



Roj: **SJM IB 870/2016 - ECLI:ES:JMIB:2016:870**

Id Cendoj: **07040470022016100087**

Órgano: **Juzgado de lo Mercantil**

Sede: **Palma de Mallorca**

Sección: **2**

Fecha: **06/04/2016**

Nº de Recurso: **538/2015**

Nº de Resolución: **132/2016**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **FERNANDO ROMERO MEDEL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

JDO. DE LO MERCANTIL N. 2

PALMA DE MALLORCA

SENTENCIA: 00132/2016

JDO. DE LO MERCANTIL N. 2 DE PALMA DE MALLORCA

TRAVESSA DE'N BALLESTER, 20

Teléfono: 971219387

Fax: 971219382

FRM

6360A0

N.I.G. : 07040 47 1 2015 0001252

ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000538 /2015

Procedimiento origen: /

Sobre OTRAS MATERIAS

DEMANDANTE D/ña. Teofilo

Procurador/a Sr/a. MARIA ELLEN DOLS WINKLER

Abogado/a Sr/a.

DEMANDADO D/ña. BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA SA

Procurador/a Sr/a. JUAN REINOSO RAMIS

Abogado/a Sr/a.

SENTENCIA N° 132/2016

En la ciudad de Palma de Mallorca a 6 de abril de 2016.

Vistos por mí, D. Fernando Romero Medel, Juez de refuerzo del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de los de esta ciudad y su partido, los autos de juicio ordinario nº 538/2015, seguidos a instancia de la Procuradora D^a. María Ellen Dols Winkler, en nombre y representación de D. Teofilo , bajo la dirección letrada de D^a. Susana De Andrés, contra BANCO BILBAO VIZCAYA S.A., representada por el Procurador D. Juan Reinoso Ramis y bajo la dirección letrada de D. Mateo Juan Gómez, procedo a dictar la siguiente resolución, en base a los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO



Primero .- D^a. María Ellen Dols Winkler, en la representación antedicha, interpuso ante este juzgado, el día 4 de septiembre de 2015, demanda de Juicio Ordinario contra BANCO BILBAO VIZCAYA S.A., en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba solicitando que se dictase sentencia por la que:

"1) Se declare la nulidad de "la cláusula suelo" establecida en las condiciones financieras que limita la bajada del tipo de índice de referencia al 2'5%, impidiendo que se le aplique el índice de referencia vigente.

2) Se declare la nulidad de la "comisión de gestión de reclamación de débitos" de treinta euros (30'00.- EUROS) por cada cuota vencida y no satisfecha, estipulación primera, epígrafe 1.15.4.

2) La nulidad de los "intereses de demora" cobrados por ser nulos. no incorporada la cláusula suelo a la escritura pública de novación, de fecha 1 de agosto de 2007, suscrita entre mi representado y la entidad BBVA.

4) Se condene a la entidad demandada a restituir al actor las cantidades de: CUATROCIENTOS CINCUENTA Y OCHO EUROS CON OCHENTA CÉNTIMOS (458'80.-EUROS), mas los intereses de demora y comisiones de gastos de reclamación cobrados desde el 29-04-2009 no incluidos en la cantidad citada, mas las cantidades que se han cobrado como consecuencia de la aplicación de la cláusula suelo.

Todo ello, con imposición de las costas generadas a la parte demandada."

Segundo .- Admitida a trámite la demanda, por Decreto de 4 de noviembre de 2015, se procedió a emplazar a la demandada para que compareciese y formulase contestación a la misma, lo que hizo mediante escrito de 9 de diciembre de 2015. La parte demandada tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación al caso terminó solicitando al juzgado que dictase sentencia por la que:

*"A. Se **DESESTIME** íntegramente la demanda interpuesta por don Teofilo .*

*B. Se **IMPONGAN** las costas al actor."*

Tercero .- Convocadas las partes al acto de la audiencia previa al juicio, ésta tuvo lugar el 5 de abril de 2016, a la que comparecieron ambas partes, con el resultado que obra en autos. En la audiencia previa se resolvieron las excepciones procesales: de demanda defectuosa en relación a la impugnación de la cláusula de intereses de demora (apreciada de oficio) y de cosa juzgada (esta última alegada por la demandada en su contestación), en el sentido que es de ver en los fundamentos de esta resolución. Tras la resolución de estas excepciones devino sin objeto la relativa a la interdicción de condenas indeterminadas también invocada por la demandada en su contestación.

Así pues, la discrepancia entre las partes quedó reducida a una cuestión meramente jurídica, por lo que en aplicación de lo dispuesto en el artículo 428, en sus apartados 3º y 9º LEC , los autos quedaron vistos para sentencia.

Cuarto.- En la tramitación de los autos se han cumplido todas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- *Excepción procesal de demanda defectuosa en relación a la impugnación de la cláusula de intereses de demora .*

En la audiencia previa se advirtió a las partes de que se apreciaba de oficio la excepción de modo defectuoso en el modo de proponer la demanda en relación a la impugnación de la cláusula de intereses de demora debido a que tal cláusula no existía en la escritura de novación de préstamo hipotecario de 29 de abril de 2009, que era la única que se había impugnado en la demanda.

Después del correspondiente traslado a las partes, la excepción fue estimada por las razones que se exponen a continuación.

La cláusula que se impugna es la que se contiene en la página 47 de la escritura de novación de préstamo hipotecario de 29 de abril de 2009, en concreto en el apartado 1.14 "Ampliación de responsabilidad hipotecaria de la finca", letra c), cuyo significado es que en el caso de que el prestatario incumpliera su obligación de devolver el préstamo en los plazos pactados, el valor de la finca le aseguraría al banco: (es decir, con el precio que se obtuviera en la hipotética subasta de la finca se le pagarían al banco:)

- el capital, que es la letra a),

- los intereses ordinarios, que es la letra b), con el límite de 1.695'75 €,

- y los intereses de demora, que es la letra c), con el límite de 5.087'26 €;



de modo que todo lo que excediera de esas cantidades ya no se le pagaría al banco con el precio que se hubiera obtenido en la hipotética subasta de la finca, sino que se le tendría que pagar con el patrimonio personal del prestatario.

Ahora bien, esto no significa que BBVA aplique o haya aplicado unos intereses de demora del 35'99%, como se dice en la demanda, sino que los intereses de demora que se han aplicado son los que se contienen en la cláusula 6ª del préstamo de 20 de abril de 2005, que fija un interés de demora del 19%.

Sin embargo, ni esta escritura de préstamo de 20 de abril de 2005 ni su cláusula 6ª se impugnan en la demanda, de hecho, ni siquiera se aporta la escritura de este último préstamo con los documentos adjuntos a la demanda, sino que se aporta con la contestación, por lo que debemos apreciar el defecto procesal de modo defectuoso en el modo de proponer la demanda, y decretar el sobreesimiento del proceso en lo relativo a la cláusula de intereses de demora de la escritura de novación de préstamo hipotecario de 29 de abril de 2009, ya que no existe ninguna cláusula de intereses de demora en esta escritura de novación.

Segundo.- Excepción procesal de cosa juzgada .

En la contestación a la demanda se invocó esta excepción procesal, que después del correspondiente traslado a las partes, fue estimada debido a la doctrina jurisprudencial contenida en la STS de 25 de marzo de 2015 que extiende tanto los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula suelo por falta de transparencia contenida en la STS de 9 de mayo de 2013 como de irretroactividad de dicha declaración a los actores que hubiesen ejercitado una acción individual de nulidad y de reclamación de cantidades.

A mayor abundamiento, en cuanto a la declaración de nulidad de la cláusula , la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2015 señala:

"CUARTO.- Consideraciones sobre el Motivo del recurso.

1. La doctrina, a raíz del dictado y publicación de la Sentencia de Pleno de la Sala de 9 de mayo de 2013 , se ha planteado por ser esta fruto del ejercicio de una acción colectiva, si produce efecto de cosa juzgada en un posterior proceso en el que se ejercita una acción individual referida a la misma condición general de la contratación.

2. Se han postulado varias soluciones a la interrogante: i) Quienes entienden, y alguna resolución así lo avala, que más que cosa juzgada lo que se produce es una carencia sobrevinida del objeto, pues no tendría sentido pronunciarse nuevamente sobre una condición general que ya había sido declarada abusiva en un proceso anterior; ii) Quienes opinan que, frente a la regla general que consagra la vinculación subjetiva a las partes en el proceso (res iudicata inter alios), en estos supuestos la cosa juzgada se extiende más allá de las concretas personas que intervinieron en el procedimiento, afectando también a quienes sean titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo dispuesto en el artículo 11 LEC , de manera similar a lo que ocurre con las sentencias recaídas en los procesos de impugnación de acuerdos sociales, que afectan tanto a los socios intervinientes en aquél como a aquellos que no intervinieron. Consecuencia de lo anterior sería que no fuese necesario que el **consumidor** fuera parte en el proceso en el que se declare la nulidad de una determinada condición general de la contratación que le afecte, ya que la sentencia que así lo declare extenderá sus efectos sobre el mismo, tanto en el aspecto positivo como en el negativo de la cosa juzgada. De ahí que el artículo 519 LEC establezca un incidente específico para que en tales supuestos el **consumidor** pueda solicitar su reconocimiento como «beneficiario» de dicha sentencia e interesar su ejecución, sin que tenga que entablar un nuevo proceso con idéntico objeto; iii) Se añade por ese sector doctrinal que se estaría en presencia de un supuesto de cosa juzgada positiva o prejudicial , pues ha de tenerse presente también la vinculación de la sentencia para los Tribunales posteriores, como se deriva tanto de lo dispuesto para este tipo de acciones en los artículos 221.1 y 222.3 y 4 LEC , como con carácter general en los artículos 400 y 421 LEC tesis avalada por alguna resolución judicial; iv) Finalmente cabe decir que la Sala en Sentencia de 17 de junio de 2010 estableció que: a) será la sentencia recaída en el proceso de acción colectiva la que ha de determinar si los efectos de la cosa juzgada han de extenderse a los **consumidores** que no hayan sido parte ni comparecido en el proceso; y b) prevé el supuesto en que no se hubiese procedido así." .

3. **A partir de las anteriores tesis doctrinales, procede descender a los pronunciamientos de la sentencia de 9 de mayo de 2013 para fijar cuál fue el contenido de su decisión respecto de los efectos de la declaración de nulidad, a fin de indagar si la cláusula de esta concreta litis, cuya nulidad se ha postulado por entenderse abusiva, se encuentra inserta en el ámbito de la acción de cesación objeto de aquella sentencia o, por el contrario, es similar pero no de las específicamente enjuiciadas predisuestas por las entidades contra las que se dirigió la acción de cesación.**

4. La sentencia citada de Pleno afirma con rotundidad en su parágrafo 300 que se ciñe "[...] a quienes oferten en sus contratos cláusulas idénticas a las declaradas nulas[...]", razonando que pese a que la demandante 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, es por lo que la Sala se ve obligada a ceñirse a las antes mencionadas.

Ello naturalmente no impide a que al enjuiciarse cláusulas de esta naturaleza no idénticas, y así se vienen pronunciando con profusión los Tribunales, se analicen aplicando la doctrina de la Sala, para decidir si incurren o no en abusividad.

5. Continuando con el anterior discurso lógico **se ha de convenir que la cláusula suelo del préstamo a interés variable cuya nulidad interesan los actores de esta litis es idéntica a las que fueron objeto de la acción de cesación y en el marco de un contrato celebrado precisamente con una de las entidades demandadas, a saber, BBVA.**

6. Es por todo ello que la Sentencia recurrida concluye, como hemos recogido en el resumen de antecedentes, que la cláusula del contrato suscrito entre BBVA y los actores es nula, afirmándose en este extremo que puede declararse que existe carencia sobrevenida del objeto. A tal conclusión llega en atención a la: i) identidad de la misma con las relativas a las de tipos de interés que fueron declarados nulos por la sentencia de 9 de mayo de 2013 ; ii) que, tras la firmeza de esta sentencia, el BBVA devino condenado a su eliminación; iii) a que tal declaración y condena, con cita de la doctrina de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de abril de 2012 , surte efectos para cualquier **consumidor** que haya celebrado con el profesional de que se trate un contrato al cual le sean de aplicación las mismas condiciones generales, incluso para los **consumidores** que no hayan sido parte en el procedimiento de cesación."

7. Si corolario de lo expuesto y razonado es que **la Sentencia del Pleno de la Sala de 9 de mayo de 2013 alcanza a los actores en sus efectos de declaración de nulidad de las cláusulas de un modo directo ...**".

Y en este mismo sentido se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015 , también referida a las cláusulas suelo de BBVA:

" Decisión de la Sala. Apreciación de cosa juzgada.

1.- La referida sentencia de esta Sala nº 241/2013, de 9 de mayo , estableció en el apartado 7º de su Fallo: "Declaramos la nulidad de las cláusulas suelo contenidas en las condiciones generales de los contratos suscritos con **consumidores** descritas en los apartados 2, 3 y 4 del antecedente de hecho primero de esta sentencia". A su vez, dentro de tales apartados, se incluían las siguientes cláusulas suelo utilizadas por el BBVA (parte condenada en dicha resolución):

a) El tipo aplicable al devengo de los intereses ordinarios no podrá ser, en ningún caso, superior al 12,00 % ni inferior al 2,50 % nominal anual.

b) En todo caso, aunque el valor del índice de referencia que resulte de aplicación sea inferior al 2'50 %, éste valor, adicionado con los puntos porcentuales expresados anteriormente para cada supuesto, determinará el "tipo de interés vigente" en el "período de interés". Todo ello, sin perjuicio de la aplicación en su caso de la bonificación prevista en el apartado siguiente. El tipo aplicable al devengo de los intereses ordinarios no podrá ser, en ningún caso, superior al 15 % nominal anual.

c) En todo caso, aunque el valor del índice de referencia que resulte de aplicación sea inferior al 2,25%, éste valor, adicionado con los puntos porcentuales expresados anteriormente para cada supuesto, determinará el "tipo de interés vigente" en el "período de interés".

2.- A su vez, la sentencia de esta Sala nº 139/2015, de 25 de marzo , en un supuesto de acción individual, confirmó la nulidad de una cláusula suelo de "BBVA" del siguiente tenor: "En todo caso, aunque el valor del índice de referencia que resulte de aplicación sea inferior al 2'50%, éste valor, adicionado con los puntos porcentuales expresados anteriormente para cada supuesto, determinará el "tipo de interés vigente" en el "periodo de interés". Todo ello, sin perjuicio de la aplicación en su caso de la bonificación prevista en el apartado siguiente. El tipo aplicable al devengo de los intereses ordinarios no podrá ser, en ningún caso, superior al 15 % nominal anual". Es decir, una estipulación idéntica a la modalidad "b" antes transcrita.

3.- Asimismo, la sentencia 222/2015, de 29 de abril , también en un caso de acción individual, confirmó la nulidad de la siguiente cláusula utilizada por "BBVA": "En todo caso, aunque el valor del índice de referencia que resulte de aplicación sea inferior al dos con veinticinco (2,25) por ciento, este valor, adicionado con los puntos porcentuales expresados anteriormente para cada supuesto, determinará el "tipo de interés vigente" en el "periodo de interés". Todo ello, sin perjuicio de la aplicación en su caso de la bonificación prevista en el apartado siguiente. El tipo aplicable al devengo de los intereses ordinarios no podrá ser, en ningún caso, superior al quince (15) por ciento nominal anual".



4.- La cláusula suelo utilizada por el "BBVA" que fue declarada nula por la sentencia ahora recurrida dice: "En todo caso, aunque el valor del índice de referencia que resulte de aplicación sea INFERIOR AL 2.25%, éste valor, adicionado con los puntos porcentuales expresados anteriormente para cada supuesto determinará el "tipo de interés vigente" en el "periodo de interés". Todo ello, sin perjuicio de la aplicación en su caso de la bonificación prevista en el apartado siguiente. El tipo aplicable al devengo de los intereses ordinarios no podrá ser, en ningún caso, SUPERIOR AL 15% NOMINAL ANUAL".

Esta condición general es idéntica a la tratada en la sentencia 222/2015 .

5.- Como recordamos en la citada sentencia nº 139/2015, de 25 de marzo , la sentencia de 9 de mayo de 2013 condenó a BBVA a eliminar las antedichas cláusulas de los contratos. Y en el párrafo 300 de esta última resolución dijimos expresamente que los efectos de cosa juzgada se ceñían a cláusulas idénticas a las declaradas nulas. **Es decir, los efectos de la sentencia 241/2013 se extienden, subjetivamente , a las cláusulas utilizadas por las entidades que fueron demandadas en aquel procedimiento, y, objetivamente , a las "cláusulas idénticas a las declaradas nulas, cuando no se hallen completadas por otras que eliminen los aspectos declarados abusivos. "**

Y según hemos visto, la afectada por el fallo de la sentencia ahora recurrida es igual a la del apartado "b" antes transcrito, salvo que el tipo inferior límite (suelo) era del 2,25% y no del 2,50%. Pero a su vez, esta cifra del 2,25%, al igual que el resto de la estipulación, es la misma que figura en la cláusula tratada por la sentencia 222/2015 . La identidad objetiva se individualiza a través del petitum ("lo que se pide") y de la causa de pedir ("con qué título o fundamento se pide"). Y en este caso, en las diversas sentencias citadas, coinciden esos dos elementos.

De donde cabe concluir que **existe identidad entre las cláusulas ya declaradas nulas en las sentencias de 9 de mayo de 2013 y 29 de abril de 2015 y la ahora enjuiciada, por lo que la nulidad de esta última es ya cosa juzgada, conforme al art. 222 , apartados 1 , 2 y 3, LEC .**

Lo que debe conducir a la desestimación del motivo sin mayores consideraciones."

Así pues, la cláusula discutida en este procedimiento ya ha sido declarada nula, por lo que no tendría sentido que volviésemos a declarar la nulidad de algo que ya ha sido declarado nulo en virtud de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 , y que por tanto ya está resuelto mediante sentencia firme, sin que proceda en este caso la devolución de cantidad alguna, ya que en virtud de la referida sentencia, que declaró la irretroactividad de la declaración de nulidad de la cláusula suelo, BBVA la dejó de aplicar al caso enjuiciado.

A efectos meramente ilustrativos, en relación a los efectos irretroactivos de la declaración de nulidad de la cláusula suelo también citaremos los pronunciamientos tanto de nuestra Audiencia Provincial como del Tribunal Supremo en los que fundamentan su decisión de no apreciar la nulidad con efectos retroactivos ex tunc sino sólo ex nunc.

Así, la Audiencia Provincial de Baleares, en su sentencia de 22 de diciembre de 2014 , revocó la decisión de este juzgador contenida en la sentencia de 28 de julio de 2014 por la que se condenaba a la entidad bancaria demandada a la devolución de las cantidades cobradas desde la fecha de la escritura de préstamo hasta la fecha de la demanda y las que se hubieran cobrado con posterioridad en virtud de la aplicación de la cláusula suelo, limitando nuestra Audiencia Provincial la retroactividad sólo hasta la fecha de la STS de 9 de mayo de 2013 , conteniéndose los razonamientos de la decisión de la Audiencia Provincial de Baleares en el fundamento de derecho cuarto de su referida sentencia, del siguiente tenor literal:

"En cuanto a las consecuencias de la declaración de nulidad resta, por analizar la procedencia de la acción de reclamación de cantidad que se ejercita como consecuencia de aquella nulidad, cuestión resuelta en sentencia SAP, Civil Sección 5ª del 26 de mayo de 2014 y en este aspecto, concurre el efecto positivo de la cosa juzgada, como ya tuvimos ocasión de señalar en la Sentencia de fecha 31 de marzo de 2014, en la que resolviendo un supuesto idéntico al que nos ocupa 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 quinta 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.

Es de señalar que el Tribunal Constitucional, por exigencias del principio de seguridad jurídica invocado por el Tribunal Supremo, 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 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)».

Y cuando analiza la categoría de la nulidad, en orden a si cualquier decisión que limite o relativice la aplicación del artículo 1303 del Código Civil, sea cualitativa o cuantitativamente violenta el sentido de la norma y debe ser rechazada, añade "la nulidad se diseñó en el Código Civil en íntima y lógica conexión con las figuras negociables 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 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 negociada.

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 mecánicamente 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." .

Por su parte, el Tribunal Supremo, en su sentencia del pleno de 25 de marzo de 2015, declara:

" SÉPTIMO.- Valoración de la Sala.

La Sentencia recurrida, con argumentos más acordes con un recurso de revisión de la sentencia del Pleno de la Sala de 9 de mayo de 2013 que de aplicación de su doctrina a los actores afectados directamente por la misma, niega la irretroactividad y accede y estima la devolución de las cantidades reclamadas, argumentando la diferente naturaleza de las acciones ejercitadas, una de cesación y otra individual, añadiendo que en la colectiva no se solicitó la devolución de las cantidades abonadas en virtud de las condiciones a que afecta la sentencia, mientras que en la acción individual si se contempla tal pretensión.

Sin embargo, tal distinción entiende la Sala que no se contempla en la Sentencia del Tribunal Supremo, recogiendo su parágrafo 282 que «como apunta el Ministerio Fiscal, la finalidad de las acciones de cesación no impide el examen de los efectos de la nulidad determinante de la condena a cesar en la utilización de las cláusulas abusivas y a eliminar de sus contratos los existentes, cuando éstas se han utilizado en el pasado.»



Además, añadimos que **no resulta trascendente, al efecto aquí debatido, que se trate de una acción colectiva o de una individual, puesto que el conflicto jurídico es el mismo y estamos en presencia de una doctrina sentada por la repetida sentencia para todos aquellos supuestos en que resulte, tras su examen, el carácter abusivo de una cláusula suelo inserta en un préstamo de interés variable cuando se den las circunstancias concretas y singulares que el Tribunal Supremo entendió que la tiñen de abusiva, debiendo ser, por ende, expulsada del contrato**.

OCTAVO.- Con las anteriores consideraciones el singular recurso que se somete a nuestro conocimiento tendría respuesta en sentido estimatorio. No obstante, en él se plantea la eficacia irretroactiva de la Sentencia de Pleno de la Sala de 9 de mayo de 2013, que viene mereciendo respuestas dispares por parte de nuestros Tribunales en cuanto a la devolución o no de las cuotas percibidas por las entidades prestamistas en aplicación de la cláusula suelo declarada abusiva.

Teniendo como guía el respeto a nuestra doctrina, a la unificación que debe hacerse de ella en su aplicación y, a la postre, la seguridad jurídica, principio informador del ordenamiento jurídico (Art. 9.3. CE), entendemos necesario ofrecer respuesta a tan debatida cuestión, no revisando la fijada sino despejando dudas y clarificando su sentido.

NOVENO.- La Sentencia del Pleno de 9 de mayo de 2013, al plantearse a instancia del Ministerio Fiscal el elemento temporal de la sentencia, analizó los efectos retroactivos de la nulidad para, a continuación, razonar la posibilidad de limitarla y concluir, en su sistematizado discurso, por declarar la irretroactividad de la sentencia en los términos que se especifican:

1. Recoge como regla general que la ineficacia de los contratos -o de algunas 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 las mismas se deriven efectos, de acuerdo con la regla clásica "quod nullum est nullum effectum producit" (lo que es nulo no produce ningún efecto). Así lo dispone, y es el artículo clásico citado cuando se plantea el debate que nos ocupa, el 1303 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".

2. La Sala refuerza esa regla general con cita de STS 118/2012 de 13 de marzo, Rc. 675/2009, y se trataría "[...] de una propia restitutio in integrum, como consecuencia de haber quedado sin validez el título de la atribución patrimonial a que dieron lugar, dado que ésta se queda sin causa que la justifique, al modo de lo que sucedía con la "condictio in debiti". Se trata del resultado natural de la propia nulidad de la reglamentación negocial que impuso el cumplimiento de la prestación debida por el adherente".

También cita en apoyo del meritado principio el que propugna el 1C 2000 al afirmar que "[...]a decisión judicial por la que se declara abusiva una cláusula determinada debe retrotraer sus efectos al momento de la conclusión del contrato (ex tunc)".

Finalmente recoge como esa regla la contempla el TJUE para el caso de nulidad de cláusulas abusivas en la Sentencia de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb AG, C-92/11, apartado 58.

3. La Sala, avanzando en la motivación de su discurso, afirma 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, destacando de entre ellos el de seguridad jurídica (artículo 9.3 CE).

A fin de evidenciar que la limitación de la retroactividad no es algo anómalo, novedoso o extravagante, cita una serie de normas y resoluciones que así lo atestiguan:

i) El artículo 106 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común pone coto a los efectos absolutos, inevitables y perpetuos de la nulidad y admite limitaciones al disponer que "[...] as facultades de revisión no podrán ser ejercitadas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes"

ii) Singularmente, cuando se trata de la conservación de los efectos consumados, existen previsiones al respecto (Artículos 114.2 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Régimen Jurídico de Patentes de Invención y Modelos de Utilidad ; 54.2 de la Ley 17/2001 de diciembre, de Marcas y 68 de la Ley 20/2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial).

iii) También 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 .



iv) En la misma línea se manifestó la justificación de la enmienda 2 al Proyecto de Ley de Contratos de Crédito al Consumo, presentada por el Grupo Parlamentario Izquierda Republicana-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds, y por la presentada por el Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés para la adición de una Disposición transitoria nueva con el objetivo de aplicar límites a la variación a la baja del tipo de interés pactado en contratos de préstamo o crédito de garantía hipotecaria, en los que el bien hipotecado sea la vivienda familiar que tengan saldo pendiente de amortización a la entrada en vigor de la Ley, al proponer la ineficacia retroactiva y que "[l]a eliminación, en su caso, de la cláusula abusiva surtirá efectos económicos en la cuota del mes siguiente al de la entrada en vigor de la presente Ley".

v) También esta Sala ha admitido la posibilidad de limitar los efectos de la nulidad ya que "[l]a "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, RC 675/2009).

Como sentencia de cierre, a la hora de exponer la posibilidad de limitar la retroactividad, menciona la del TJUE de 21 de marzo de 2013 , RWE, Vertrieb, ya citada, apartado 59, que 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 él interpretada con el fin de cuestionar relaciones jurídicas establecidas de buena fe. Para poder decidir dicha limitación, es necesario que concurren dos criterios esenciales, a saber, la buena fe de los círculos interesados y 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).

En esta sentencia del TJUE se encuentran los elementos básicos en los que la Sala, en su Sentencia de Pleno, fundó la irretroactividad de la misma, a saber, seguridad jurídica, buena fe y riesgo de trastornos graves.

4. Respecto del trastorno grave del orden público económico la sentencia de la Sala en la letra "K" del párrafo 293 afirma que: "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."

Pretender que en la acción individual no se produzca meritorio riesgo no se compadece con la motivación de la sentencia, pues el conflicto de naturaleza singular no es ajeno al conjunto de procedimientos derivados de la nulidad de las cláusulas suelo incorporadas en innumerables contratos origen de aquellos, como es notorio y constatable por la abundante cita de sentencias que sobre tal objeto se hace en la presente causa. Y esa fue la razón que retuvo la Sala en su sentencia. La afectación al orden público económico no nace de la suma a devolver en un singular procedimiento, que puede resultar ridícula en términos macroeconómicos, sino por la suma de los muchos miles de procedimientos tramitados y en tramitación con análogo objeto.

5. La Sala atiende a una serie de argumentos de los que colige, a la fecha de la sentencia, la buena fe de los círculos interesados y que como tales valora, a saber:

"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."

Los anteriores argumentos, a los efectos aquí enjuiciados, se compadecen con una concepción psicológica de la buena fe, por ignorarse que la información que se suministraba no cubría en su integridad la que fue exigida y fijada posteriormente por la STS de 9 de mayo de 2013 ; ignorancia que a partir de esta sentencia hace perder a la buena fe aquella naturaleza, pues una mínima diligencia permitía conocer las exigencias jurisprudenciales en materias propias del objeto social.

6. La conjunción de tales elementos es la que motivó la conclusión de la Sala contenida en el párrafo 294 cuando declaró la irretroactividad de la presente 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 la sentencia de 9 de mayo de 2013 .

DÉCIMO.- Una vez expuesta la decisión de la Sala y diseccionada su motivación, se puede concluir que a partir de la fecha de publicación de la sentencia del pleno del 9 mayo 2013 no es posible ya la alegación de buena fe por los círculos interesados, pues esta sentencia abre los ojos y las mentes de las partes contratantes, pudiendo éstas indagar y esclarecer si las cláusulas suelo insertas en contratos de préstamo con tipo de interés variable, en principio lícitas, carecen de transparencia, no por oscuridad interna, sino por insuficiencia de información, en los términos indicados en el párrafo 225 de la sentencia.

Si adoleciesen de tal insuficiencia y fuesen declaradas abusivas por ese concreto motivo, que no por otro ajeno a este debate, las sentencias tendrán efecto retroactivo desde la fecha de publicación de la sentencia de 9 mayo 2013 , reiteradamente citada y sobre cuya clarificación nos pronunciamos a efectos de la debida seguridad jurídica; fecha que fue la fijada en ella en orden a la irretroactividad declarada."

Tercero.- Cláusula de gestión de reclamación de débitos.

Después del sobreseimiento acordado respecto a las acciones de impugnación de la cláusula suelo y la cláusula de intereses de demora por las razones que hemos expuesto y que reproducen lo resuelto en la audiencia previa en lo relativo a estas acciones, el objeto del presente pleito ha quedado reducido a examinar: el posible carácter abusivo de la cláusula denominada "Comisión de gestión de reclamación de débitos" , del siguiente tenor literal "La reclamación por el Banco a la parte prestataria de débitos vencidos e impagados devengará una comisión por gestión de TREINTA EUROS (€30) por cada recibo impagado, que se hará efectiva por la parte prestataria en el momento del pago de los débitos previamente reclamados, sin perjuicio de la repercusión a la parte prestataria de los gastos y costes originados por su incumplimiento, conforme a lo pactado en la escritura inicial del préstamo."; y la cantidad a restituir por la entidad bancaria en el caso de que la cláusula fuera declarada nula por abusiva.

Pues bien, la cláusula citada se debe declarar nula por dos motivos.

El primero de estos motivos es la existencia en la de una doble penalización para el mismo supuesto, ya que para los descubiertos en la cuenta del préstamo hipotecario ya está prevista la indemnización correspondiente a los intereses de demora, que es la cláusula 6ª de la escritura de préstamo hipotecario de 20 de abril de 2005, y que no se modificó en virtud de la novación llevada a cabo el 29 de abril de 2009; en este sentido se pronuncia la SAP de Salamanca de 8 de marzo de 2010 , que declara que "... el repercutir, además de un tipo de interés, una comisión de exceso o descubierta carece de justificación legal y supone un doble cobro generador de enriquecimiento injusto , como han señalado de forma unánime y reiterada numerosas sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales." .

Y el segundo de los motivos por el que se debe declarar la nulidad de la cláusula que contiene esta comisión es que debe responder a un servicio efectivamente prestado por el banco, sin que en este caso se haya acreditado la prestación de dicho servicio. Así, en este sentido, tenemos que citar la SAP de las Palmas, de 17 de octubre de 2013 que declara "Siguiendo las consideraciones, al respecto, recogidas en la sentencia número 302/2011 de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 5ª, de fecha 13/05/2011 , " según criterio sentado por el Banco



de España en aplicación de su Circular 8/1990, de 7 de septiembre: "la comisión por reclamación de posiciones deudoras constituye una práctica bancaria habitual que tiene por objeto el cobro de los costes en que ha incurrido la entidad, al efectuar las reclamaciones necesarias para la recuperación de los saldos deudores de sus clientes. Ahora bien, desde la óptica de las buenas prácticas bancarias, y ante la dificultad de las entidades de determinar a priori, y de justificar a posteriori, para cada caso concreto, la existencia efectiva de gestiones de reclamación, **es criterio del Servicio de Reclamaciones que el adeudo de esta comisión solo puede ser posible si, además de aparecer recogida en el contrato, se acredita que: - Su devengo está vinculado a la existencia efectiva de gestiones de reclamación realizadas ante el cliente deudor (algo que, a juicio de este Servicio, no está justificado con la simple remisión de una carta periódicamente generada por el ordenador).** - Es única en la reclamación de un mismo saldo. No obstante, se considera que su adeudo es compatible con la repercusión de los gastos soportados por la entidad como consecuencia, en su caso, de la intervención de terceros en las gestiones de reclamación. -Dada su naturaleza, su cuantía es única, cualquiera que sea el importe del saldo reclamado, no admitiéndose, por tanto, tarifas porcentuales." Por otra parte, ha de ser tenido en cuenta que el art. 85.7 RDLeg 1/2007 atribuye la cualidad de abusiva a las cláusulas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta por incumplimiento de sus obligaciones".

En el presente caso reexaminado, el clausulado predispuesto por la actora supone el pago del abusivo interés moratorio (del 24'00 %) y, además, una comisión fija por posición deudora de 30 euros, y si bien solamente se reclama por este concepto la suma de 36 euros por cada una de las nueve habidas, la actora no ha mostrado actuación alguna que justifique su cobro, por lo que es de aplicar la doctrina sentada por la SAP Burgos, Sec 2ª, nº 144/2010, de 30 Mar. 2010, que entiende por abusiva por suponer una indemnización desproporcionada la comisión de la clase que estudiamos si incrementa el interés de demora con una cantidad por cuota impagada significativa en relación a ella (en el presente caso por cada cuota de 59'58 euros se aplica la suma de 18 ya señalada, lo que supone añadir al interés por mora más de un 30%)".

Hay que decir que en este supuesto no es predicable la doctrina de los actos propios invocada por la demandada, ya que no debemos olvidar que estamos ante una condición general de la contratación en la que el prestatario no tiene la posibilidad de negociar la cláusula impugnada, sino que sólo le cabe adherirse a las condiciones predispuestas por el banco o no contratar, y por tanto, en relación a esta cláusula no podemos decir que estemos ante "**actos propios que sean inequívocos** en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda una determinada situación jurídica afectante a su autor, y que entre la conducta anterior y la pretensión actual exista una incompatibilidad o una contradicción según el sentido que de buena fe hubiera de atribuirse a la conducta anterior." (STS 30/10/1995), puesto que el prestatario no paga voluntariamente la comisión de 30 euros, sino que estos se cargan directamente en su cuenta bancaria por cada recibo del préstamo que resulta impagado.

Además, con independencia de lo anterior, tenemos que citar la consolidada doctrina jurisprudencial según la cual la doctrina de los actos propios no es aplicable para convalidar la nulidad de pleno derecho, por los motivos que por ejemplo se explican en la SAP de Madrid (sección 28ª), de 17 de julio de 2015, que declara al respecto:

" 15.- **La inaplicabilidad de la doctrina de los actos propios en materia de nulidad se justifica desde otra perspectiva en la sentencia de 1 de marzo de 2012. En ella el Alto Tribunal, tras identificar como requisitos de la doctrina de los actos propios la existencia de una conducta jurídicamente relevante previa y consciente de sus consecuencias, que tal conducta tenga una significación inequívoca e incompatible con la posterior y que "las expectativas defraudadas por la actuación posterior sean razonables"**, sitúa en la falta de este último factor la razón por la que la doctrina jurisprudencial tiene declarado que la doctrina de los actos propios no impide invocar la nulidad de lo estipulado, **pues "en ningún caso pudo generar expectativas razonables un acuerdo ilícito.** " .

Es decir, para que sea aplicable la doctrina de los actos propios, la expectativa generada no puede ser contraria o debe ser conforme a los principios que informan nuestro ordenamiento jurídico, y en este caso, ocurre lo contrario, ya que la expectativa generada (no impugnar una condición general) por la conducta del actor (haberla aceptado en el momento de contratar y no haberla reclamado a pesar de habersele aplicado varias veces) es contraria a los principios que informan nuestro ordenamiento jurídico, en concreto, al principio de protección de los **consumidores**, incluso consagrado constitucionalmente en el artículo 51 de nuestra Carta Magna :

" 1. Los poderes públicos garantizarán la defensa de los **consumidores** y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.

2. Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los **consumidores** y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la ley establezca.



3. En el marco de lo dispuesto por los apartados anteriores, la ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales."

Cuarto.- Devolución de cantidades en virtud de la cláusula declarada nula.

Para la determinación de las cantidades a devolver al actor en virtud de la cláusula declarada nula debemos acudir al documento nº 5 acompañado con el escrito de contestación, consistente en el extracto de la cuenta corriente del actor, y en el mismo, a partir del 29 de abril de 2009 se constatan los siguientes cargos de 30 euros en aplicación de la cláusula "Comisión de gestión de reclamación de débitos" contenida en la escritura de novación:

- 7/11/2009: 30 €,
- 14/01/2010: 30 €,
- 15/03/2010: 30 €,
- 07/05/2010: 30 €,
- 06/09/2010: 30 €,
- 09/12/2010: 30 €,
- 04/02/2011: 30 €, aunque después se anula el 25/02/2011,
- 08/03/2011: 30 €,
- 07/06/2011: 30 €,
- 13/07/2011: 30 €,
- 16/12/2011: 30 €, aunque después se anula el 30/12/2011.

Por tanto, la cantidad a devolver por BBVA al actor en virtud de la cláusula declarada nula asciende a la cantidad de 270'00 €.

En este punto es necesario aclarar que no procede acoger la alegación formulada con carácter subsidiario por BBVA solicitando que sólo procede la devolución de la diferencia entre lo cobrado por el banco en virtud de la aplicación de la cláusula declarada nula de la escritura de novación de préstamo hipotecario de 29 de abril de 2009 (30 € por cada posición vencida y no pagada), y lo que el banco debería haber cobrado de no haberse suscrito por las partes la anterior novación, ya que existía otra cláusula idéntica en la escritura del préstamo novado de 20 de abril de 2005 (aunque penaliza al prestatario con 21 € por cada posición vencida y no pagada en lugar de 30), debido a que la parte actora no ha impugnado esta última escritura sino únicamente la de novación, de modo que si se declara la nulidad de la novación (30€) la anterior seguiría vigente (21€).

Y decimos que no se puede acoger la alegación esgrimida por la parte demandada porque en este caso ha habido una novación modificativa, que como declara la STS de 30 de mayo de 2003 "no extingue las obligaciones sino que las varía únicamente en el aspecto a que afecta la modificación", esto es, no hay dos cláusulas sino una sola, de modo que a partir de la escritura de novación de 29 de abril de 2009, la cláusula denominada "Comisión de gestión de reclamación de débitos" dejó de ser la estipulada en la escritura de 20 de abril de 2005, y pasó a ser la estipulada en la escritura de novación de 29 de abril de 2009, por lo que no tendría sentido exigirle al actor que impugnase dos cláusulas, cuando en realidad sólo existe una única cláusula, aunque modificada.

Quinto.- Finalmente, es necesario aclarar que en relación a las excepciones procesales relativas a la impugnación de la cláusula suelo y los intereses de demora, en el traslado conferido a la parte actora, esta manifestó que retiraba dichas pretensiones, sin especificar si renunciaba o desistía, aunque la parte demandada, alegó que en caso de que dicha retirada supusiera un desistimiento no lo admitía a efectos de costas. Como hemos dicho, en los fundamentos de derecho, en cualquier caso, la excepciones procesales fueron estimadas, lo que supone una estimación parcial de la demanda, y por tanto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dada la estimación parcial de la demanda, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLO



Que ESTIMANDO PARCIALMENTE la demanda formulada por la Procuradora D^a. María Ellen Dols Winkler, en nombre y representación de D. Teofilo , frente a BANCO BILBAO VIZCAYA S.A., debo realizar los siguientes pronunciamientos:

1º) **Declarar nula** de pleno derecho la cláusula "**Comisión de gestión de reclamación de débitos**" del siguiente tenor literal "*La reclamación por el Banco a la parte prestataria de débitos vencidos e impagados devengará una comisión por gestión de TREINTA EUROS (€30) por cada recibo impagado, que se hará efectiva por la parte prestataria en el momento del pago de los débitos previamente reclamados, sin perjuicio de la repercusión a la parte prestataria de los gastos y costes originados por su incumplimiento, conforme a lo pactado en la escritura inicial del préstamo.*" contenida en el apartado 1.15.4 de la escritura de novación de préstamo hipotecario de 29 de abril de 2009.

2º) **Condenar a la demandada a devolver a la actora** las cantidades percibidas en virtud de la cláusula declarada nula a partir del día 29 de abril de 2009, que ascienden a **270'00 €** .

3º) Condenar a la demandada a abonar el interés del art. 576 LEC .

4º) Todo ello sin expresa imposición de costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber que la misma no es firme y contra ella cabe interponer RECURSO DE APELACIÓN que deberá presentarse en este juzgado en el PLAZO DE VEINTE DIAS contados desde la notificación de esta sentencia, que será resuelto por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca.

Así lo acuerda, manda y firma D. Fernando Romero Medel, Juez de refuerzo del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Palma de Mallorca.

Líbrese y únase testimonio de esta resolución a las actuaciones, con inclusión del original en el Libro de Sentencias.

Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Sr. Juez que la dicto estando celebrado en audiencia pública, el mismo día de su pronunciamiento, ante mí doy fe.