|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| ISLAS BALEARES | |  |  |  |
| **Audiencia Provincial de Islas Baleares (Sección 5ª) Sentencia num. 155/2014 de 26 mayo**  AC\2014\1028 | |  | | |
| Pronunciamiento | | **declara haber lugar en parte** al recurso de apelación interpuesto por la parte demandante frente a la Sentencia, de fecha08-01-2014, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de dicha localidad en juicio ordinario , en el que recayó Sentencia sobreseyendo el procedimiento al apreciar la concurrencia de la excepción de cosa juzgada material. | | |
| Analisis: | | La entidad demandada excepciona la concurrencia de **cosa juzgada material**, con fundamento en la Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 , indicando que a raíz de su dictado, la demandada ha procedido a la eliminación de la "cláusula suelo" del préstamo de los accionantes y al recalculo de las cuotas devengadas desde dicha fecha, por lo que subsidiariamente invoca carencia sobrevenida del objeto.  Se considera que por lo que se refiere a la nulidad de la cláusula objeto de análisis, desde el momento en que es idéntica a la que fue objeto de análisis en aquella resolución del pleno, la nulidad allí declarada surte plenos efectos en el proceso que nos ocupa y, respecto de dicha acción procede declarar terminado el proceso, por carencia sobrevenida de objeto, al amparo de lo establecido en el artículo 22 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , máximo teniendo en cuenta la afirmación efectuada por la parte demandada, y acreditada a través de la documentación que aporta, en concreto la certificación obrante al folio 193, en la que se pone de manifiesto que la demandada "ha procedido a eliminar, con efectos desde el 9 de mayo de 2013, la cláusula de limitación a la variabilidad del tipo de interés, denominada coloquialmente "cláusula suelo", recogida en el préstamo número NUM000 , formalizado en escritura pública autorizada por el Notario D. Miguel Ángel Panzano Cilla en fecha 23 de diciembre de 2008, al número 1371 de su protocolo, del que son parte prestataria D. Jose Antonio y Dña. Salome ".  Reitera su Sentencia de fecha 31 de marzo de 2014 , en la que resolviendo un supuesto idéntico y tras exponer que "**no corresponde a los tribunales de instancia corregir la jurisprudencia que establece el Tribunal Supremo, sino que habrá de ser éste, a través de la resolución de los oportunos recursos extraordinarios quien, llegado el caso, mantenga, modifique o rectifique su criterio**" añadíamos con cita a la reciente sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 6 de marzo de 2014 , que *"la* STS de 9 de mayo de 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 (véase el 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 la mencionada sentencia de pleno, además de analizar 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, y como se argumentaba en la repetida* sentencia de esta Sección de 13 de febrero de 2014 *, 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.*  *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 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 adecué 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 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»."*  *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".*  En similar sentido se han pronunciado distintas Audiencias, entre otras, Burgos 25-01-2014, que cita a su vez las de Cáceres, 8-11-2013, Córdoba 31-10-2013, Cádiz 17-05-2013 y Madrid 23 de julio de 2013 ; Córdoba 12-06-13, Cáceres 2-10-13 y de Alicante de 12-07-2013 , y la Sección 3ª de esta Audiencia Provincial en resolución de fecha 13 de mayo de 2014.  La aplicación de dicha doctrina al caso, obliga a la estimación parcial de la demanda, condenando únicamente a la demandada a la devolución de las cantidades percibidas en virtud de la cláusula declarada nula **a partir del día 9 de mayo de 2013 más los intereses legales desde su cobro hasta la fecha de la devolución.** | | |
| critica -contraste | | IRRETROACTIVIDAD, cita jurisprudencia y doctrina sobre la irretroactividad de la nulidad, destacando la prohibición del enriquecimiento injusto.  Cosa Juzgada | | |
|  |  | | |  |
| **Audiencia Provincial**  **de** | |  | | |
| Pronunciamiento | |  | | |
| Análisis | |  | | |
| Crítica-contraste | |  | | |
|  | |  | | |
|  | |  | | |
| Critica o contraste | |  | | |
|  |  | | |  |
|  | |  |  |  |
|  | |  |  |  |
|  | |  |  |  |