, puesto que tienen objetos y efectos jurídicos diferentes, y por ello no cabe apreciar el efecto de cosa juzgada material:

«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».

### **TERCERO.** Recurso extraordinario por infracción procesal

1. *Formulación de los motivos primero y segundo.* El motivo primero se formula al amparo del ordinal 2º del art. 469.1 LEC, por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia y, en particular, por infracción del deber de congruencia (art. 218 LEC).

El banco recurrente entiende que «la sentencia debió pronunciarse sobre los efectos de la nulidad de las cláusulas suelo impugnadas, NCG impugnó en su recurso de apelación todos los pronunciamientos de la sentencia de primera instancia y solicitó su íntegra revocación y la íntegra desestimación de la demanda, sin que en modo alguno pueda considerarse que consintió o no impugnó la condena a la restitución de cantidades».

Luego, razona que «el hecho de que en su recurso de apelación NCG fundara la impugnación de este pronunciamiento de condena únicamente en la falta de abusividad de las cláusulas suelo impugnadas y en su plena validez y eficacia no cambia las cosas», por dos razones:

i) en primer lugar, porque «el deber de congruencia en la apelación exigía a la Audiencia Provincial -según la jurisprudencia...- pronunciarse

sobre todas las cuestiones que fueron objeto de la primera instancia, y ello porque mi mandante solicitó en la apelación la íntegra revocación de la sentencia de primera instancia y la íntegra desestimación de la demanda».

y ii) en segundo lugar, porque la restitución de cantidades solicitada en la demanda y estimada en la sentencia de primera instancia «se justificó únicamente en la consideración de que este era el efecto propio de la declaración de nulidad por abusividad de las cláusulas suelo impugnadas». Si el recurso de apelación se limitó a rechazar todas las pretensiones de la demanda sobre la base de la falta de abusividad de las cláusulas y no se incluyó un argumento subsidiario específicamente destinado a solicitar la revocación del pronunciamiento de condena a restituir las cantidades cobradas en aplicación de las cláusulas declaradas nulas fue porque sobre esta cuestión el pleno del Tribunal Supremo todavía no se había pronunciado.

El *motivo segundo* se ampara en el ordinal 3º del art. 469.1 LEC, por infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso, que ha ocasionado indefensión al banco recurrente. Esta infracción se habría producido porque «la sentencia recurrida ha descartado la posibilidad de determinar los efectos de la nulidad de las cláusulas suelo impugnadas porque esta cuestión no habría sido planteada como motivo de impugnación en el recurso de apelación de NCG y, por ello, ha infringido el art. 465.5 de la LEC, causando indefensión a mi representada (art. 24 de la Constitución)».

Procede desestimar ambos motivos por las razones que exponemos a continuación.

**2. Desestimación de los motivos primero y segundo.** Antes de analizar los dos motivos de forma conjunta, debemos reiterar algo que el propio recurrente reconoce.

En su recurso de apelación, el banco impugnó todos los pronunciamientos de la sentencia de primera instancia, que había estimado

todos los pedimentos de la demanda, y en concreto no sólo la declaración de nulidad de las cláusulas suelo por ser abusivas, sino también, como consecuencia de esta declaración, la condena a la devolución de las cantidades indebidamente cobrados en aplicación de la cláusula nula, más los intereses. Pero con el matiz de que las razones aducidas en el escrito de apelación se referían exclusivamente a combatir la declaración de nulidad de las cláusulas, pues si se estimaba que las cláusulas no eran nulas, entonces decaía también la condena a la devolución de cantidades cobradas en aplicación de la cláusula.

Desde esta perspectiva, y en estos términos, no se puede decir que esta condena a devolver cantidades no fuera impugnada.

Pero lo anterior no supone que, en los términos en que fue formulado el recurso de apelación, la sentencia de apelación incurra en incongruencia omisiva cuando desestima las razones aducidas por el apelante sobre la validez de las cláusulas y no se cuestiona la improcedencia de los efectos de la nulidad de las cláusulas, respecto de lo que no existía ningún razonamiento específico en el recurso de apelación más allá de la validez de las cláusulas.

En realidad, el tribunal, además de analizar las razones esgrimidas en el recurso de apelación sobre la validez de las cláusulas controvertidas y de reiterar su nulidad, no deja de pronunciarse sobre la procedencia de los efectos de la nulidad acordados en la sentencia apelada, al confirmarlos. De tal forma que la Audiencia, al desestimar la petición de revocación de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo y con ello de la condena a restituir las cantidades cobradas en aplicación de dichas cláusulas, no sólo no incurre en incongruencia omisiva, sino que atiende a lo previsto en el art. 465.5 LEC, cuando prescribe que «el auto o sentencia que se dicte en apelación deberá pronunciarse exclusivamente sobre los puntos y cuestiones planteados en el recurso y, en su caso, en los escritos de oposición o impugnación a que se refiere el artículo 461».

En este sentido nos hemos pronunciado en casos parecidos, por ejemplo en la sentencia 63/2015, de 24 de febrero:

«En cuanto a la omisión denunciada en el motivo segundo, la sentencia de apelación no deja de pronunciarse sobre la impugnación que el recurso de apelación (...) hace de la totalidad de las pretensiones ejercitadas en la demanda y estimadas por la sentencia de primera instancia, en concreto las indemnizatorias, sin perjuicio de que en su argumentación atiende únicamente a resolver las concretas objeciones planteadas al respecto en el recurso de apelación. (...) El hecho de no revisar de oficio la procedencia del resto de operaciones de determinación de la indemnización, cuando no existían objeciones concretas respecto de las operaciones seguidas por el juez de primera instancia en el recurso de apelación (...), no supone ningún vicio de incongruencia omisiva, sino atender a lo previsto en el art. 465.5 LEC».

#### **CUARTO.** *Motivo primero de casación*

**1. Formulación del motivo.** El motivo denuncia «la infracción de los arts. 8.2 LCGC y 82.1 LCU, en relación con el enjuiciamiento y apreciación de la abusividad por falta de transparencia de las cláusulas suelo impugnadas», y cita como infringida la jurisprudencia contenida en la sentencia 241/2013, de 9 de mayo.

El recurrente razona que la sentencia recurrida, al haber apreciado que las cláusulas suelo impugnadas son abusivas «por no superar el filtro de transparencia en los términos indicados» (FD 5º, in fine, pág. 22), desconoce la jurisprudencia establecida por la sentencia 241/2013, según la cual «la falta de transparencia no supone necesariamente que sean desequilibradas y que el desequilibrio sea importante en perjuicio del consumidor» (apartados 229 y 250). Esto es, desconoce que la apreciación de la falta de transparencia de una cláusula suelo no «conlleva su nulidad» directamente. Es necesario que las cláusulas, en contra de las exigencias de la buena fe, causen un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes, lo que extrae del apartado 233 de la sentencia 241/2013.

Para el recurrente, la sentencia 241/2013 sitúa la clave de bóveda del desequilibrio contrario a las exigencias de la buena fe en el ámbito de las

cláusulas suelo en dos extremos: i) la distribución de información acerca de la previsibilidad o predictibilidad de la oscilación a la baja del tipo de interés; y ii) la frustración de las expectativas del consumidor de beneficiarse de esa oscilación a la baja o minoración del tipo de interés variable.

De tal forma que, para el recurrente, en el ámbito de las cláusulas suelo, se produce el desequilibrio contrario a las exigencias de la buena fe si se cumplen dos condiciones: que el banco no facilite información al consumidor acerca del comportamiento previsible del índice de referencia y utilice esa información para fijar un tipo mínimo exclusivamente orientado a cubrir sus riesgos en la oscilación a la baja de ese tipo; que se frustren las expectativas del consumidor en el abaratamiento de su crédito como consecuencia de la minoración del tipo de interés pactado como «variable», en el sentido de que el consumidor que pacta un contrato de préstamo hipotecario a interés variable adquiere unas legítimas expectativas de que se beneficiará de la eventual minoración del tipo de interés y, por ello, cuando no obstante haber pactado ese «interés variable», no se beneficia de esa minoración, se frustran esas expectativas.

El recurrente entiende que no existe desequilibrio contrario a las exigencias de la buena fe en las cláusulas impugnadas porque «no se ha acreditado que NCG Banco tuviera en 2006 y 2007 información acerca de la predictibilidad de la oscilación a la baja ni que se hayan frustrado las expectativas del consumidor de beneficiarse de esa oscilación a la baja».

**2. Desestimación del motivo.** Es cierto que la sentencia 241/2013, de 9 de mayo, aplicó el control de transparencia sobre unas cláusulas suelo, expresamente afirmó que «la falta de transparencia no supone necesariamente que sean desequilibradas y que el desequilibrio sea importante en perjuicio del consumidor». Y que en aquel caso entendió que sí lo eran con arreglo al siguiente razonamiento:

«[...] Si bien el futuro a medio/largo plazo resulta imprevisible –de ahí la utilidad de las cláusulas techo incluso muy elevadas-, en la realidad los riesgos de oscilación del tipo mínimo de referencia –único que ha de ser objeto de examen-, en los términos contenidos



en las cláusulas transcritas en los apartados 3 a 5 del primer antecedente de hecho de esta sentencia, dan cobertura exclusivamente a los riesgos que para la entidad crediticia pudieran tener las oscilaciones a la baja y frustran las expectativas del consumidor de abaratamiento del crédito como consecuencia de la minoración del tipo de interés pactado como “variable”. Al entrar en juego una cláusula suelo previsible para el empresario, convierte el tipo nominalmente variable al alza y a la baja, en fijo variable exclusivamente al alza. [...]» (FJ decimoquinto).

En realidad, la cuestión suscitada ahora en el primer motivo de casación ha sido ya resuelta por este tribunal en sentencias posteriores a la fecha de interposición del presente recurso (sentencias 138/2015, de 24 de marzo y 222/2015, de 29 de abril).

En la sentencia 138/2015, de 24 de marzo, salimos al paso de la crítica de que el «juicio de abusividad queda diluido en el juicio de transparencia, de modo que toda cláusula suelo no transparente es abusiva». Argumentamos que no era así por las siguientes razones:

«La sentencia núm. 241/2013 afirma que “la falta de transparencia no supone necesariamente que sean desequilibradas” (apartado 250). Tal afirmación se explica porque esa falta de transparencia puede ser, excepcionalmente, inocua para el adherente, pues pese a no poder hacerse una idea cabal de la trascendencia que determinadas previsiones contractuales pueden provocar sobre su posición económica o jurídica en el contrato, las mismas no tienen efectos negativos para el adherente.

Pero no es ese el supuesto de las llamadas “cláusulas suelo”. La falta de transparencia en el caso de este tipo de condiciones generales provoca un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, objetivamente incompatible con las exigencias de la buena fe, consistente en la imposibilidad de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener el préstamo con “cláusula suelo” en el caso de bajada del índice de referencia, lo que priva al consumidor de la posibilidad de comparar correctamente entre las diferentes ofertas existentes en el mercado. [...]» (FJ séptimo)

No negamos que, con carácter general, la nulidad de una cláusula como consecuencia de la falta de transparencia requiera que dicha cláusula provoque «un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, objetivamente incompatible con las exigencias de la buena fe», pues pudiera ser que la falta de transparencia fuera inocua para el adherente. Esto es,

cabría que el adherente no pudiera hacerse una idea cabal de la trascendencia de determinadas previsiones contractuales sobre su posición económica o jurídica en el contrato, pero estas previsiones no tuvieran efectos negativos para él.

Pero en el caso de las cláusulas suelo, por su contenido, hemos entendido que la falta de transparencia provoca «un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, objetivamente incompatible con las exigencias de la buena fe», pues le impide representarse las consecuencias de la cláusula suelo en el préstamo a interés variable contratado y le priva de la posibilidad de comparar lo realmente contratado con otras ofertas existentes en el mercado.

Como apostillamos en la sentencia 222/2015, de 29 de abril, «estas condiciones generales pueden ser declaradas abusivas si el defecto de transparencia provoca subrepticamente una alteración no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación».

Y en este sentido afirmamos en la sentencia 171/2017, de 9 de marzo, que «el control de transparencia a la postre supone la valoración de cómo una cláusula contractual ha podido afectar al precio y a su relación con la contraprestación de una manera que pase inadvertida al consumidor en el momento de prestar su consentimiento, alterando de este modo el acuerdo económico que creía haber alcanzado con el empresario, a partir de la información que aquel le proporcionó».

**3.** Esta doctrina se acomoda a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia contenida en la reciente STJUE de 26 de enero de 2017 (Banco Primus).

En un supuesto en que la cláusula controvertida se refiere al cálculo de los intereses ordinarios de un contrato de préstamo, y el juez nacional estima «que, pese a estar comprendida en el ámbito de aplicación del

artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, esa cláusula no estaba redactada de manera clara y comprensible en el sentido de dicha disposición», el Tribunal de Justicia razona en el apartado 64:

«En estas circunstancias, como señaló el Abogado General en el punto 61 de sus conclusiones, incumbe al órgano jurisdiccional remitente examinar el carácter abusivo de dicha cláusula y, en particular, si ésta causa, en detrimento del consumidor de que se trate, un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato a la luz de las consideraciones expuestas en los apartados 58 a 61 de la presente sentencia [...]».

Al respecto, el apartado 59 ilustra, con carácter general, cómo puede determinarse si una cláusula causa en detrimento del consumidor un «desequilibrio importante» entre derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato:

«deben tenerse en cuenta, en particular, las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido. Mediante un análisis comparativo de ese tipo, el juez nacional podrá valorar si -y, en su caso, en qué medida- el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente. Asimismo, resulta pertinente a estos efectos examinar la situación jurídica en que se encuentra ese consumidor a la vista de los medios de que dispone con arreglo a la normativa nacional para que cese el uso de cláusulas abusivas (sentencia de 14 de marzo de 2013, Aziz, C-415/11, EU:C:2013:164, apartado 68)».

El apartado 60 precisa en qué circunstancias se causa ese desequilibrio «contrariamente a las exigencias de la buena fe»:

«habida cuenta del decimosexto considerando de la Directiva 93/13, el juez nacional debe comprobar a tal efecto si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual (sentencia de 14 de marzo de 2013, Aziz, C-415/11, EU:C:2013:164, apartado 69).

Y, conforme al apartado 61, en la apreciación del carácter abusivo de una cláusula contractual debe tenerse en cuenta «la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato» y «todas las circunstancias que concurran en su celebración» (sentencias de 4 de junio de 2009,

Pannon GSM, C-243/08, EU:C:2009:350, apartado 39, y de 9 de noviembre de 2010, VB Pénzügyi Lízing, C-137/08, EU:C:2010:659, apartado 42). De ello se desprende que, en esta perspectiva, deben apreciarse también las consecuencias que dicha cláusula puede tener en el marco del Derecho aplicable al contrato, lo que implica un examen del sistema jurídico nacional (sentencia de 14 de marzo de 2013, Aziz, C-415/11, EU:C:2013:164, apartados 71 y jurisprudencia citada)».

Nuestra jurisprudencia se acomoda a esta doctrina del TJUE porque partimos de la base de que «la falta de transparencia no supone necesariamente que sean desequilibradas y que el desequilibrio sea importante en perjuicio del consumidor» (sentencia 241/2013, de 9 de mayo); y, consiguientemente, entendemos que «esa falta de transparencia puede ser, excepcionalmente, inocua para el adherente, pues pese a no poder hacerse una idea cabal de la trascendencia que determinadas previsiones contractuales pueden provocar sobre su posición económica o jurídica en el contrato, las mismas no tienen efectos negativos para el adherente» (sentencia 138/2015, de 24 de marzo).

No es incompatible con lo anterior que, a renglón seguido, a la vista del contenido de la cláusula («suelo») y del contrato en el que está incorporada (préstamo hipotecario a largo plazo de interés variable), hayamos considerado que «la falta de transparencia en el caso de este tipo de condiciones generales provoca un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, objetivamente incompatible con las exigencias de la buena fe, consistente en la imposibilidad de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener el préstamo con “cláusula suelo” en el caso de bajada del índice de referencia, lo que priva al consumidor de la posibilidad de comparar correctamente entre las diferentes ofertas existentes en el mercado» (sentencia 138/2015, de 24 de marzo). Esta valoración, en principio, resulta aplicable a cualquier cláusula suelo que no pase el control de transparencia.

4. A la hora de aplicar los criterios contenidos en la STJUE de Banco Primus, conviene advertir que, en un caso como el presente, en que la cláusula afectada por la falta de transparencia es la que fija un suelo en un préstamo convenido a interés variable, «el desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, objetivamente incompatible con las exigencias de la buena fe», no puede referirse al equilibrio objetivo entre precio y prestación, que escapa al control judicial.

Como afirmamos en la sentencia 222/2015, de 29 de abril, ha de venir referido «al equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación». Más bien consiste en que impide al consumidor representarse el impacto económico que le supondrá el préstamo con «cláusula suelo» en el caso de bajada del índice de referencia, lo que le priva de la posibilidad de comparar correctamente entre las diferentes ofertas existentes en el mercado.

Por otra parte, el juicio sobre la incompatibilidad con las exigencias de la buena fe no se centra en que la entidad financiera que introdujo la cláusula suelo tuviera o no previsiones muy certeras acerca de la evolución a la baja de los tipos de interés, sino en si «podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual», como recuerda el TJUE en Banco Primus (ap. 60), con cita de Aziz (ap. 69).

Esta valoración habría de realizarse por el tribunal fijándose, como advertíamos, no en el equilibrio objetivo sino en el subjetivo entre precio y prestación, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación. Es difícil que, a la vista del contenido de la cláusula suelo, que comporta para el consumidor que no pueda beneficiarse de la bajada de los tipos una vez alcanzado el suelo, le hubiera resultado indiferente su inclusión en el contrato si hubiera existido una negociación individual.

Aunque una cláusula suelo como la pactada, en el momento en que se pactó, no frustrase totalmente la expectativa que podía generarse al consumidor que contrata este préstamo hipotecario a interés variable, sin ser consciente de las implicaciones de la cláusula suelo, pues obviamente se ha podido beneficiar algo de la bajada de tipos hasta el suelo introducido en el contrato, sí que se frustra en parte, respecto de la bajada de los tipos por debajo del suelo.

**QUINTO.** *Motivo segundo de casación*

**1. Formulación del motivo segundo.** El motivo se plantea de forma subsidiaria, para el caso en que no sea admitido el anterior. Se funda en la infracción del art. 1303 CC en relación con el art. 9.3 CE y 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.

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

**2. Desestimación del motivo segundo.** Procede desestimar este motivo, en primer lugar, porque esta cuestión quedó resuelta en primera instancia, en la medida en que, como hemos expuesto al resolver el recurso extraordinario por infracción procesal, la apelación se centró exclusivamente en combatir la declaración de nulidad de las cláusulas, y quedó fuera de discusión el alcance retroactivo de la nulidad de la cláusula.

Además, la controversia acerca de los efectos retroactivos de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo ha quedado resuelta por la sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de diciembre de 2016 (caso Gutiérrez Naranjo), que ha determinado un cambio en la jurisprudencia de esta sala, a partir de la sentencia 123/2017, de 24 de febrero:

«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.

De acuerdo con esta doctrina, la decisión de la sentencia recurrida de confirmar el criterio del juez de primera instancia que, una vez declarada la nulidad de las dos cláusulas suelo por su carácter abusivo, condenó a devolver las cantidades que se habían cobrado indebidamente en aplicación de dicha cláusula suelo, es correcta. Razón por la cual debe desestimarse el recurso.

**3.** Como hicimos en la sentencia 123/2017, de 24 de febrero, en la que, aprovechando el trámite de audiencia, la entidad financiera también formuló una pretensión equivalente a la que Abanca interesa en su escrito de alegaciones sobre los efectos de la citada STJUE de 21 de diciembre de 2016 (caso Gutiérrez Naranjo), relativa a los intereses devengados por las cantidades que han de devolverse, dicha pretensión debe ser desestimada, y por los mismos argumentos:

«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 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**

Desestimados los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, procede imponer a la parte recurrente (NCG Banco, S.A., en la actualidad Abanca) las costas generadas con ambos recursos (art. 398.1 LEC).

### **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 extraordinario por infracción procesal interpuesto por NCG Banco, S.A. (en la actualidad Abanca) contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense (sección 1ª) de 14 de abril de 2014 (rollo 56/2013), que conoció de la apelación de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Ourense de 12 de noviembre de 2012 (juicio ordinario 292/2012), con imposición de las costas del recurso al recurrente.

**2.º-** Desestimar el recurso de casación interpuesto por NCG Banco, S.A. (en la actualidad Abanca) contra la reseñada sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense (sección 1ª) de 14 de abril de 2014 (rollo 56/2013), con imposición de las costas del recurso al recurrente.



Y líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

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

Así se acuerda y firma.