



Roj: **SAP O 169/2015 - ECLI: ES:APO:2015:169**

Id Cendoj: **33044370052015100018**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Oviedo**

Sección: **5**

Fecha: **26/01/2015**

Nº de Recurso: **462/2014**

Nº de Resolución: **19/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE MARIA ALVAREZ SEIJO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5**

### **OVIEDO**

#### **SENTENCIA: 00019/2015**

Rollo: RECURSO DE APELACION (LECN) 0000462 / 2014

Ilmos. Sres. Magistrados:

DON **JOSÉ MARÍA ÁLVAREZ SEIJO**

DOÑA **MARÍA JOSÉ PUEYO MATEO**

DON **JOSÉ LUIS CASERO ALONSO**

En OVIEDO, a veintiséis de enero de dos mil quince.

VISTOS, en grado de apelación, por la Sección Quinta de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Procedimiento Ordinario nº 331/14, procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Oviedo, Rollo de Apelación nº**462/14** , entre partes, como apelante y demandada **BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A.** , representada por el Procurador Don Salvador Suárez Saro y bajo la dirección del Letrado Don Juan Barthe Marco y como apelada y demandante **SOTORRIO HERNÁNDEZ, S.L.** , representada por el Procurador Don Antonio Sastre Quirós y bajo la dirección del Letrado Don Alberto Zurrón Rodríguez.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Se aceptan los antecedentes de hecho de la Sentencia apelada.

**SEGUNDO.-** El Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Oviedo dictó Sentencia en los autos referidos con fecha tres de noviembre de dos mil catorce, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: Estimo la demanda formulada por el Procurador de los Tribunales Sr. Sastre Quirós, en nombre y representación de "Sotorrio Hernández, S.L", frente a la entidad "Banco Popular Español, S.A" y:

1.- Declaro la nulidad de la "cláusula suelo" contenida en la estipulación tercera bis, apartado 4º, del préstamo hipotecario suscrito por los litigantes en escrituras pública de 28 de febrero de 2.008.

2.- Condeno a la entidad demandada a reintegrar a la actora las cantidades percibidas de más como consecuencia de la aplicación de la cláusula suelo declarada nula, con los intereses devengados desde la fecha de cada cobro periódico.

Sin imposición de costas. "

**TERCERO.-** Notificada la anterior Sentencia a las partes, se interpuso recurso de apelación por Banco Popular Español, S.A., y previos los traslados ordenados en el art. 461 de la L.E.C ., se remitieron los autos a esta Audiencia Provincial con las alegaciones escritas de las partes, no habiendo estimado necesario la celebración de vista.



**CUARTO.-** En la tramitación del presente Recurso se han observado las prescripciones legales.

VISTOS, siendo Ponente el Ilmo. Sr. DON **JOSÉ MARÍA ÁLVAREZ SEIJO**.

## FUNDAMENTOS JURIDICOS

**PRIMERO.-** La parte apelante, Banco Popular Español, S.A., articula su recurso en los motivos siguientes: En primer lugar, indebida aplicación de la normativa señalada en las Condiciones Generales, al no concurrir en la actora la condición de consumidor; en segundo lugar, indebida aplicación de la normativa sobre abusividad de la Ley de Consumidores y Usuarios, habida cuenta del carácter transparente de la cláusula suelo y su redacción; en tercer lugar, falta de aplicación de la eficacia no retroactiva de la nulidad de la cláusula suelo y, en su caso, de la generación de intereses a partir de la sentencia. Finalmente, señaló que, en cualquier caso, no debería proceder la condena en costas.

En cuanto a la primera cuestión, señala la recurrente que la entidad demandante es una sociedad mercantil con ánimo de lucro y, en el presente caso, el préstamo fue destinado a la adquisición de una vivienda por dicha sociedad destinada a uno de sus administradores, por lo que en ningún momento la actuación de aquélla podría considerarse a título particular, por más que lo fuera para satisfacer las necesidades personales de aquél.

La Sra. Juez de instancia consideró que la mercantil en cuestión había actuado con un propósito ajeno a su actividad empresarial o profesional, por lo que, conforme al art. 3 del R.D. Legislativo 1/07, ostentaría la condición de consumidor.

La Sala comparte dicho criterio, pues lo cierto es que la vivienda fue adquirida para satisfacción del uso personal de uno de sus administradores, y no para incorporarla a su actividad mercantil, a lo que añade la apelada que en ningún momento la demandada y hoy recurrente hizo objeción a la aplicación de la normativa del consumo invocada en la demanda al contestar la misma, ni en la audiencia previa, es más, aludió de forma reiterada a la jurisprudencia en dicha materia.

**SEGUNDO.-** En lo que se refiere a la transparencia de la cláusula suelo y su control, este punto ya fue examinado de una manera impecable por la Sra Juez de instancia.

Por abundar en ello, puede traerse a colación el auto reciente dictado por este Tribunal en fecha 16-12-2.014 , con cita del auto de 9 de mayo de 2.014 de la AP de Barcelona, Sección decimocuarta , en la que se declara: *"En nuestra normativa interna, las condiciones generales pueden ser objeto de control por la vía de su incorporación al contrato a tenor de lo dispuesto en los artículos 5.5 LCGC (RCL 1.998, 960) -"[la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez" -, y 7 LCGC -"[no quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato [...]; b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles [...]" -*

La detallada regulación del proceso de concesión de préstamos hipotecarios a los consumidores contenida en la OM de 5 de mayo de 1.994, que regula el proceso de constitución de las hipotecas en garantía de préstamos hipotecarios a los consumidores, que, en lo que aquí interesa y de forma sintética, comienza por la entrega al solicitante de un folleto informativo, sigue con una oferta vinculante que incluya las condiciones financieras (entre ellas, en su caso, tipo de interés variable y límites a la variación del tipo de interés), posible examen de la escritura pública por el prestatario durante los tres días anteriores al otorgamiento y, por último, se formaliza el préstamo en escritura pública, estando obligado el Notario a informar a las partes y a advertir sobre las circunstancias del interés variable, y especialmente si las limitaciones a la variación del tipo de interés no son semejantes al alza y a la baja), garantiza razonablemente la observancia de los requisitos exigidos por el art. 7 de la LCGC para la incorporación de las cláusulas de determinación de los intereses y sus oscilaciones en función de las variaciones del euribor, lo que en definitiva supone el cumplimiento del control o filtro de inclusión.

Ahora bien, cuando las condiciones generales estén incluidas en contratos con consumidores es necesario además que superen el control de transparencia. Como señala el artículo 80.1 TRLCU " En los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente [...], aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos: a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa [...]; b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido " .

Lo que permite concluir que, además del filtro de incorporación, conforme a la Directiva 93/13/CEE y a lo declarado por la STS 406/2.012, de 18 de junio (RJ 2.012, 8.857), el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código



Civil (LEG 1.889, 27) del "error propio" o "error vicio", cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo.

Es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato. No pueden estar enmascaradas entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que, en definitiva, dificultan su identificación y proyectan sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro. Máxime en aquellos casos en los que los matices que introducen en el objeto percibido por el consumidor como principal puede verse alterado de forma relevante.

En resumen: a) Que el cumplimiento de los requisitos de transparencia de la cláusula aisladamente considerada, exigidos por la LCGC para la incorporación a los contratos de condiciones generales, es insuficiente para eludir el control de abusividad de una cláusula no negociada individualmente, aunque describa o se refiera a la definición del objeto principal del contrato, si no es transparente; b) Que la transparencia de las cláusulas no negociadas, en contratos suscritos con consumidores, incluye el control de comprensibilidad real de " su importancia en el desarrollo razonable del contrato " .

Concluía el TS en un supuesto similar al de autos, en el que se examinaba la cláusula suelo techo (si bien la acción ejercitada es una acción colectiva de cesación), que las cláusulas analizadas superan el control de transparencia a efectos de su inclusión como condición general en los contratos, pero no el de claridad exigible en las cláusulas -generales o particulares- de los suscritos con consumidores.

Así, declara el TS que " pese a incluirse en contratos ofertados como préstamos a interés variable, de hecho, de forma razonablemente previsible para el empresario y sorprendente para el consumidor, les convierte en préstamos a interés mínimo fijo del que difícilmente se benefician de las bajadas del tipo de referencia (apartado 217 de dicha sentencia). Y se añade (apartado 218): "La oferta como interés variable, no completada con una información adecuada, incluso cuando su ubicación permite percatarse de su importancia, se revela así engañosa y apta para desplazar el foco de atención del consumidor sobre elementos secundarios que dificultan la comparación de ofertas. El diferencial del tipo de referencia, que en la vida real del contrato con cláusula suelo previsiblemente carecerá de transcendencia, es susceptible de influir de forma relevante en el comportamiento económico del consumidor". "Máxime en aquellos supuestos en los que se desvía la atención del consumidor y se obstaculiza el análisis del impacto de la cláusula suelo en el contrato mediante la oferta conjunta, a modo de contraprestación, de las cláusulas suelo y de las cláusulas techo o tipo máximo de interés, que pueden servir de señuelo" (apartado 219). Y a modo de conclusión se dice que "las cláusulas analizadas superan el control de transparencia a efectos de su inclusión como condición general en los contratos, pero no el de claridad exigible en las cláusulas - generales o particulares- de los suscritos con consumidores (apartado 223). "Lo elevado del suelo hacía previsible para el prestamista que las oscilaciones a la baja del índice de referencia no repercutirían de forma sensible en el coste del préstamo...de forma que el contrato de préstamo, teóricamente a interés variable, se convierte en préstamo a interés fijo variable exclusivamente al alza (apdo. 224).

Y para determinar que las cláusulas analizadas no son transparentes enumera una serie de parámetros a tener en cuenta (parágrafo 225):

"a) Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.

b) Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas.

c) No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar.

d) 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.

e) En el caso de las utilizadas por el BBVA, se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor".

Finalmente, para que una cláusula no negociada sea abusiva es necesario que sea contraria a la buena fe y suponga un desequilibrio importante en perjuicio del consumidor.



Por tanto, la cláusula suelo será abusiva cuando suponga un desequilibrio abstracto en el reparto de riesgos. Como ocurre en el supuesto examinado.

Así lo dispone expresamente la sentencia de pleno referida: "263. Partiendo de lo expuesto, teniendo en cuenta la naturaleza de los contratos en los que se imponen las cláusulas impugnadas -contratos de préstamos hipotecarios a interés variable-, para valorar el equilibrio de las cláusulas suelo carentes de claridad, debe atenderse al real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos en abstracto". Debiendo tomarse como referencia para hacer ese control de abusividad tanto el momento de celebración del contrato como las circunstancias concurrentes y demás cláusulas del mismo, de conformidad con lo que dispone el art. 4.1 de la Directiva [...] el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará [...] considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa" (en este sentido SSTJUE antes citadas Pannon GSM, apartado 39, y VB Pénzügyi Lízing, apartado 42, Banif Plus Bank, apartado 40 y Aziz, apartado 71), y el artículo 82.3 TRLCU "el carácter abusivo de una cláusula se apreciará [...] considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa". Y también debe tenerse en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto de las cláusulas contractuales, así lo impone el considerando decimooctavo de la Directiva 93/13 según el cual "la naturaleza de los bienes o servicios debe influir en la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas contractuales", y el tenor del art. 4.1 "sin perjuicio del artículo 7, el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato [...]" y también el artículo 82.3 TRLCU dispone que "el carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato [...]. Y este desequilibrio puede darse incluso en contratos que no contienen obligaciones recíprocas como es el préstamo."

La recurrente alude a que la cláusula en cuestión es clara y sencilla, mas no puede desconocerse que la misma ha sido impuesta por la entidad bancaria, su ubicación en el contrato sin solución de continuidad con la referencia al tipo de interés básico, y no consta una clara información sobre sus consecuencias económicas ni el comportamiento futuro de los tipos.

**TERCERO.**- En lo que al tema de la retroactividad se refiere, extremo al que la apelante ha dedicado la mayor parte de su recurso, es una cuestión a la que de forma reiterada se ha referido esta Sala desde su sentencia de 28-3-2.014, habiendo señalado en el auto citado de 16-12-2014 lo siguiente:

"Debemos abordar ahora, la espinosa cuestión de la retroactividad de sus efectos, toda vez que el auto concluye que debe devolverse el importe a los ejecutados. Y ya adelantamos, que la decisión alcanzada, también debe confirmarse.

En nuestro ordenamiento, la declaración de nulidad de una cláusula por abusividad es una nulidad parcial (art. 9.2 LCGC (RCL 1.998, 960), art. 10 bis LCU (RCL 1.984, 1.906) y 83.2 TRLCU) de manera que la misma debe ser eliminada quedando subsistente el contrato, sin que exista posibilidad de integración tras la doctrina contenida en STJUE de 14 de junio de 2.012 y 21 de febrero de 2.013. Sin embargo, se cuestiona el efecto de la nulidad consistente en la restitución de las prestaciones habidas en base a esa cláusula nula, desde la fecha del contrato, lo que implica en este caso la devolución por el apelante de las cantidades cobradas de más como intereses por aplicación de la cláusula suelo.

Tal efecto declarado en el art. 1.303 CC (LEG 1.889, 27) no había sido cuestionado hasta el dictado de la STS de Pleno referida cuando se declaraba la nulidad por abusividad de las cláusulas de intereses moratorios contenidas en los préstamos hipotecarios, lo que implicaba que la ejecución continuaba pero minorada en el importe de esos intereses, ya cobrados, lo que ciertamente era una restitución patrimonial.

Por el contrario, el apelante invoca la reiterada STS y afirma que la misma no acuerda la restitución puesto que, según el TS así lo decidió en su resolución. Ahora bien, ello es debido, como se afirma en el auto combatido, a razones excepcionales de seguridad jurídica y de orden público económico al tratarse de una acción colectiva contra varias entidades bancarias para que eliminen las cláusulas suelo de sus préstamos y dejen de aplicarlas en el futuro, de manera que si tuvieran que revisar todos los contratos ya firmados y devolver lo ya cobrado se les causaría un gran perjuicio económico.

Pero el TS, antes de aplicar y razonar ese criterio excepcional sí declara, que la regla general es la retroactividad. Así señala, que nuestro sistema parte de que la ineficacia de los contratos -o de alguna de sus cláusulas, si el contrato subsiste-, exige destruir sus consecuencias y borrar sus huellas como si no hubiesen existido y evitar así que de los mismos se deriven efectos, de acuerdo con la regla clásica *quod nullum est nullum effectum producit*. Así lo dispone el artículo 1.303 del Código Civil, a cuyo tenor "declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes".



También esa regla rige en el caso de la nulidad de cláusulas abusivas, ya que, como afirma la STJUE de 21 de marzo de 2.013 (TJCE 2.013, 93), RWE Vertrieb AG, C-92/11, apartado 58 "[...] según reiterada jurisprudencia, la interpretación que, en el ejercicio de la competencia que le confiere el artículo 267 TFUE, hace el Tribunal de Justicia de una norma de Derecho de la Unión aclara y precisa el significado y el alcance de dicha norma, tal como debe o habría debido ser entendida y aplicada desde el momento de su entrada en vigor. De ello resulta que la norma así interpretada puede y debe ser aplicada por el juez a relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de la sentencia que resuelva sobre la petición de interpretación, si además se reúnen los requisitos que permiten someter a los órganos jurisdiccionales competentes un litigio relativo a la aplicación de dicha norma (véanse, en particular, las sentencias de 2 de febrero de 1.988, Blaizot y otros, 24/86 (TJCE 1.988, 82), Rec. p. 379, apartado 27; de 10 de enero de 2.006, Skov y Bilka, C-402/03, Rec. p. I-199, apartado 50; de 18 de enero de 2.007, Brzeziński, C-313/05, Rec. p. I-513, apartado 55, y de 7 de julio de 2.011, Nisipeanu, C-263/10, apartado 32)".

Siendo, a continuación, cuando nuestro Alto Tribunal hace referencia a la posibilidad de limitar la retroactividad, al establecer que "no obstante la regla general de eficacia retroactiva de las declaraciones de nulidad, sus efectos no pueden ser impermeables a los principios generales del Derecho -entre ellos de forma destacada la seguridad jurídica ( artículo 9.3 CE (RCL 1.978, 2.836))", citándose a continuación sentencias del TC en que se ha acordado esta irretroactividad, la STS de 21 de marzo de 2.012 que limitó los efectos de la nulidad para evitar el enriquecimiento sin causa de una parte a costa de la otra, e incluso señala que la STJUE de 21 de marzo de 2.013 permite dicha limitación cuando concorra la buena fe de los círculos interesados y el riesgo de trastornos graves.

Pues bien, como analiza la Audiencia Provincial de Jaén de manera exhaustiva, en su sentencia de 27/03/2.014, adhiriéndose a la retroactividad de efectos: "Las Audiencias Provinciales han adoptado soluciones divergentes sobre este extremo, tras la citada sentencia de Pleno del Tribunal Supremo, y así entre las que acuerdan la irretroactividad lo hacen acogiendo los criterios del TS, aun tratándose de acciones individuales, pudiendo citar: SAP Cáceres 24-02-2.014 : tras declarar que se venía acordando la devolución de las cantidades indebidamente cobradas en las sentencias dictadas en los procesos de acciones individuales, por entender, que era un efecto jurídico inherente a la declaración de nulidad de la cláusula, en aplicación del Art. 1303 del Código Civil, atendiendo lo resuelto por el TS en sentencia de 9 de mayo de 2.013 (*"Es notorio que la retroactividad de la sentencia generaría el riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico..."*) declara la irretroactividad de la sentencia, de tal forma que la nulidad de las cláusulas no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada, ni a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esta sentencia".

La misma conclusión se había adoptado ya en otras anteriores como la de 19-11-2.013 SAP Burgos de 28-01-2.014 : sostiene que la cuestión de la retroactividad en la aplicación de la nulidad de la cláusula suelo la ha resuelto expresamente la STS de 9-05-2.013, añadiendo además como argumento para sostener la irretroactividad que "la nulidad radical no juegue en la contratación bajo condiciones generales como una auténtica regla general de aplicación autónoma, sino que adapte su sanción al peculiar juicio de ineficacia funcional que comporta el control de esta práctica de la contratación. Planteamiento que puede derivarse de la interpretación sistemática del art. 8.1 en relación con el art. 10.1 y 10.2 de la LCGC, en cuya virtud la no incorporación de la cláusula o la declaración de nulidad no determinará la ineficacia total del contrato, si este pudiera subsistir sin tales cláusulas, extremo éste sobre el que debe de pronunciarse la sentencia, como ha hecho el Tribunal Supremo.

Además, se reconoce en esos preceptos el principio de infracción conforme al art. 1.258 CCv y con ello, la posibilidad de que el Juez valore la posible retroactividad que pueda derivarse conforme a los parámetros de la buena fe, el uso y la Ley y, en extensión de esta última, el propio orden público económico", así como que es la solución acogida por un sector importante de Audiencias Provinciales, citando las de Cádiz, Sección 5ª de 13 de mayo de 2.013, Cáceres, Sección. 1ª de 8 de noviembre de 2.013 (que expresa que su criterio era la retroactividad habiendo cambiado a raíz de la STS de 9 de mayo de 2.013), y Córdoba, Sección 3ª, de 31 de octubre de 2.013.

- SAP Badajoz de 14 de enero de 2.014 : tras expresar que en Sentencia anterior de 26 de febrero de 2.013 se había entendido que la declaración de nulidad, por abusiva, de una cláusula suelo, afectaba a los pagos ya realizados, tal criterio ha de ser revisado a la luz de la doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2.013, acogiendo sus razones y declarando la irretroactividad, siendo de obligada aplicación a tenor de lo dispuesto en el art. 1.6 del C. Civil

- SAP Zaragoza, 8 de enero de 2.014 (AC 2.014, 10): extracta la STS de 9 de mayo de 2.013 (RJ 2.013, 3.088) en cuanto a los factores valorados a partir del parágrafo 293, y resuelve: " *Acatando este precedente por la fuerza informadora de la jurisprudencia que el art. 1.6 del CC le atribuye y atendiendo a que indudablemente el*



*mismo efecto de aplicación retroactiva de las acciones colectivas se puede obtener con la suma de la totalidad de acciones individuales ejercitadas, se han pronunciado ya algunos tribunales aceptando el criterio del Alto Tribunal como pueden ser la sentencia de la Sección Vigésimo octava de la AP de Madrid de fecha 23 de julio de 2.013 ( JUR 2.013, 307654), las de 20 de junio y 2 de octubre de 2.013 de la Sección Primera de la AP de Cáceres , la de 17 de mayo de 2.013 de la Sección Quinta de la AP de Cádiz, entre otras. Por ello, la eficacia informadora del ordenamiento jurídico que la jurisprudencia del TS tiene y la exigencia de seguridad jurídica derivadas de la CE llevan a esta Sala a aceptar el valor del precedente como doctrina jurisprudencial, lo que exige la desestimación de la impugnación de la sentencia realizada" .*

- SAP Córdoba de 31 de octubre de 2.013 , razona que no cabe acoger la doctrina del TS en lo que nos gusta, la abusividad, y rechazarla en lo que no nos gusta, la retracción de los efectos de la nulidad, y que no corresponde a los Tribunales de instancia corregir la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que ha declarado la irretroactividad acogiéndose a que el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo ya lo han aplicado en alguna ocasión, y también el TJUE permite esa limitación de la retroactividad por razones de seguridad jurídica y riesgo de trastornos graves, por lo que y aun dejando constancia de la diferencia de opiniones doctrinales y jurisprudenciales, siendo muchos los Juzgados de lo Mercantil que han acordado la restitución de las cantidades abonadas, se inclina por acordar la irretroactividad, citando otras sentencias que compartes su criterio (las Audiencias Provinciales de Cádiz (Sentencia de su Sección 5ª de 17 de mayo de 2.013 ) o Madrid ( Sentencia de la Sección 28ª de 23 de julio de 2.013 ).

- SAP Granada de 18 de octubre de 2.013 : considera aplicable la doctrina de STS de 9 de mayo de 2.013 también cuando se trata del ejercicio de acciones individuales, al considerar que pese a la escasa incidencia económica del litigio concreto se mantiene en el caso la trascendencia en el orden público económico valorada por la Sentencia del Pleno, y también que se trata de una cuestión singular, las consecuencias de la nulidad de una cláusula que forma parte del objeto principal del contrato litigioso, pero que no provoca la nulidad total del contrato, sino parcial, *"por lo que careciendo nuestro ordenamiento positivo de norma expresa que, con carácter general, acoja el principio utile per inutile non vitiatur (lo válido no es viciado por lo inválido), en la singular situación enjuiciada, invalidez de parte del objeto principal de contrato, que sin embargo conserva sus restantes efectos, donde no existe la posibilidad de integración y reconstrucción "equitativa" del contrato, declarada contraria al Derecho de la Unión por la STJUE de 14 de junio de 2.012 , parece justificado el abandono de los criterios generales en la materia y de los tradicionales inspirados en nuestro Código Civil, acudiendo, en la singularidad de la controversia, a otros a otros principios, como son algunos de los fijados por nuestro Alto Tribunal, para en definitiva proclamar, en este concreto caso, la irretroactividad del pronunciamiento de nulidad. Por tanto, en la difícil situación examinada, entendemos que, respecto a los efectos de la nulidad declarada, solo cabe estar, sin escindir los motivos que justifican la invalidez y sus consecuencias, a la autoridad del pronunciamiento de nuestro Tribunal Supremo, concluyendo que la nulidad no afectará a los pagos ya efectuados en la fecha en que se pronunció la Sentencia de instancia, debiendo restituir la demandada solo cualquier otro realizado después" .*

"Y el otro sector de Audiencias Provinciales, que declaran la retroactividad lo hacen en aplicación de los arts. 9 y 10 LCGC y art. 1.303 CC , considerando en general que no se dan las razones de afectación de la economía nacional que contempló el TS para excluirla, y para evitar el enriquecimiento injusto del banco. Podemos citar:

- SAP Málaga, Sección 6ª, de 12-03-2.014 (F.J. octavo): *"..El artículo 9 Ley de Condiciones Generales de la Contratación remite al régimen general de la nulidad contractual, señalando el artículo 1.303 del CC : "Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos y el precio con sus intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes"; la finalidad de esta norma no es otra que la de que las personas afectadas vuelvan a tener la misma situación personal y patrimonial anterior al acto invalidador, evitando el enriquecimiento injusto o sin causa de una de ellas a costa de la otra ( STS de 23 de junio de 2.008 , entre otras muchas), tratándose de una obligación ex lege , constituyendo una consecuencia ineludible e implícita de la invalidez contractual, siendo de alcance, no solo a los contratos declarados nulos, sino también a las cláusulas contractuales declaradas nulas cuando los contratos puedan subsistir sin aquéllas. Pues bien, ello así, aun cuando Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 ...niega el efecto retroactivo de la sentencia, también es verdad que la sentencia se dicta en el marco procesal de una acción colectiva de cesación y respecto de quienes son parte en aquel proceso, donde, además, no se ejercitó una acción accesorias de condena a la restitución (como prevé el artículo 12 de la L.C .G.C), sino solo de nulidad y correlativa eliminación de la cláusula, así como de prohibición de uso futuro, por lo cual esta Sala considera que tal declaración de no retroactividad, no es de aplicación preceptiva al supuesto que nos ocupa, en el cual la acción ejercitada es una acción personal e individual de nulidad por abusividad de una cláusula contenida en un contrato celebrado con consumidores, en el que además la actora ha solicitado, al pedir la devolución de las cantidades indebidamente cobradas, en aplicación de la cláusula en cuestión, la retroacción de la declaración de nulidad, deviniendo, en consecuencia, a tales efectos, aplicable*



el artículo 1.303 del CC , sin que concurra circunstancia alguna que permita la excepción del efecto que dicha norma prevé...".

- SAP Alicante de 12 de julio de 2.013 . Voto particular. El parecer mayoritario considera que es aplicable el criterio de irretroactividad del TS por ser idéntica la cláusula suelo examinada. No obstante, se formula voto particular en el que considera procedente la retroactividad en base a varios argumentos: "el primero, y fundamental, por el principio jurisprudencial de "no vinculación" a las cláusulas abusivas, que ha sentado en numerosas resoluciones el TJUE, al interpretar la Directiva del Consejo, de 5 de abril de 1.993 (art. 6.1 ), sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, lo que ha sido reiterada por el TJUE en sentencias de 26 de abril de 2.012 , y dos de 30 de mayo de 2.013 , en el sentido de que cuando se haya declarado abusiva una cláusula los órganos jurisdiccionales nacionales están obligados "a aplicar todas las consecuencias que, según el Derecho nacional, se deriven de ello para que el consumidor no resulte vinculado por dicha cláusula". En base a ello, considera "la no vinculación no es graduable ni puede tener carácter parcial. Menos aún, que pueda depender de un dato tan aleatorio como la fecha de una sentencia dictada por el Tribunal Supremo español...la no vinculación, para conceder una protección integral al consumidor, no solo ha de tener una proyección hacia el futuro (que se conseguirá con su nulidad y con la supresión de la cláusula abusiva en cuestión) sino también una vocación de pasado, de eliminar cualquier vestigio de su existencia, y ello sólo se conseguirá si se hacen desaparecer sus efectos". Se añade también otro argumento relativo al tratamiento paritario que deben tener todos los consumidores comunitarios: "en materia de contratación bancaria (en que existen grandes bancos que operan en la totalidad del mercado europeo, y comercializan unos mismos productos, utilizando en ellos idénticas cláusulas) se afectaría gravemente, a mi entender, la protección integral y paritaria de los consumidores a nivel comunitario, pudiendo darse lugar a injustificadas discriminaciones de trato dependiendo del Estado miembro, si se admitiera modulación en cuanto a la vinculación a las cláusulas abusivas declaradas nulas. Y se concluye que: "La legislación interna española tiene recursos más que conocidos ( art. 1.303 del Código Civil , art. 83 del Real Decreto Legislativo 2.007, de 16 de noviembre (RCL 2.007, 2.164 y RCL 2.008, 372), por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, arts. 9 y 10 de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación ) para suprimir los efectos nocivos de la nulidad de una cláusula abusiva: se tendrá como no puesta y habrá lugar a la restitución de lo recibido, con sus intereses".

- SAP Alava 9 de julio de 2.013 (AC 2.013, 1.538): tras señalar que las acciones ejercitadas en la STS y en la del caso no son las mismas: "la acción allí ejercitada solo ejercitaba acción de cesación, sin acumular reclamación de cantidad, con legitimación restringida, imprescriptible, y eficacia *ex nunc*, a la vista de los arts. 12, 16 y 19 LCGC. En cambio aquí se da respuesta a una acción de nulidad de los arts. 8 y 9 LCGC, que puede ejercitar cualquier afectado, sometida a plazo de caducidad y eficacia *ex tunc* ", y que la solución del TS atiende al caso enjuiciado, resuelve que debe acordarse la retroactividad , con base en los arts. 9 y 10 LCGC y art. 1.303 Cc , así: "El art. 9.2 LCGC ordena a la sentencia que declare nulidad aclarar su eficacia conforme al artículo siguiente. El art. 10 LCGC aclara que la nulidad no determina la ineficacia total del contrato. Supone, por el contrario, la nulidad de la cláusula afectada, nulidad que conforme al art. 1.303 CCv obliga a la restitución recíproca de las prestaciones, que en este caso han sido realizadas sólo por el recurrente, puesto que sólo operó la cláusula suelo"; y que no hay razones para no aplicarlos en el caso concreto al no apreciarse trastornos graves para la economía ni para el Banco, y que aún cuando la STS de 21 de marzo de 2.012 matizó la obligación restitutoria en caso de nulidad, el fundamento es que ninguna de las partes se enriquezca sin causa a costa de otra, concluyendo en el caso que dado que la cláusula suelo solo ha operado en beneficio del banco y en perjuicio del cliente si que nunca sucediera lo contrario no hay motivo para excluir la aplicación del art. 1.303 CC .".

Pues bien, este Tribunal, coincide con la segunda línea y considera que debe aplicarse con todos sus efectos el art. 1.303 CC , es decir, con efectos retroactivos y restitución de las prestaciones.

Así en esta Audiencia Provincial de Barcelona, destaca la sentencia de la Sección XV, dictada el 16/12/2.013 Consideramos que la sentencia de Pleno del TS de 9 de mayo de 2.013 (RJ 2.013, 3.088), no acuerda la irretroactividad como criterio general a aplicar a todas las cláusulas suelo abusivas, sino como excepción a la regla general de la retroactividad, al tratarse de una acción colectiva de cesación (que se eliminasen las cláusulas suelo de los contratos de préstamo hipotecario de las entidades bancarias demandadas y no las usasen en el futuro) a la que no se acumulaba la petición de restitución de prestaciones, y haberse valorado razones de seguridad jurídica y riesgo de graves trastornos económicos, que pudieran producirse si al declararse la retroactividad tuviesen dichas entidades que revisar los miles de contratos suscritos, en muchas ocasiones incluso ya precluidos y no por otro motivo, siendo siempre una solución excepcional a la regla general del 1.303 CC., puesto que estamos ante un incidente individual de un particular que ya se encuentra en fase de ejecución del préstamo hipotecario, por lo que no hay razones de seguridad jurídica ni riesgo de grave trastorno económico a la entidad."



En este mismo sentido se pronunció la sentencia de esta Sección de 28 de marzo de 2.014 en la que declaró: "Queda pues por decidir si la fuerza de autoridad del precedente se resiente porque se enfrente a otro resuelto de distinta forma, y es que al respecto, a juicio de esta Sala, hay que valorar que al tratar de la nulidad y sus efectos retroactivos empieza por reconocer la regla general de la retroactividad absoluta con cita de su sentencia de 13-3-12 y de otra del TJUE para, después, entrar a valorar la posibilidad de limitar sus efectos con cita, de nuevo, de su sentencia del 13-3-12 y de la del TJUE así como de otras del TC y de regulación diversa, culminando por declarar la irretroactividad en razón de diversas y variadas premisas que toma en consideración, de forma que la propia resolución analizada introduce en el debate el precedente y la doctrina jurisprudencial sobre el alcance de la declaración de retroactividad que dispone el art. 1.303 CC .

La doctrina jurisprudencial, en armonía con la doctrina, siempre ha declarado el efecto retroactivo absoluto de la declaración de nulidad ( art. 1.303 CC ) como efecto propio y *ex lege* , no necesitado de petición expresa ( STS 22-11-05 [RJ 2.005, 10198] ), y así lo declara la sentencia de 13-3-12 en la que la analizada se apoya cuando dice que se trata de un resultado natural de la propia nulidad como consecuencia de haber quedado sin validez el título de atribución que dio lugar al desplazamiento patrimonial.

Ciertamente, esa misma sentencia advierte que la restitución no opera con automatismo, desgajada del caso concreto, pues de lo que se trata es de evitar el enriquecimiento injusto, y se refiere al supuesto de las obligaciones recíprocas de ejecución continuada o sucesiva en que, durante la vigencia del contrato, no hubo desequilibrio económico, y como ejemplo cita la sentencia de 29-2-09 .

Esta última sentencia trata de un caso de abanderamiento (suministro de carburante en exclusiva) y lo mismo hace la de 15-1- 10 y en ambas no se declaró la retroacción de la nulidad porque el desarrollo continuado de la relación hasta su declaración de nulidad había reportado ventajas y consecuencias económicas positivas a ambos contratantes y lo mismo concluye la sentencia de 13-3-12 (RJ 2.012, 4.527) relativa a la abusividad de una cláusula en el contexto de un contrato de suministro de canales y servicios digitales por satélite.

Este planteamiento está en línea con la consideración por la doctrina científica mayoritaria de la retroacción de la nulidad como un supuesto de *condictio indebiti*, dirigida a restablecer el equilibrio patrimonial provocado por un negocio afectado de nulidad, evitando el enriquecimiento injusto (en este sentido 24-2-92).

La doctrina ha advertido que el tenor del art. 1.303 CC (LEG 1.889, 27) parece pensado para el supuesto de contratos bilaterales de prestación única y que ambas partes hayan cumplido, planteando dificultades su acomodación a otros supuestos como prestaciones de tracto sucesivo o continuas o como cuando la restitución sea imposible ( *ad exemplum*, prestación de servicios continuados o el supuesto de un contrato de arrendamiento de cosa, en que el interés de la propiedad no se satisface con sólo la restitución de la cosa de la que el arrendatario disfrutó hasta entonces) y, a su socaire, la posibilidad de que la declaración de nulidad produjese efectos sólo hacia el futuro, pero, al fin, domina la idea de la aplicación general del art. 1.303, debidamente complementado por el art. 1.307 del CC , para introducir efectos correctores en aquellas situaciones más dudosas, en cuanto regula el supuesto de imposibilidad de la restitución introduciendo el criterio de la obligación de valor y de todo lo cual se extrae la idea ya apuntada, cual es la vigencia de la regla de la retroactividad, siquiera su alcance efectivo y en el caso vendrá determinada por el propósito y fin de que no se produzca el enriquecimiento injusto de una de las partes contratantes en detrimento de la otra.

En el caso, en principio y *prima facie* , no se aprecia en qué modo no se habría enriquecido injustamente el recurrente con la aplicación de la cláusula suelo y por qué entonces habría razón para limitar la regla de la retroacción.

La sentencia de 9-5-13 , después de advertir que la retroacción no puede ni debe aplicarse al margen del caso, analiza éste y establece las premisas por las que debe entenderse que no procede la declaración de retroacción.

Son once y ninguna de ellas, a juicio de este Tribunal, afronta directamente el presupuesto del enriquecimiento injusto, que es el fundamento del efecto retroactivo. Sólo mediatamente puede entenderse que guardan relación con él la declaración de intrínseca licitud de este tipo de cláusulas y que, según el IBE, la finalidad de su introducción por las entidades bancarias responde a mantener un rendimiento mínimo de esos activos (los préstamos) que permita a las entidades resarcirse de los costes de producción y mantenimiento de estas financiaciones (premisas B y H), pero, claro, dichas razones pueden explicar el comportamiento del predisponente, pero no en nada afectan ni tienen que ver con el enriquecimiento injusto que dentro de la relación y respecto del adherente pudieran haber generado, cuanto más que dichas premisas ignoran otros intereses económicos también a considerar, cuales son los del adherente o consumidor.

Y si esto es así, en suma, se encuentra este Tribunal en la tesitura de seguir el precedente de la sentencia de 9-5-13 o el de la propia doctrina del Tribunal que justifica la retroacción en la finalidad de evitar el





enriquecimiento injusto de un contrato a costa del otro, y se opta por lo segundo, en cuanto que, analizadas las circunstancias, no se aprecia ninguna que obligue a paliar los efectos absolutos de la declaración de retroacción que dispone el art. 1.303 CC (LEG 1.889, 27) con carácter general y, por tanto, se desestima el recurso.".

Cierto es que este criterio no es uniforme en las Audiencias de nuestro territorio nacional, habiendo citado la recurrente varias resoluciones al respecto, mas se insiste no es el que se sigue en esta Audiencia, si bien ello debe llevar como consecuencia, como ya lo resolvió la Sra Juez de instancia, la no imposición de las costas.

En cuanto a la fecha inicial de la imposición de los intereses, la propia eficacia "ex tunc" que conlleva la aplicación del art. 1.303 del CC , determina que la misma lo sea desde la fecha de cada cobro periódico, como se resolvió en la recurrida.

**CUARTO.-** En orden a las costas de esta alzada, como queda dicho, no procede su expresa condena, al ser de aplicación la regla excepcional del art. 394-1-1º "in fine" de la LEC .

Por todo lo expuesto, la Sala dicta el siguiente

## FALLO

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por Banco Popular Español, S.A. contra la sentencia dictada en fecha tres de noviembre de dos mil catorce por la Ilmo. Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Oviedo , en los autos de los que el presente rollo dimana, que se **CONFIRMA** .

No procede hacer expreso pronunciamiento respecto de las costas de esta alzada.

Habiéndose confirmado la resolución recurrida, conforme al apartado 9 de la Disposición Adicional Decimoquinta de la L.O. 1/2009, de 3 de noviembre , por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, **se declara la pérdida del depósito constituido para recurrir, al que se le dará el destino legal.**

Contra esta resolución cabe recurso de casación y/o extraordinario por infracción procesal, en su caso.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACION.-** Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo la Secretario, doy fe.