



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTIZIA

# AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1 PONTEVEDRA

SENTENCIA: 00131/2014

Rollo: RECURSO DE APELACION (LECN) 83/14  
Asunto: ORDINARIO 85/13  
Procedencia: MERCANTIL NÚM. 3 PONTEVEDRA CON SEDE EN VIGO

LA SECCION PRIMERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA,  
COMPUESTA POR LOS ILMOS MAGISTRADOS  
D. FRANCISCO JAVIER MENÉNDEZ ESTÉBANEZ  
D. MANUEL ALMENAR BELENGUER  
D. JACINTO JOSÉ PÉREZ BENÍTEZ,

HA DICTADO

EN NOMBRE DEL REY

LA SIGUIENTE

**SENTENCIA NUM.131**

En Pontevedra a nueve de abril de dos mil catorce.

Visto en grado de apelación ante esta Sección 001 de la Audiencia Provincial de PONTEVEDRA, los autos de procedimiento ordinario 85/13, procedentes del Juzgado Mercantil núm. 3 de Pontevedra con sede en Vigo, a los que ha correspondido el Rollo núm. 83/14, en los que aparece como parte apelante-demandante: D. ...., representado por el Procurador D. ALBERTO VIDAL RUIBAL, y asistido por el Letrado D. DAVID ALFAYA MASSO, y como parte apelado-demandado: NCG BANCO SA, representado por el Procurador D. FATIMA PORTABALES BARROS, y asistido por el Letrado D. LUIS PIÑEIRO SANTOS, y siendo Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. **D. FRANCISCO JAVIER MENÉNDEZ ESTÉBANEZ**, quien expresa el parecer de la Sala.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por el Juzgado Mercantil núm. 3 de Pontevedra con sede en Vigo, con fecha 16 diciembre 2013, se dictó sentencia cuyo fallo textualmente dice:

“Que estimo parcialmente la demanda interpuesta por el procurador Sr. Vidal en la representación acreditada, DECLARO NULA, en los dos préstamos hipotecarios suscritos por el demandante, de 31 de julio de 2008, la cláusula relativa a la fijación de un límite mínimo al tipo de interés variable -cláusula suelo-, CONDENANDO a Novagalicia Banco SA a eliminar dicha condición del préstamo hipotecario a interés variable del que es objeto la demanda, ABSOLVIENDO al demandado de los demás pedimentos contra el mismo formulados, sin expresa imposición de las costas causadas, debiendo abonar cada parte las causadas a su instancia y las comunes por mitad.”

**SEGUNDO.-** Notificada dicha resolución a las partes, por D. ...., se interpuso recurso de apelación, que fue admitido en ambos efectos, por lo que se elevaron las actuaciones a esta Sala para la resolución de este recurso.

**TERCERO.-** En la tramitación de esta instancia se han cumplido todas las prescripciones y términos legales.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Se plantea una vez más en esta alzada la cuestión de los efectos retroactivos de las denominadas cláusulas suelo en los préstamos con garantía hipotecaria. En esta ocasión la sentencia del juzgado de lo mercantil rechaza que la nulidad de la mencionada cláusula tenga efectos retroactivos, especialmente en aplicación de la doctrina fijada por la STS 9 mayo 2013. Contra dicha sentencia se interpone recurso de apelación por la parte demandante considerando que no se ha aplicado debidamente el art. 1303 CC así como que una sola sentencia del TS no forma jurisprudencia, considerando así infringido el art. 1.6 CC.



**SEGUNDO.-** La cuestión debatida, -sin duda objeto de controversia doctrinal y jurisprudencial-, ha sido ya resuelta por este órgano de apelación en el mismo sentido que la sentencia de instancia, en línea con lo razonado por otros órganos provinciales, como la SAP de Córdoba, sec. 3ª, S 31-10-2013, nº 180/2013, rec. 272/2013; SAP de Cáceres, sec. 1ª, S 8-11-2013, nº 295/2013, rec. 432/2013; SAP Cádiz, Sección 5ª de 13-05-2013, AAP Burgos, sección 2ª, de 28 enero 2014 (ROJ: AAP BU 1/2014), Recurso: 328/2013; SAP de Badajoz, sección 3ª, del 14 de enero de 2014 (ROJ: SAP BA 30/2014), Recurso: 420/2013, o la SAP de Zaragoza, sección 5ª, de 08 de enero de 2014 (ROJ: SAP Z 1/2014), Recurso: 431/2013, entre otras.



En nuestro auto de 18.7.2013 y recientemente en nuestra sentencia de trece de febrero de 2014, ya recogimos el siguiente razonamiento, que reiteramos a continuación.

Consideramos que el TS, en su sentencia de 9 de mayo de 2013, en la que cita de otra anterior de 12 de marzo de 2012, resuelve que el efecto de la nulidad contractual relativo a la restitución de prestaciones está prevista con carácter general para las nulidades contractuales en el art. 1303 del Código Civil, pero que tal efecto no es de aplicación automática, sino que permite su moderación si concurren una serie de circunstancias, entre las que destaca el principio constitucional de la seguridad jurídica, tanto más en supuestos como el resuelto por su sentencia, en los que se afirma que está en juego el interés económico general. Más en concreto, las razones que esgrime el Tribunal Supremo para no aplicar a la nulidad de las cláusulas suelo el efecto retroactivo propio de la nulidad del contrato son las siguientes:

*"a) Las cláusulas suelo, en contra de lo pretendido por la demandante, son lícitas.*

*b) Su inclusión en los contratos a interés variable responde a razones objetivas -el IBE indica como causas de su utilización el coste del dinero, que está constituido mayoritariamente por recursos minoristas (depósitos a la vista y a plazo), con elevada inelasticidad a la baja a partir de determinado nivel del precio del dinero, y los gastos de estructura necesarios para producir y administrar los préstamos, que son independientes del precio del dinero-.*

*c) No se trata de cláusulas inusuales o extravagantes. El IBE indica en el apartado 2 referido a la cobertura de riesgo de tipos de intereses que en España "(...) casi el 97% de los préstamos concedidos con la vivienda como garantía hipotecaria están formalizados a tipo de interés variable".*

*d) Su utilización ha sido tolerada largo tiempo por el mercado -su peso, afirma el IBE, ya en los años anteriores a 2004, alcanzaba casi al 30% de la cartera-.*

*e) La condena a cesar en el uso de las cláusulas y a eliminarlas por abusivas, no se basa en la ilicitud intrínseca de sus efectos -en cuyo caso procedería la nulidad de las cláusulas suelo sin más-, sino en la falta de transparencia.*

f) La falta de transparencia no deriva de su oscuridad interna, sino de la insuficiencia de la información en los términos indicados en el apartado 225 de esta sentencia.

g) No consta que las entidades crediticias no hayan observado las exigencias reglamentarias de información impuestas por la OM de 5 de mayo de 1994.

h) La finalidad de la fijación del tope mínimo responde, según consta en el IBE a mantener un rendimiento mínimo de esos activos (de los préstamos hipotecarios) que permita a las entidades resarcirse de los costes de producción y mantenimiento de estas financiaciones.

i) Igualmente según el expresado informe, las cláusulas se calculaban para que no implicasen cambios significativos en las cuotas iniciales a pagar, tenidas en cuenta por los prestatarios en el momento de decidir sus comportamientos económicos.

j) La Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios, permite la sustitución del acreedor.

k) Es notorio que la retroactividad de la sentencia generaría el riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico, al extremo que el Ministerio Fiscal, pese a recurrir la sentencia de apelación, se pronuncia en el sentido de que no procede reconocer efectos retroactivos a la decisión de nulidad de las cláusulas controvertidas".

Desde esa Sala de apelación no encontramos razones para sostener que los consumidores afectados por la sentencia del TS no puedan reclamar las cantidades abonadas con anterioridad en aplicación de la cláusula suelo y sí puedan hacerlo el resto de los que litiguen en procesos posteriores. Hacemos notar que no se está en la alternativa de aplicar o excepcionar la regla general. Se está proponiendo una aplicación singular de la nulidad del negocio jurídico a un supuesto excepcional, tan excepcional que resultaba claramente impensable en la época en la que el Código Civil fue redactado, al deber de operarse con parámetros de interpretación jurídica que, con origen en las últimas décadas del pasado siglo, no dejan de resultar cambiantes e inseguros. La referencia global a la jurisprudencia comunitaria sobre la cuestión entendemos que libera de mayor esfuerzo argumental.

La interpretación del alcance del art. 1303 es bien conocida. La STS de 11.2.2003 reconocía que la regla admite excepciones y que está pensada fundamentalmente para el contrato de compraventa: "... procede analizar los efectos jurídicos de tal declaración, los cuales se regulan con carácter principal (no exclusivamente) en el art. 1.303 CC, en el que se establece que 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. El precepto, que tiene como finalidad conseguir que las partes afectadas vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al evento invalidador (SS. 22 septiembre 1.989, 30 diciembre 1.996, 26



julio 2.000), evitando el enriquecimiento injusto de una de ellas a costa de la otra (SS. 22 noviembre 1.983, 24 febrero 1.992, 30 diciembre 1.996 -llegar hasta donde se enriqueció una parte y hasta donde efectivamente se empobreció la otra-), es aplicable a los supuestos de nulidad radical o absoluta, no solo a los de anulabilidad o nulidad relativa, (SS. 18 enero 1.904, 29 octubre 1.956, 7 enero 1.964, 22 septiembre 1.989, 24 febrero 1.992, 28 septiembre y 30 diciembre 1.996), y opera sin necesidad de petición expresa, por cuando nace de la ley (SS. 10 junio 1.955, 22 noviembre 1.983, 24 febrero 1.992, 6 octubre 1.994, 8 noviembre 1.999). Por consiguiente cuando el contrato hubiese sido ejecutado en todo o en parte procede la reposición de las cosas al estado que tenía al tiempo de la celebración (SS. 29 octubre 1.956, 22 septiembre 1.989, 28 septiembre 1.996, 26 julio 2.000), debiendo los implicados devolverse lo que hubieren recibido por razón del contrato (SS. 7 octubre 1.957, 7 enero 1.964, 23 octubre 1.973). El art. 1.303 CC se refiere a la devolución de la cosa con sus frutos (SS. 9 febrero 1.949, y 18 febrero 1.994) y el precio con sus intereses (SS. 18 febrero 1.994, 12 noviembre 1.996, 23 junio 1.997), norma que parece ideada en la perspectiva de la compraventa, pero que no obsta a su aplicación a otros tipos contractuales".

La sentencia del TS de 22.4.2005 estableció la aplicabilidad general del art. 1303 también a los supuestos en los que la nulidad derivaba de la consideración de una cláusula contractual como abusiva: "

"La declaración de nulidad acordada se refiere a una cláusula contractual, la cual se tendrá por no puesta, de conformidad con el art. 10.4 LGC y U. La consecuencia económica procedente, que constituye el efecto jurídico de la declaración, es la de que se reintegren los desplazamientos patrimoniales producidos por la misma. Así se deduce del art. 1.303 CC, cuya finalidad es conseguir que las partes afectadas por la nulidad vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al efecto invalidador (SS. 30 diciembre 1.996 y 26 julio 2.000); así resulta de la dogmática jurídica de la nulidad que conlleva como consecuencia ineludible e implícita el restablecimiento de la situación económica previa a la misma; y a la misma conclusión conduce la aplicación del principio que veda el enriquecimiento injusto, complementario del sistema liquidatorio de las consecuencias de la nulidad negocial (S. 26 julio 2.000), pues de no acordarse el efecto examinado se aprovecharía la otra parte, precisamente quién dio lugar a la patología contractual. Por lo demás, ha de tenerse en cuenta que se trata de una nulidad parcial, que no trasciende a la totalidad del negocio."

No nos resulta posible extraer una doctrina general de dicha resolución, pues en ella se declara la nulidad de una cláusula inserta en contratos de compraventa cuyo contenido no se refleja en la sentencia. En cambio, la sentencia de 9.5.2013 es una sentencia de Pleno que, como tal, vincula a los órganos jurisdiccionales en la forma en que la jurisprudencia es fuente del Derecho (vid. acuerdo de la junta general de magistrados de la Sala Primera del TS de 30.12.2011, en interpretación del requisito del "interés casacional"). En ella, además de las peculiaridades propias de

las acciones ejercitadas, se declara con toda contundencia que las cláusulas suelo no son cláusulas nulas y que podrían integrar el contenido del contrato cuando se inserten con carácter general en contratos celebrados entre profesionales y consumidores si superan el estándar del control de transparencia. No se está, por tanto, ante una nulidad estructural que afecta a un elemento esencial del negocio o de la estipulación en cuestión, como sucede con la nulidad general que contempla el art. 1303, sino ante una nulidad funcional derivada de la exigencia de protección de la parte más débil de la relación jurídica. Pero además, en el caso de cláusulas como la que ocupa que definen el objeto esencial del contrato y que, en sí mismas, son cláusulas lícitas, como regla general no cabe operar sobre ellas con la técnica del control de contenido. Su control, desde el punto de vista de la protección del consumidor, se lleva a cabo a través de lo que la sentencia denomina doble filtro o control de transparencia, al considerarse que la cláusula no ha sido válidamente incluida por los motivos expuestos en el apartado 225 de la repetida sentencia. Por tanto, su ineficacia viene dada de las peculiares condiciones en que se incorporaron al contrato y de las singulares exigencias de protección de la información proporcionada a la parte más débil de la relación jurídica.

Por todo ello resulta lógico que se excepcione el régimen general de la nulidad contractual previsto, como hemos señalado, para supuestos diferentes al que ahora nos ocupa, de ahí que las razones expuestas en el fundamento jurídico decimoséptimo de la sentencia del Pleno, en especial, la exigencia de respetar el principio de seguridad jurídica en relación con la conservación de efectos ya consumados, resulten plenamente aplicables al presente supuesto.

En consecuencia, procede declarar la irretroactividad de la presente resolución, de tal forma que la nulidad de la cláusula suelo solamente operará con efectos "ex nunc" y no a los pagos ya efectuados por el cliente hasta la fecha. Esto es, procede la declaración de nulidad de la cláusula suelo invocada, pero no así la devolución de las cantidades que por este concepto hayan sido pagadas".

Es de señalar que el Tribunal Constitucional, por exigencias del principio de seguridad jurídica, ha limitado los efectos retroactivos de la declaración de inconstitucionalidad en las SSTC 179/1994 de 16 junio, 281/1995 de 23 octubre, 185/1995, de 14 diciembre, 22/1996 de 12 febrero y 38/2011 de 28 marzo. Mientras que el Tribunal Supremo, como se ha indicado anteriormente, también ha admitido la posibilidad de limitar los efectos de la nulidad dado que «la "restitutio" no opera con un automatismo absoluto, ya que el fundamento de la regla de liquidación de la reglamentación contractual declarada nula y por la que se pretende conseguir que las partes afectadas vuelvan a la situación patrimonial anterior al contrato, no es otro que evitar que una de ellas se enriquezca sin causa a costa de la otra y ésta es una consecuencia que no siempre se deriva de la nulidad» (STS 118/2012, de 13 marzo, rec. 675/2009). Y en la misma línea, el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la reciente STJUE de 21 de marzo de 2013, RWE



Vertrieb, apartado 59, dispone que «(...) puede el Tribunal de Justicia, aplicando el principio general de seguridad jurídica inherente al ordenamiento jurídico de la Unión, verse inducido a limitar la posibilidad de que los interesados invoquen una disposición por... el riesgo de trastornos graves (véanse, en particular, las sentencias Skov y Bilka, antes citada, apartado 51; Brzeziński, antes citada, apartado 56; de 3 de junio de 2010, Kalinchev, C-2/09, Rec. p. I-4939, apartado 50, y de 19 de julio de 2012, Rçdlihs, C-263/11, Rec. p. I-0000, apartado 59)».

Por tanto, declarada la nulidad de la cláusula y su expulsión del contrato, no procede la retroacción respecto de los efectos ya consumados.

**TERCERO.-** En línea con las consideraciones, en nuestra reciente sentencia de 6 marzo 2014 se ha profundizado en la argumentación que justifica el pronunciamiento desestimatorio del recurso, especialmente en orden a las críticas a la inaplicación automática del art. 1303 CC y a la consideración del valor jurídico y de autoridad de la STS de 9 mayo 2013, que pasamos a reiterar:

#### **"La evolución de la categoría de la nulidad.**

De entrada, como señala la parte apelante, toda la argumentación se hace girar sobre un silogismo: la nulidad del negocio jurídico es una categoría monolítica; solo hay una clase de nulidad y unos únicos efectos, que son los recogidos en el art. 1303 del Código Civil, de manera que, declarada la nulidad del contrato, procede sin más la aplicación automática de lo previsto en el art. 1303 CC.

La consecuencia de este razonamiento es que cualquier decisión que limite o relativice la aplicación del art. 1303 CC, sea cualitativa o cuantitativamente, violenta el sentido de la norma y debe ser rechazada.

Sin embargo, tanto el silogismo como su derivada hace tiempo que fueron superados tanto por la doctrina, como por la jurisprudencia.

En efecto, la nulidad se diseñó en el Código Civil en íntima y lógica conexión con las figuras negociales existentes en la segunda mitad del siglo XIX, tomando como referencia el contrato de compraventa, caracterizado por la entrega de la cosa y del precio, como objeto de las recíprocas prestaciones, sin que en aquel momento se planteasen otros supuestos obligacionales que solo la evolución socioeconómica, la globalización, el avance tecnológico o científico han hecho posibles y a los que hay que dar respuesta, tanto en orden a su regulación como a las consecuencias que pudieran derivarse de su anulación o resolución.

Y en este contexto, al lado de la nulidad clásica, sea de pleno derecho o nulidad radica, sea anulabilidad o sea nulidad relativa (que algunos autores ven un *tertium genus*), han aparecido también otras situaciones, que la ley castiga con la sanción de nulidad, pero no con fundamento en los postulados

tradicionales, sino por infracción de normas orientadas a la protección de determinados bienes jurídicos que en un cierto momento la sociedad considera dignos de tutela, como puede ser la necesidad de salvaguardar la igualdad entre las partes y el equilibrio de las prestaciones, la protección del consumidor...

Como recuerda el profesor/magistrado Sr. Orduña Moreno en su publicación "*Control de transparencia y cláusulas suelo*", en función del origen o fundamento de la nulidad declarada podemos distinguir entre la "*nulidad contractual de carácter estructural*", que vendría determinada por el incumplimiento de los requisitos que configuran el negocio jurídico en sentido clásico, ya el marco de la nulidad de pleno derecho (por ausencia radical de tales elementos constitutivos como el requisito de forma ad solemnitatem, la falta absoluta del consentimiento, falta de objeto o ilicitud de la causa), ya en el área de la anulabilidad (vicios del consentimiento...), de la "*nulidad funcional*" o delimitadora, que resulta del control de contenido y del control de transparencia de las condiciones generales de la contratación.

En el fondo, la diferencia viene motivada por la evolución de la teoría del negocio jurídico y la incesante aparición de nuevas modalidades contractuales, muchas de ellas carentes de regulación específica y, en todo caso muy por delante del siempre tardío abordaje normativo, de forma que el único parámetro de control termina siendo el sistema de protección establecido, con carácter general en el texto refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, aprobado por Real Decreto legislativo 1/2007, de 19 de noviembre, la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, y la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, o, en ámbitos más específicos como el bancario o financiero, la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores y normativa de desarrollo (v.gr. RD 217/2008, de 15 de febrero), las Directivas 2005/29/CE, de 11 de mayo de 2005, 2008/48/CE, de 23 de abril de 2008, y 2009/29/CE, de 23 de abril de 2009, entre otras.

Pues bien, la declaración de nulidad no comporta en todo caso y al margen del origen o defecto que la motivó el régimen sancionatorio previsto en el art. 1303 CC, sino que la determinación de sus consecuencias debe realizarse atendiendo a la naturaleza de la relación jurídica que se anula y a la causa que provoca la nulidad, de modo que su castigo se adecúe a la tipología del negocio o de la estipulación anulada y las circunstancias que confluyeron para decretar su nulidad.

Mientras que en el caso de una nulidad estructural, la finalidad pretendida es devolver las cosas al estado que tenían inmediatamente antes del negocio, tomando como ejemplo el contrato de compraventa, que es el esquema que el legislador tenía en mente al redactar el art. 1303 CC, en cambio, en el supuesto de una nulidad funcional, el objetivo no es castigar la existencia de un vicio o defecto estructural del contrato o de algunos de sus elementos en sí mismos considerados, sino depurar o limpiar aquellos aspectos que incumplen las medidas o controles valorativos establecidos para garantizar la corrección de la cláusula y que su





ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA

inserción en el contenido contractual se realiza de manera transparente y leal.

De ahí que, al declarar la nulidad funcional, por ejemplo de una cláusula suelo por falta de transparencia, como es el caso, el Juez pueda y deba *"delimitar el desarrollo de la eficacia contractual pudiendo provocar, en su caso, una suerte de ineficacia funcional que no se rige por el régimen típico de la nulidad del contrato"*, sino que habrá que modular acomodando el régimen sancionatorio del art. 1303 CC a esa ineficacia funcional derivada del hecho de que la cláusula o condición general de la contratación no hay superado el filtro o control establecido.

En definitiva, tratándose de la nulidad de una cláusula suelo por falta de transparencia, el art. 1303 CC no actúa automáticamente, ni, en consecuencia, la declaración de nulidad despliega todos sus efectos con carácter retroactivo al momento de perfección del contrato, puesto que no se trata de restituir el estado de cosas a la situación primitiva, sino de expulsar la cláusula del contrato y tenerla por no puesta, que es lo que ordenan tanto el art. 83 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios como el art. 6 de la Directiva 93/13/CEE, de forma que en estos casos la regla de la retroactividad deberá ser modulada en atención a la estructura de la eficacia contractual ya desplegada.

Incluso sin acudir a los desarrollos de la moderna doctrina, el ejemplo lo tenemos en figuras contractuales tan próximas y tradicionales como el contrato de arrendamiento de cosas o servicios. Piénsese en un arrendamiento de vivienda que, años después de su celebración, se anula por cualquiera de los motivos legalmente previstos; no podemos aplicar el art. 1303 CC con efectos retroactivos porque, aunque la renta pudiera reembolsarse, ¿qué pasa con el uso de la vivienda? Y, lógicamente, no puede imponerse la devolución del alquiler cuando el disfrute del inmueble ya se ha producido y no puede volverse atrás.

El problema, que es extensible al resto de contratos de tracto sucesivo con alguna salvedad como el préstamo u otros en que las obligaciones se circunscriban a prestaciones dinerarias o cosas fungibles, no puede resolverse mediante la aplicación rutinaria del art. 1303 CC, sino que habrá que adaptar el precepto, y por tanto la fuerza de la retroactividad, a las circunstancias concurrentes, so pena de llevar a consecuencias no queridas por la propia norma.

Una cosa es que, como regla general, la nulidad del contrato o de alguna cláusula específica comporte la restitución prevista en el art. 1303 CC, al haber quedado sin validez el título de la atribución patrimonial a que dieron lugar (lo que es nulo no produce ningún efecto), dado que ésta se queda sin causa que la justifique, y otra cosa muy distinta es que esta regla opere en todo caso y sin tener en cuenta el concreto resultado a que conduciría la vuelta atrás de la reglamentación negocial.

En este sentido la STS de 13 de marzo de 2013, tras recordar la aplicación del art. 1303 CC como regla general, señaló: "No obstante, la "restitutio" no opera con el automatismo que le atribuye la recurrente. Antes bien, el fundamento de la regla de liquidación de la reglamentación contractual declarada nula que contienen los artículos identificados en los dos motivos y por la que se pretende conseguir que las partes afectadas vuelvan a la situación patrimonial anterior al contrato, no es otro que evitar que una de ellas se enriquezca sin causa a costa de la otra -sentencias 485/2000, de 16 de mayo, y 571/2008, de 23 de junio- y ésta es una consecuencia que no siempre se deriva de la nulidad. Es el caso, por ejemplo, de relaciones integradas por obligaciones recíprocas de ejecución continuada o sucesiva que han funcionado durante un tiempo sin desequilibrio económico para ninguna de las partes -sentencia 109/2009, de 26 de febrero-, tanto más si la prestación de una de ellas no puede ser restituida."

Y la misma sentencia concluye: "Por lo tanto, pese a la constancia de que la atribución no tuvo causa, la condena a restituir dependerá de que se haya producido el enriquecimiento."

La STS de 26 de febrero de 2009 abunda en la misma línea al interpretar los efectos de la declaración de nulidad de contrato de abanderamiento: "la restitución recíproca de las prestaciones establecida en el art. 1303 CC puede tener unos límites racionales similares a los que la jurisprudencia ha reconocido para algunos casos de resolución contractual (p. ej. SSTs 17-7-07 y 28-6-77). Este imposible retorno de los efectos de un contrato nulo que ha estado ejecutándose durante años se advierte especialmente en casos, como el presente, de contratos complejos con una prestación principal de suministro para revender, pues entonces resulta que el abastecido, en este caso la mercantil titular de la estación de servicio, ha vendido a su vez el carburante a terceros lucrándose en la reventa. Esto supone, de un lado, que los efectos de la nulidad no puedan ser absolutos o ilimitados, pues nunca podrían alcanzar a las ventas de carburante hechas en la estación de servicio a los consumidores finales; y de otro, que unos efectos limitados como los que propone la parte demandada-reconviniente, planteándolos ahora desde la perspectiva del enriquecimiento injusto, tampoco sean procedentes porque, en rigor, esta misma perspectiva exigiría computar no sólo la ganancia de esa misma parte litigante en la reventa del carburante a los consumidores finales sino también, como con razón alega la parte recurrida al oponerse a este motivo, las ventajas derivadas de su abanderamiento por SHELL y de otras prestaciones de ésta que también son irreversibles..."

E igualmente, la STS de 15 de abril de 2009: "En lo que aquí ahora interesa, matiza la Sentencia de esta Sala de 26 de julio de 2000 que «el precepto anterior puede resultar insuficiente para resolver todos los problemas con traducción económica derivados de la nulidad contractual por lo que puede ser preciso acudir a la aplicación de otras normas (como la propia parte recurrente implícitamente reconoce), de carácter complementario, o supletorio, o de observancia analógica,



*tales como los preceptos generales en materia de incumplimiento de obligaciones (arts. 1101 y sgs.) y los relativos a la liquidación del estado posesorio, (arts. 452 y sgs), sin perjuicio de tomar en consideración también el principio general de derecho que veda el enriquecimiento injusto»."*



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA

No estamos, pues, ante una doctrina planteada ex novo con motivo de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo, y menos aún ante una decisión que excepcione la "ordinaria" aplicación del art. 1303 CC, sino ante una línea jurisprudencial consolidada, en la que se puede citar igualmente la STS de 15 de enero de 2010 que, en esencia, supone que el art. 1303 CC no puede aplicarse mecánica y literalmente con independencia de la figura contractual de que se trate o de la causa de la nulidad, sino que la restitución de las recíprocas prestaciones habrá de ajustarse racionalmente de conformidad con las circunstancias concurrentes y principios generales, entre los que destacan la prohibición del enriquecimiento injusto, la seguridad jurídica, la buena fe o el orden público económico.

#### **Aplicación jurisprudencial de la doctrina expuesta a la declaración de nulidad de la cláusula suelo.**

Una vez admitida la posibilidad, no como excepción, sino como una opción que se abre ante el Tribunal en atención a la modalidad contractual, el motivo de la nulidad, el juego de principios generales y riesgos previsibles y prevenibles, consecuencias derivadas..., procede examinar las concretas razones que el Tribunal Supremo tuvo en cuenta para concluir que la declaración de nulidad de las cláusulas suelo desplegaba efectos solo hacia el futuro.

El Alto Tribunal menciona el carácter lícito de las cláusulas suelo: que su inclusión en los contratos a interés variable responde a razones objetivas apuntadas por el Banco de España (el coste del dinero y los gastos de estructura necesarios para producir y administrar los préstamos); que no se trata de cláusulas inusuales o extravagantes (casi el 97% de los préstamos concedidos con la vivienda como garantía hipotecaria están formalizados a tipo de interés variable); que su utilización ha sido tolerada largo tiempo por el mercado (su peso alcanzaba casi al 30% de la cartera ya antes de 2004); que la condena a cesar en el uso de las cláusulas y a eliminarlas por abusivas no se basa en la ilicitud intrínseca de sus efectos -en cuyo caso procedería la nulidad de las cláusulas suelo sin más-, sino en la falta de transparencia; que la falta de transparencia no deriva de su oscuridad interna, sino de la insuficiencia de la información reglamentariamente exigida; con las cláusulas se pretendía impedir cambios significativos en las cuotas iniciales a pagar, tenidas en cuenta por los prestatarios en el momento de decidir sus comportamientos económicos; que en cualquier momento podían cuestionarse mediante la sustitución del acreedor; y, finalmente, que la retroactividad de la sentencia generaría el riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico.

La sentencia apunta de manera clara al motivo o causa de la declaración de nulidad, que no deriva de una hipotética ilicitud, sino de la falta de transparencia, que a su vez obedece a la insuficiencia de la información proporcionada. Asimismo se alude a su fundamento objetivo y finalidad plausibles (evitar modificaciones bruscas en las cuotas que el prestatario se representó para consentir el préstamo), la habitualidad y asunción generalizada de su uso y afectación del orden público económico.

Nos encontramos, por tanto, no ante una anormalidad o una excepcionalidad, sino ante uno de los supuestos (la concreta causa de la declaración de nulidad), que la jurisprudencia ha valorado reiteradamente a los efectos de graduar la sanción que la nulidad lleva en principio aparejada. Supuesto en el que, además, concurren circunstancias específicas que refuerzan la opción por la modulación de la sanción.

### **Eficacia de la sentencia del pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013.**

El Juzgado "a quo" rechaza la doctrina fijada en la mencionada sentencia aludiendo a que carece de efectos de cosa juzgada, a que la propia resolución afirma su ineficacia ultrapartes, a que allí se ejercitó una acción distinta y, en última instancia, que en el presente caso no concurren los riesgos apuntados por el Tribunal Supremo.

Por lo que se refiere a los dos primeros puntos, la misma sentencia de 9 de mayo de 2013 aclara en el apartado 299:

*"cuando el objeto del proceso es una disposición general, es preciso superar las fronteras subjetivas que fija el artículo 222.3 LEC-"[l]a cosa juzgada afectará a las partes del proceso en que se dicte y a sus herederos y causahabientes, así como a los sujetos, no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo previsto en el artículo 11 de esta Ley"-y proyectar sus efectos ultra partes, como instrumento para alcanzar el objetivo señalado en el artículo 7.1 de la Directiva 93/13/CEE de que cese el uso de las cláusulas abusivas, y a tal efecto la regla 2ª del artículo 221.1 dispone que "[s]i como presupuesto de la condena o como pronunciamiento principal o único, se declara ilícita o no conforme a la ley una determinada actividad o conducta, la sentencia determinara si conforme a la legislación de protección de consumidores y usuarios la declaración ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente"."*

Y el apartado 300 de la misma resolución concreta la extensión de efectos del pronunciamiento de nulidad en los siguientes términos:

*"Sin embargo, tal proyección erga omnes exige tener en cuenta que la EM LEC, al tratar de la tutela de intereses jurídicos colectivos llevados al proceso, afirma que"[e]n cuanto a la eficacia subjetiva de las sentencias, la diversidad de casos de protección impone evitar una errónea norma generalizadora", y en el caso enjuiciado, la demandante,*



*pese a que interesó la declaración de nulidad indiscriminada de las cláusulas suelo de los préstamos a interés variable celebrados con consumidores, no interesó su eficacia ultra partes, lo que, unido al casuismo que impregna el juicio de valor sobre el carácter abusivo de las cláusulas cuando afecta a la suficiencia de la información, nos obliga a ceñirlos a quienes oferten en sus contratos cláusulas idénticas a las declaradas nulas, cuando no se hallen completadas por otras que eliminen los aspectos declarados abusivos."*

Así pues, no hay duda de que la decisión sobre la irretroactividad carece de fuerza de cosa juzgada y no puede vincular a terceros distintos de los que fueron parte en el pleito.

Ahora bien, ello no obsta a que la doctrina sentada en la repetida sentencia tenga eficacia y sea oponible en todos aquellos supuestos en que se ventile análogo conflicto o se formule similar pretensión.

De entrada, conviene recordar que el art. 1.6 del Código Civil dispone que *"la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho"*.

La jurisprudencia no es fuente del Derecho: ni crea norma, ni produce derecho positivo, ni es un modo sui generis de manifestarse el derecho. El art. 1 CC no configura la jurisprudencia como fuente del Derecho, ni la considera tal la constitución, cuyo art. 117 establece que los órganos jurisdiccionales están sometidos únicamente al imperio de la ley.

Sin embargo, eso no supone que carezca de valor alguno. De un lado, y de acuerdo con el art. 1.6 CC, complementa el ordenamiento jurídico, en el sentido de que interpreta y aplica las verdaderas fuentes, fijando el modo uniforme de aplicar el Derecho y, por tanto, elaborando el denominado Derecho "vivo"; y, de otro lado, su infracción permite interponer el recurso de casación por interés casacional, al amparo del art. 477 apartados 2.3º y 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, entendiéndose que un recurso presenta interés casacional *"cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo"*.

Es cierto que el art. 1.6 CC exige que la doctrina sea reiterada, es decir, que provenga de do o más sentencias. Pero ya se ha analizado que la graduación de los efectos de la declaración anulatoria en función de la modalidad negocial, la causa u motivo determinante de la nulidad o del conjunto de principios generales que informan el ordenamiento jurídico y las circunstancias en cada caso concurrentes, no es algo nuevo, sino que se enmarca en una consolidada línea jurisprudencial.

Si a ello se añade que no estamos ante una sentencia sin más, sino ante una sentencia dictada en un recurso cuyo conocimiento se ha abocado al pleno de la Sala, precisamente con la finalidad de fijar y consolidar la doctrina

jurisprudencial en relación con la interpretación del art. 1303 CC (véanse los arts. 197 y 264 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), no pueden los órganos jurisdiccionales inferiores desatender los dictados de aquella resolución, salvo motivación suficientemente fundada que justifique las razones excepcionales del apartamiento. Otra postura implicaría no solo desconocer la función integradora y unificadora de la jurisprudencia, sino obviar el principio constitucional de seguridad jurídica.

Por otra parte, se argumenta que la acción ejercitada en el asunto resuelto por el Tribunal Supremo no es la misma: allí se ejercitó una acción colectiva de cesación, mientras aquí se interpone una acción individual de nulidad y condena.

El argumento no puede acogerse porque, de acuerdo con reiterada jurisprudencia (cfr. STS de 15 de abril de 2009, que cita las SSTs de 10 de junio de 1952, 22 de noviembre de 1983, 24 de febrero de 1992, 6 de octubre de 1994, 9 de noviembre de 1999), el efecto restitutorio no está condicionado a la petición expresa del interesado, puesto que nace de la ley, de suerte que, en aquellos casos que proceda la aplicación del art. 1303 CC en toda su extensión, es indiferente que se haya formulado una acción colectiva o particular y que se haya instado expresamente la restitución retroactiva o no.

Se alega también que en el presente caso no concurren los riesgos de trastorno grave del orden público económico que el Tribunal Supremo ponderó para evitar la retroactividad.

Tampoco puede compartirse este alegato porque, primero, el riesgo de afectación del orden público se cita en la sentencia como uno más de los factores que determinaron la decisión (el último, para más señas), sin una trascendencia mayor que los anteriormente expresados en la resolución; y, segundo, como acertadamente dice el recurrente, el conflicto enjuiciado no puede abordarse como algo ajeno al conjunto de procedimientos derivados de la nulidad de las cláusulas suelo incorporadas en miles de procedimientos, y ésa fue justamente la razón a la que alude el Tribunal Supremo en su sentencia. El efecto sería el mismo si el Tribunal Supremo hubiese acordado la retroacción de efectos con carácter general, que si se acordase procedimiento a procedimiento o escritura a escritura.

En estas condiciones procede estimar el motivo de impugnación en el sentido de que la declaración de nulidad de la cláusula y, consiguientemente, su expulsión del contrato, no comporta por sí sola efectos *ex tunc*, esto es, su aplicación retroactiva al momento de consumación del negocio y consecuente devolución de las cantidades satisfechas en aplicación de dicha cláusula, sino que la declaración despliega sus efectos desde el momento de la sentencia que establece la nulidad, sin afectar a los efectos ya consumados.”.

**CUARTO.**— La desestimación del recurso conlleva la imposición de costas de apelación (art. 398.1 LEC).



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA

Vistos los preceptos citados y demás de pertinente aplicación,

## **FALLAMOS**



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTIZIA

Que debemos desestimar y desestimamos el Recurso de Apelación formulado por la representación procesal de D. ...., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Pontevedra, con sede en Vigo, en autos de juicio ordinario registrados bajo el número 85/2013, confirmando la misma con imposición de las costas de esta alzada a la parte apelante.

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

