|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| ASTURIAS |  |  |  |
| **Roj: SAP O 1939/2014**  **Id Cendoj: 33044370052014100201**  **Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo (Sección 5) de uno de Julio de dos mil catorce. Nº de Recurso: 235/2014. Nº de Resolución: 187/2014**  **Ponente: MARIA JOSE PUEYO MATEO** | | | |
| Pronunciamiento | Desestimar el recurso de apelación interpuesto por Banco Popular Español, S.A. contra la sentencia dictada en fecha siete de abril de dos mil catorce por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Oviedo. | | |
| Analisis: | Se recurre asimismo el pronunciamiento de la sentencia de primera instancia en cuanto da retroactividad a la declaración de nulidad de la cláusula y acuerda la devolución de las cantidades que a lo largo del contrato la demandada ha cobrado en aplicación de la cláusula nula. La entidad demandada se ha opuesto a tal petición invocando la propia sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2.013 (RJ 2013, 3088) que declara la irretroactividad de la sentencia y determina que no afectará a los pagos hechos durante la vigencia del contrato y hasta la fecha de la citada resolución.  Pues bien, esta Sala, en la sentencia de 28 de marzo de 2.014 , ha abordado este tema, habiendo declarado: "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 ), 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 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 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 con carácter general y, por tanto, se desestima el recurso.".  Por su parte la Sección 4ª de esta Audiencia Provincial en su sentencia de 8 de mayo de 2.014 declara:  "No existen razones en este caso para no aplicar la retroactividad, sin que ello suponga contradecir la ST 9-5-2013 , por cuanto que ésta como bien recoge tan citada sentencia de la A.P. de Jaén "por cuanto ésta 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" , siendo por tanto la regla general la de la retroactividad  tal y como claramente establece el art. 1303 al imponer el deber de restitución de las prestaciones habidas en virtud del contrato, no concurren en el caso las razones expresadas en la referida ST del Pleno, y que justifican acoger el criterio excepcional por razones de seguridad jurídica y para evitar el enriquecimiento injusto por lo que, en aras de lo expuesto, debe ser desestimado el recurso en su integridad, confirmándose la sentencia | | |
| critica -contraste | RETROACTIVIDAD  En idénticos términos la Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo Sección 5 de 1 de julio de 2014. Nº de Recurso: 235/2014. Nº de Resolución: 187/2014. Ponente: MARIA JOSE PUEYO MATEO  ROJ SAP O 1939/2014  Id Cendoj: 33044370052014100201 | | |