

4. DERECHO BANCARIO

Las cláusulas suelo: ¿discrepancia jurisprudencial entre TS y TJUE por la devolución integral de las cantidades pagadas por el consumidor?

A jurisprudential discrepancy between the Spanish Supreme Court and the Court of Justice of the European Union on the full refund of the quantities paid by the consumer?

por

DR. FEDERICO ADAN DOMÉNECH

Profesor Agregado, acreditado como Catedrático de Derecho Procesal de la URV

RESUMEN: En los últimos años, la contratación bancaria ha sido objeto de controversia tanto por su dimensión moral como por su vertiente jurídica. Cláusulas que se erigían como una estipulación más de un contrato de préstamo tipo, han sido cuestionadas, e incluso sancionadas con su nulidad. Un ejemplo de estas cláusulas, lo constituyen las denominadas suelo, hasta el punto de que el Tribunal Supremo ha declarado el derecho de los consumidores a reclamar las cantidades pagadas, fruto de la aplicación de estas cláusulas a partir de la famosa sentencia de 9 de mayo de 2013. Sin embargo, la devolución de las cantidades adquiere una mayor problemática al solicitarse los efectos retroactivos desde el momento de formalización del contrato. Esta problemática ha sido elevada al Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea, y la resolución que dicte este Tribunal, no solo puede poner en entredicho la jurisprudencia del Tribunal Supremo sino que además desembocaría, según sea su pronunciamiento, en un rescate financiero.

ABSTRACT: *In recent years, bank contracts have been the object of controversy for both moral and legal reasons. Clauses that were just one more stipulation in a standard contract have been called into question and even annulled. One example of these clauses are the so-called ground clauses. The Supreme Court has ruled that consumers have the right to claim back the amounts paid as a result of applying these clauses after the famous ruling of 9 May 2013. However, the reimbursement of the amounts paid becomes much more complex if the request is backdated to the moment at which the contract was signed. This problem has been submitted to the Court of Justice of the European Union and the ruling it makes may not only raise doubts about the jurisprudence of the Supreme Court but also lead to a financial bailout.*

PALABRAS CLAVE: Hipoteca. Cláusulas suelo. Consumidor. Nulidad.

KEY WORDS: Mortgage. Ground clauses. Consumer. Nullity.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN ¿LA JUSTICIA HA SIDO/ES JUSTA? ¿LA JUSTICIA ES/DEBE SER SOCIAL?—II. ¿DÓNDE ESTAMOS? ¿DE DÓNDE PARTIMOS?—III. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO: 1. EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO. A) *Fase inicial. La STS de 9 de mayo de 2013*: a) La configuración legal de las cláusulas suelo. b) El control de la consignación de las cláusulas suelo. c) Conclusiones. B) *Fase sucesiva. La continuación*: a) Auto aclaratorio de 3 de junio de 2013. b) STS de 8 de septiembre de 2014. c) STS de 24 de marzo de 2015. d) STS de 25 de marzo de 2015. e) STS de 23 de diciembre de 2015. C) *Fase futura. ATS de 12 de abril de 2016. ¿Hacia dónde vamos?* 2. VOTO PARTICULAR DISCREPANTE DE LA DOCTRINA MAYORITARIA DEL TRIBUNAL SUPREMO: A) *La declaración de irretroactividad no constituía el objeto del recurso*. B) *Inexistencia de identidad en las acciones incoadas en los diferentes recursos*. C) *Aplicación de la argumentación jurídica resolutoria de la acción de cesación a supuestos heterogéneos*. D) *Finalidades diferentes entre las acciones de cesación y las individuales de impugnación*. E) *Errónea apreciación del ámbito temporal del control de abusividad*. F) *Desnaturalización del principio de buena fe*. G) *La declaración de irretroactividad decretada por la sentencia de 9 de mayo de 2013 opera como un mecanismo de reintegración de la cláusula nula*. H) *La declaración de irretroactividad decretada por la sentencia de 9 de mayo de 2013 elimina el efecto disuasorio de las consecuencias de la nulidad de las cláusulas*.—IV. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA: 1. NECESARIA COMPRESION DE LAS CLÁUSULAS POR PARTE DEL CONSUMIDOR. 2. EXIGENCIA DE BUENA FE RESPECTO DE LA ACTUACION DE LA ENTIDAD FINANCIERA. 3. LA EXIGENCIA DE CONTROL DE OFICIO COMO MEDIDA DE PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR. 4. CARACTER RETROACTIVO DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS. 5. IMPOSIBILIDAD DE REINTEGRAR LA CLÁUSULA NULA.—V. DISCREPANCIA JURISPRUDENCIAL ENTRE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES: 1. AUDIENCIAS PROVINCIALES QUE DEFIENDEN UNA LIMITACIÓN DE LA RETROACTIVIDAD. 2. AUDIENCIAS PROVINCIALES QUE SOSTENIAN UNA RETROACTIVIDAD ABSOLUTA.—VI. PLANTEAMIENTO DE CUESTIONES PREJUDICIALES. 1. AAP A CORUÑA, SECCIÓN 6, DE 4 DE ENERO DE 2016. 2. AAP ÁLAVA, SECCIÓN 1.^a, DE 22 DE SEPTIEMBRE DE 2015 —C525/15—. 3. AAP CANTABRIA, SECCIÓN 4, DE 17 DE JULIO DE 2015 —C431/15—. 4. JUZGADO DE LO MERCANTIL NÚM. 1 DE GRANADA EL 1 DE ABRIL DE 2015 —C154/15—. 5. OTRAS CUESTIONES PREJUDICIALES.—VII. INFORME DE LA COMISIÓN EUROPEA DE 13 DE JULIO DE 2015 RESPECTO DE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL PLANTEADA POR EL JUZGADO DE LO MERCANTIL NÚM. 1 DE GRANADA: 1. BASES DEL INFORME DE LA COMISIÓN EUROPEA. 2. RESPUESTA A LA PRIMERA PREGUNTA. 3. RESPUESTA A LA SEGUNDA PREGUNTA. 4. RESPUESTA A LA TERCERA PREGUNTA.—VIII. ¿Y QUE HACEMOS?

I. INTRODUCCIÓN ¿LA JUSTICIA HA SIDO/ES JUSTA? ¿LA JUSTICIA ES/DEBE SER SOCIAL?

Administración de justicia, sistema económico, política legislativa... son conceptos que en puridad deberían ser independientes entre ellos, pero, una vez más, la empecinada teoría y la práctica distan mucho de ser homogéneas. La puridad en la autonomía funcional entre estas actividades se pone en tela de juicio, y la interconexión entre ellas incide en el bienestar social y económico de los ciudadanos.

La regulación de las cláusulas suelo ha sido objeto de debate en el foro legislativo correspondiente, su utilización se ha convertido en una práctica habitual en el sistema económico y bancario español y, definitivamente, ha sido cuestionada

su validez ante los Órganos judiciales. En consecuencia, la regulación y práctica de las cláusulas suelo, no es, por tanto, una excepción a la interconexión antes mencionada. Este hecho, obliga a cuestionarnos si ha sido válida su práctica, si ha sido justa, si hemos llegado a tiempo en su limitación y, lo que es más importante si su práctica y utilización, sigue siendo válida, si sigue siendo justa, si nos hemos quedado a medio camino en su nueva regulación o, con perdón, si ha sido un quiero y no puedo. El análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del TJUE nos debe dar la respuesta a todos estos interrogantes.

II. ¿DÓNDE ESTAMOS? ¿DE DÓNDE PARTIMOS?

Antes de entrar a analizar la jurisprudencia de los Tribunales, resulta preciso saber dónde estamos, en qué punto normativo no encontramos, pues, en definitiva, los Órganos judiciales aplican las leyes vigentes en cada momento histórico, otra cuestión es que sean acertadas o no.

El punto de partida es un cambio de filosofía en la política legislativa económica en nuestro país, como a continuación analizaremos, hemos pasado de una acérrima protección al acreedor, a la progresiva instauración de mecanismos que tienen como finalidad equilibrar o, cuanto menos, suavizar la agria y desesperante situación del deudor. Este cambio legislativo se debe, fundamentalmente, a dos aspectos.

En primer lugar, la crisis económica que ha atravesado España en la última década, y en segundo lugar, como consecuencia de la jurisprudencia del TSJUE, siendo el punto de inflexión la sentencia de 14 de marzo de 2013 (Asunto C-415/11, Mohamed Aziz contra Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa)).

Así, inicialmente, la propia Exposición de Motivos de la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil, alardeaba de la restrictiva defensa del deudor en un proceso de ejecución hipotecaria, al manifestar que *la Ley dedica un capítulo especial a la ejecución sobre bienes hipotecados, caracterizado por la drástica limitación de las causas de oposición del deudor a la ejecución y de los supuestos de suspensión de esta*. La protección del acreedor era el interés que primaba, como queda claramente plasmado.

En contrapartida, el preámbulo de la ley 1/2013, de 14 de mayo de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, *exige la adopción de medidas que, en diferentes formas, contribuyan a aliviar la situación de los deudores hipotecarios. El amparo del deudor adquiere un carácter prioritario, desplazando la preocupación por la protección del acreedor*.

Pero, incluso con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley de reforma de la reglamentación hipotecaria, el cambio de paradigma era ya claro, tal y como se plasma en la rúbrica de los siguientes textos normativos:

- RDL 8/2011, de 1 de julio, *de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios...*
- RDLEY 6/2012, de 9 de marzo, *de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos*.
- RDLEY 27/2012, de 15 de noviembre, *de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios*.
- Ley 1/2013, de 14 de mayo, *de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios*, reestructuración de deuda y alquiler social.

Todos estos textos normativos tienen un elemento definidor común en cada una de sus rúbricas, la protección del deudor. Esta situación inicia una aplicación judicial más garantista respecto de la figura del deudor; que, sin embargo, en ocasiones se queda a medio camino, extremo que acontece al aplicar las consecuencias de la nulidad de las cláusulas de vencimiento anticipado, o en la retroactividad de los efectos de la nulidad de las cláusulas suelo, ¿querer cambiar es poder? ¿o en realidad no queremos o no podemos cambiar?

III. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

1. EVOLUCION DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO¹

La jurisprudencia del Tribunal Supremo es objeto de una evolución cambiante respecto de la catalogación de la validez, corrección y consecuencias de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo. Modificaciones que bien podrían calificarse de contradictorias, sino respondiesen a la oportuna respuesta a las realidades sociales y económicas. No obstante, es preciso que, en este ámbito, hagamos autocrítica, sin que ello deba ruborizarnos.

En este punto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo va a «rebufo», con perdón, de la doctrina del TJUE, siendo complementada en base a las respuestas que el Alto Tribunal europeo concede a las constantes cuestiones prejudiciales que nuestros Órganos judiciales le plantean. La proliferación del planteamiento de cuestiones prejudiciales, en materia hipotecaria, es un síntoma inequívoco y objetivo de que la jurisprudencia del Tribunal Supremo no resulta todo lo clara que debería ser. Rompiendo una lanza en pro del Tribunal Supremo, no debe resultar nada fácil dictar una sentencia, cuyo contenido suponga una ruptura total con el sistema bancario tradicional, y lo que es más grave, pudiendo derivar en un nuevo rescate económico a las entidades financieras y, en consecuencia, un riesgo de posible hundimiento del sistema económico español.

Dicho esto, no podemos hacer realidad la alegoría de la Justicia, a veces ciega para determinados temas de especial complejidad social o económica, pues la prudencia jurisprudencial es la causante de las dudas existentes en nuestros Órganos judiciales, respecto del tratamiento de las cláusulas suelo, interrogantes que se traducen en el goteo de cuestiones prejudiciales ante el TJUE, y de la proliferación de la solicitud de auxilio judicial por parte de los ciudadanos perjudicados por prácticas bancarias, calificadas, cuanto menos, de amorales y abusivas. Así las cosas, la jurisprudencia del Tribunal Supremo puede dividirse en tres etapas.

A) Fase inicial. La STS de 9 de mayo de 2013

La STS de 9 de mayo de 2013 constituye un punto de inflexión en cuanto a la determinación de la validez y consecuencias de la nulidad de las cláusulas suelo. Es, sin duda, la resolución de mayor importancia práctica del Tribunal Supremo en este ámbito que supone una ruptura con la práctica bancaria tradicional, modificando la misma, al declarar nulas las cláusulas suelo:

Al inicio de la resolución, el Tribunal Supremo analiza tanto la configuración legal de las cláusulas suelo como el procedimiento seguido para su inclusión en el contrato, pues como afirma *a fin de evitar equívocos, añadiremos que la imposición*

de cláusulas o condiciones generales por el empresario a los consumidores, no comporta su ilicitud. Se trata de un mecanismo de contratar propio de la contratación en masa, ante la imposibilidad y los costes de mantener diálogos individualizados o, como afirma la STS 406/2012, de 18 de junio, RC 46/2010, se trata de un fenómeno que «comporta en la actualidad un auténtico «modo de contratar», diferenciable de la contratación por negociación, con un régimen y presupuesto causal propio y específico». De tal forma, que ni siquiera cuando la totalidad del contrato hubiera sido predispuesto por una de las partes, ya que, dentro de los límites fijados por el legislador, la libertad de empresa permite al empresario diseñar los productos y servicios que ofrece y en qué condiciones, afirmando la STS 99/2009, de 4 de marzo, RC 535/2004, que «la calificación como contrato de adhesión [...] no provoca por ello mismo su nulidad».

Esta declaración inicial es desgranada, posteriormente de forma minuciosa, por el Tribunal Supremo, por lo que, partiendo de la configuración jurídica que se le concede a las cláusulas suelo, analizaremos, a continuación, el tratamiento jurisprudencial que el Alto Tribunal les aplica para su validez y cuáles son las consecuencias derivadas de su correcta o incorrecta práctica respecto de los consumidores.

a) La configuración legal de las cláusulas suelo

a') Las cláusulas suelo son partícipes de las características inherentes a las condiciones generales de la contratación

Los requisitos para calificar una cláusula de condición general de la contratación son los siguientes:

- *Contractualidad: Se trata de «cláusulas contractuales» y su inserción en el contrato no deriva del acatamiento de una norma imperativa que imponga su inclusión.*
- *Predisposición: La cláusula ha de estar pre redactada, siendo irrelevante que lo haya sido por el propio empresario o por terceros, siendo su característica no ser fruto del consenso alcanzado después de una fase de tratos previos.*
- *Imposición: Su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes, de tal forma, que el bien o servicio sobre el que versa el contrato nada más puede obtenerse mediante el acatamiento a la inclusión en el mismo de la cláusula.*
- *Generalidad: Las cláusulas deben estar incorporadas a una pluralidad de contratos o estar destinadas a tal fin.*

Las condiciones generales de la contratación, en definitiva, conllevan la sustitución de los contratos personalizados por contratos generalistas, *en los que el diálogo da paso al monólogo*, según expresión propia del TS.

Conclusión: Las cláusulas suelo se hacen partícipes de estas condiciones, y con independencia de que sean conocidas en la mayoría de ocasiones, deben ser aceptadas como condición de la contratación. Se plantea la colisión entre el artículo 38 CE entendida como libertad de empresa en el marco de la economía de mercado y la defensa de los consumidores y usuarios que el artículo 51 CE impone a los poderes públicos.

b') Las cláusulas suelo impuestas como condiciones generales

Las características de las cláusulas suelo impuestas se concretan en las siguientes:

- *No negociada individualmente: El consumidor no ha tenido ocasión de discutir ni influir sobre su contenido o sobre su inclusión en el contrato.*
- *Negociación ficticia o irreal: No debe considerarse negociación, el hecho de que el consumidor pueda elegir entre diferentes contratos, si en todos ellos, aparece incorporada esa misma cláusula.*
- *Carga de la prueba corresponde al empresario: En relación a las cláusulas destinadas a ser impuestas, su voluntad o no de ser impuestas deber corresponder al empresario.*

Conclusión: En relación a las cláusulas suelo, el consumidor no ha podido incidir en su contenido, y obligar, a este, a la demostración de que la ausencia de negociación constituiría una prueba diabólica.

c') Las cláusulas suelo se encuentran sometidas al control de LCGC

Al existir normas legales internas de nuestro ordenamiento jurídico que regulan la consignación de las cláusulas suelo en los contratos, se pretendía excluir, respecto de ellas, la aplicación de la LCGC.

Conclusión: Las cláusulas suelo no pueden constituir una excepción al control determinado por la Directiva 93/13 y la LCGC, pues la normativa bancaria se limita a imponer, respecto de las cláusulas suelo, el deber de información no su imposición ni su contenido.

b) El control de la consignación de las cláusulas suelo

a') Las cláusulas suelo como objeto del análisis inicial del Órgano judicial

La norma principal, en este punto, se concreta en la Directiva 93/13, la cual indica que «[...] a los efectos de la presente Directiva, la apreciación del carácter abusivo no debe referirse ni a cláusulas que describan el objeto principal del contrato ni a la relación calidad/precio de la mercancía o de la prestación». Partiendo de esta regla, el Tribunal Supremo, en su sentencia 9 de mayo de 2013, califica las cláusulas suelo como relativas al objeto principal del contrato, al cumplir una función definitoria o descriptiva esencial del mismo.

No obstante, esta afirmación, establecida en la Directiva europea, no debe justificar una exclusión total de control respecto de la abusividad de estas cláusulas. Así, la propia literalidad de la Directiva, ha sido matizada por la jurisprudencia del TJUE, en sentencia de 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C-484/08, en la que se manifiesta que *no se puede impedir a los Estados miembros que mantengan o adopten, (...) normas más estrictas que las establecidas por la propia Directiva, siempre que pretendan garantizar al consumidor un mayor nivel de protección, los artículos 4, apartado 2, y 8 de la Directiva deben interpretarse en el sentido de que [...] no se oponen a una normativa nacional [...], que autoriza un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición*

del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible.

Conclusión: Las cláusulas suelo, con independencia de constituir un elemento inherente al objeto principal como es el precio que debe pagar el prestatario, deben ser objeto de un doble control de transparencia y abusividad.

b') El control de inclusión de las condiciones generales

La Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 regula el proceso de constitución de las hipotecas en garantía de préstamo hipotecario a los consumidores, a efectos de asegurar su comprensión. Con la intención de hacer transparente la oferta debe constar:

- Entrega al solicitante de un folleto informativo.
- Oferta vinculante que incluya las condiciones financieras.
- Posible examen de la escritura pública por el prestatario durante tres días anteriores al otorgamiento.
- Formalización por escritura pública. El notario está obligado a informar a las partes y a advertir sobre las circunstancias de interés variable, y especialmente si las limitaciones a la variación del tipo de interés no son semejantes al alza y a la baja.

De cumplirse estos presupuestos, se presupone que el consumidor adquiere total conocimiento, y dispone de absoluta libertad para formalizar el contrato.

Conclusión: La consignación de las cláusulas debe cumplir con cada uno de los presupuestos reguladores en la OM de 5 de mayo de 1994.

c') El control de transparencia de las condiciones incorporadas a contratos con consumidores

El artículo 80.1 TRLCU exige, como presupuestos de transparencia, que las cláusulas no negociadas individualmente se caractericen por los siguientes extremos: a. Concreción, claridad y sencillez, y b. Accesibilidad y legibilidad, sin que sea suficiente su transparencia documental, para impedir el examen de su contenido.

Conclusión: Respecto de las cláusulas suelo no es suficiente la claridad documental de las cláusulas, sino que se exige un plus de transparencia, que deberá concretarse en la comprensión real de las mismas.

d') Elementos valorativos de la abusividad de una cláusula

El elemento concionador de análisis o no de la cláusula se circunscribe a si la misma se ha negociado personalmente o no. Si la cláusula ha sido objeto de una negociación personal no será objeto de análisis. En contrapartida, de no negociarse individualmente, se deberá examinar conforme a los siguientes presupuestos:

- Causas que justifican el análisis:
 - Que se trate de condiciones generales predisuestas y destinadas a ser impuestas en pluralidad de contratos, sin negociarse de forma individualizada.
 - Que en contra de las exigencias de la buena fe, causen un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones derivados del contrato, respecto de las partes contratantes.
 - Que el desequilibrio perjudique al consumidor.
- Momento procesal oportuno para el análisis.

El análisis judicial no solo debe circunscribirse al momento de formalización del contrato, tomando en consideración todas las circunstancias relacionadas, sino que en este examen también deberá incluirse la evolución previsible de las circunstancias del contrato y de sus cláusulas, y si estas fueron tenidas en cuenta, o hubieran debido serlo, con los datos al alcance de un empresario diligente, cuando menos a corto o medio plazo.

- Elementos condicionantes de la valoración

Para determinar el equilibrio entre las obligaciones del empresario y del consumidor debe tenerse en cuenta la naturaleza de los bienes y servicios del objeto del contrato, pues en función de estos, diferentes serán las exigencias en cuanto a su equilibrio exigido.

c) Conclusiones

Una vez efectuada una configuración jurídica de las cláusulas suelo, de la normativa que le resulta de aplicación, y de su utilización, el Tribunal Supremo llega a las siguientes conclusiones.

a') Insuficiencia de información de las cláusulas suelo

La práctica acredita que la incorporación de las cláusulas suelo a un contrato, se encuentra desdibujada por una maraña de cláusulas de difícil entendimiento, que imposibilitan su comprensión por parte del consumidor. Las entidades financieras despojan a las cláusulas suelo de su carácter esencial, para disfrazarlas de elementos supletorios o secundarios del contrato. Como manifiesta el TS, *la oferta como interés variable, no completada con una información adecuada, (...) se revela así engañosa y apta para desplazar el foco de atención del consumidor sobre elementos secundarios que dificultan la comparación de ofertas. (...) Máxime en aquellos supuestos en los que se desvía la atención del consumidor y se obstaculiza el análisis del impacto de la cláusula suelo en el contrato mediante la oferta conjunta, a modo de contraprestación, de las cláusulas suelo y de las cláusulas techo o tipo máximo de interés, que pueden servir de señuelo.*

Conclusión: La incorporación de las cláusulas suelo a un contrato, si bien es correcta formalmente, incumple el segundo de los presupuestos del artículo 80.1 TRLCU, consistente en el necesario entendimiento de la misma por parte del consumidor o usuario.

El Tribunal Supremo califica de no transparentes las cláusulas suelo por los siguientes motivos:

- *Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.*
- *Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas.*
- *No existen simulaciones de escenarios diversos, relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar.*
- *No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad —caso de existir— o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas.*

b') Nulidad parcial de los contratos

La doctrina del TS, en torno al mantenimiento de la validez de los contratos, se condiciona al carácter esencial o no de la cláusula respecto de la globalidad del contrato, pues así lo diferencia la normativa tanto interna como europea:

- A nivel interno:
 - Artículo 9.2 LCGC, dispone que *la sentencia estimatoria, obtenida en un proceso incoado mediante el ejercicio de la acción individual de nulidad o de declaración de no incorporación, decretará la nulidad o no incorporación al contrato de las cláusulas generales afectadas y aclarará la eficacia del contrato de acuerdo con el artículo 10, o declarará la nulidad del propio contrato cuando la nulidad de aquellas o su no incorporación afectara a uno de los elementos esenciales del mismo en los términos del artículo 1261 del Código Civil.*
 - Artículo 10.4 LCU sostiene que *serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas, condiciones o estipulaciones que incumplan los anteriores requisitos. No obstante, cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa de las posiciones de las partes en la relación contractual, será ineficaz el contrato mismo.*
- A nivel comunitario:
 - Artículo 6.1 Directiva 93/13 establece que *los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor [...] las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre este y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si este puede subsistir sin las cláusulas abusivas.*

Conclusión: En base a la normativa interna española, si bien la declaración de abusividad de una determinada cláusula se plasma en la nulidad de esta, en su no utilización presente o futura de la misma, no es menos cierto que se mantiene la subsistencia de la validez del resto del contrato, pero sin que sea posible la reintegración de la cláusula declarada nula.

c') Eficacia no retroactiva de la sentencia

En nuestro ordenamiento jurídico, la regla general respecto de los efectos de la nulidad, se plasma en el artículo 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*. En consecuencia, se proclama la retroactividad de las cláusulas nulas.

A pesar de ello, el TS flexibiliza esta regla general, matizando que no operará de forma absoluta. En este punto, el TS realiza malabarismos jurídicos, con una profunda tarea de investigación de aquellas normas u otros mecanismo jurídicos, con independencia del orden jurisdiccional en el que se engloben, que permiten limitar el efecto retroactivo establecido en el Código Civil. De esta forma, defiende la limitación de los efectos retroactivos de las cláusulas suelo, en base a los siguientes argumentos:

- A nivel normativo, cita, entre otras normas, el TS: la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; los artículos 114.2 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Régimen jurídico de Patentes de Invención y Modelos de Utilidad; el precepto 54.2 de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas, o la norma 68 de la Ley 20/2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial.
- A nivel jurisprudencial, manifiesta que la limitación de los efectos retroactivos, se defiende tanto a nivel interno, por el Tribunal Constitucional —STC 38/2011 de 28 de marzo— y por el Tribunal Supremo —118/2012, de 13 de marzo—, como a nivel internacional, por el TJUE, en sentencia de 21 de marzo de 2013.
- A nivel de principios jurídicos, alega que la irretroactividad sería contraria al principio de seguridad jurídica.

Conclusión: El Tribunal Supremo concluye declarando la irretroactividad tanto de las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada como de los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esta sentencia, en base a los siguientes extremos:

- Validez legal de las cláusulas suelo. Las cláusulas suelo son consideradas correctas *per se*.
- Práctica habitual. La consignación de las cláusulas suelo son aceptadas históricamente y cuantitativamente, pues más del 97% de préstamos hipotecarios son a interés variable.
- Flexibilización del riesgo de la entidad financiera. La utilización de estas cláusulas responde a los riesgos de la fluctuación del capital y de los gastos que asume la entidad prestamista, permitiendo, a su vez, que estas entidades puedan resarcirse de los costes de producción y mantenimiento de estas financiaciones.
- Cumplimiento de las exigencias informativas. La nulidad de las cláusulas se producirá por el oscurantismo de las mismas, sin que conste que las entidades crediticias no hayan observado las exigencias reglamentarias de información impuestas por la OM de 5 de mayo de 1994.
- Respeto al sistema económico y bancario preexistente. La irretroactividad comportaría un perjuicio económico para el Estado español, hasta el punto de peligrar el orden público económico.

d') Efectos de la declaración de nulidad

Finalmente, surge el interrogante de si el contenido de la STS de 9 de mayo de 2013, debe tener naturaleza *erga omnes* o si, por el contrario, debe limitarse al carácter intersubjetivo de las partes participantes.

Conclusión: El TS decide no conceder un carácter universal a la sentencia en base a dos motivos. En primer lugar, por no ser solicitado por la demandante y, en segundo lugar, por la casuística existente en las diferentes modalidades de contratación bancaria. En base a ello, se concluye defendiendo su aplicación a quienes oferten en sus contratos cláusulas idénticas a las declaradas nulas, y cuando estas cláusulas no se hallen completadas por otras que eliminen los aspectos declarados abusivos.

B) Fase sucesiva. La continuación

Las posteriores resoluciones del Tribunal Supremo, en relación al conocimiento de la petición de retractoriedad de la nulidad de las cláusulas suelo, constituyen una reafirmación de los argumentos contenidos en la sentencia de 9 de mayo de 2013. A continuación, citaremos diferentes resoluciones como ejemplo de esta línea continuista.

a) Auto aclaratorio de 3 de junio de 2013

En esta resolución, fundamentalmente, se ratifica el Alto Tribunal en los supuestos que permiten catalogar a una cláusula suelo de abusiva, en concreto, se pronuncia sobre los dos siguientes aspectos:

a') Carácter no tasado de las circunstancias que justifican calificar de abusivas una cláusula

En la STS de 9 de mayo de 2013 se enumeran una serie de supuestos que de concurrir permiten considerar que una cláusula es abusiva. Sin embargo, el listado enunciado en la resolución no tiene carácter tasado ni excluyente, pues *estas circunstancias enumeradas constituyen parámetros tenidos en cuenta para formar el juicio de valor abstracto referido a las concretas cláusulas analizadas. No se trata de una relación exhaustiva de circunstancias a tener en cuenta con exclusión de cualquier otra*. Asimismo, sostiene el Alto Tribunal que la presencia de una de estas circunstancias, por sí sola, no supone siempre la nulidad de la cláusula, sino que deberá ser necesario un análisis de las circunstancias concurrentes.

b') El beneficio que repercute sobre el consumidor por las cláusulas suelo no reintegra su nulidad

Durante la etapa del contrato de préstamo, puede suceder que en un determinado momento la cláusula suelo reporte ventajas para el consumidor. Sin embargo, esta circunstancia temporal o excepcional *no la convierte en transparente ni hace desaparecer el desequilibrio en contra de los intereses del consumidor*.

b) STS de 8 septiembre 2014

En esta sentencia se efectúa una especial referencia a la configuración jurídica de las cláusulas suelo, y a la necesaria realización de controles, que acrediten la comprensión real de las mismas por parte del consumidor.

a') Reafirmación en la condición de la naturaleza de condición general de la cláusula suelo

El cumplimiento de la legislación sectorial, que obliga al empresario a la información de las condiciones y consecuencias de las cláusulas suelo, no elimina la necesidad de proceder a un control de abusividad y transparencia de la misma, sin que así mismo pierda su condición de carácter general de la contratación.

b') La falta de claridad de la cláusula impide la comprensión real de los efectos de la misma en la persona del consumidor

Los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales tienden a un reforzamiento de los derechos de los consumidores y usuarios. Esta nueva política legislativa pretende superar la mera apreciación formal de la estructura del contrato, priorizando *una aplicación material de los principios de buena fe y conmutatividad en el curso de validez, control y eficacia del fenómeno de las condiciones generales de la contratación*. Partiendo de ello, al empresario se le exige unos especiales deberes contractuales, concretados en la transparencia y equilibrio de los derechos y obligaciones de aplicación a las partes contratantes.

c') El control de transparencia como elemento inherente al control de legalidad

La legalidad, en este ámbito contractual, se traduce en el deber de cumplir unas concretas condiciones de transparencia en las que deben reflejarse estas cláusulas. Estas condiciones deben suponer una comprensión real por parte del consumidor tanto en relación a su posición jurídica como respecto de los compromisos adquiridos, especialmente de carácter económico.

c) STS de 24 de marzo de 2015

Esta resolución se centra en el análisis tanto de la configuración como del alcance del control de transparencia y abusividad.

a') Preceptivo control de transparencia incluso de las cláusulas relativas al objeto principal

Las cláusulas suelo son calificadas como cláusulas relativas al objeto principal del contrato, pues de ellas se deriva la adecuación entre precio y retribución. Con independencia de esta calificación, las mismas no se encuentran exentas del control de transparencia, sin que ninguna norma legal pueda imponer una

excepción a esta exigencia de análisis, pues mediante su control podrá reafirmarse si las mismas presentan, para el consumidor, una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener la prestación objeto del contrato.

- b') El control de transparencia debe realizarse respecto no solo del momento de la contratación del conjunto del contrato en su globalidad sino que también de cómo evolucione el mismo

Tomar en consideración la globalidad del contrato implica no circunscribir el estudio de las cláusulas al momento de su formalización, sino ampliar el análisis a los posibles efectos que las mismas puedan desplegar durante la vida del contrato, efectos a los que se encontrará sujeto el consumidor. En base a ello, la explicación de las consecuencias futuras se debe realizar teniendo en cuenta o, al menos así hubiese debido ser, *con los datos al alcance de un empresario diligente*.

- c') El control de abusividad es preceptivo tanto para las acciones colectivas como para las individuales

En este punto, el Tribunal Supremo pretende ampliar el control de abusividad efectuado por la acción colectiva de cesación de la utilización de las cláusulas suelo, a aquellas acciones individuales que puedan incoar, aisladamente, los diferentes consumidores. Así, sostiene que *negar la posibilidad de un control abstracto y obligar a cada consumidor a litigar para que se declare la nulidad de la condición general abusiva supondría un obstáculo difícilmente salvable para la protección de sus legítimos intereses económicos mediante procedimientos eficaces, como les garantiza la normativa comunitaria y la interna, incluida la Constitución (art. 51.1)*.

- d) STS 25 de marzo de 2015

Esta resolución es la que se manifiesta con mayor rotundidad y claridad en defensa de la tesis sostenida por la sentencia de 9 de mayo de 2013, en cuanto a la retroactividad parcial de los efectos de la nulidad de las cláusulas abusivas.

- a') Imposibilidad de retroacción total por las graves consecuencias económicas

De la tesis sostenida por el Tribunal Supremo, la aceptación de la retroactividad de las consecuencias de la nulidad de las cláusulas suelo al momento de su formalización, con la debida restitución económica del consumidor, produciría lo que podríamos denominar «efecto llamada». En este sentido, el Alto Tribunal considera que se multiplicarán la interposición de demandas, originado un peligro al sistema económico, pues *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*.

- b') Imposible alegación de la vulneración de la buena fe tras la publicidad de la sentencia 9 de mayo de 2013

El Tribunal Supremo sostiene que la publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013, ofrece al consumidor los suficientes elementos valorativos de la posible abusividad de una cláusula. En este sentido, consideramos que la mencionada publicidad que si bien actuaría como medida tuitiva del consumidor tendría, a su vez, un efecto contrario a su protección, como sería la imposibilidad de alegar la práctica contraria a las normas de buena fe exigidas al empresario, como consecuencia de que el consumidor deberá estar sobre aviso de las causas y efectos de este tipo de cláusulas consignadas en los contratos.

- e) STS de 23 de diciembre de 2015

Los pronunciamientos de esta resolución no se circunscriben a las cláusulas suelo, sino que en su contenido se analizan diferentes modalidades de cláusulas susceptibles de ser declaradas abusivas en proceso hipotecario, tales como las de vencimiento anticipado, intereses de demora, y, evidentemente, las suelo. Respecto de estas últimas, resulta interesante destacar los siguientes pronunciamientos:

- a') Reiteración de la necesaria claridad de las cláusulas suelo

Para calificar una cláusula de clara no es suficiente que la misma sea gramaticalmente *comprensible y esté redactada en caracteres legibles*, sino que la exigencia impuesta por el TS va un paso más allá, pues *estas condiciones generales pueden ser declaradas abusivas si el defecto de transparencia provoca subrepticamente una alteración, no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación.*

- b') Concreción del grado de transparencia de las cláusulas suelo

La claridad de la cláusula debe asegurar dos objetivos. En primer lugar, que *el cliente conozca o pueda conocer la carga económica que el contrato supone para él y la prestación que va a recibir de la otra parte* y, en segundo lugar, este grado de conocimiento le debe permitir tener *la posibilidad real de comparar las distintas ofertas y alternativas de contratación del producto.*

- c') Extensión de la nulidad de las cláusulas abusivas a cláusulas que compartan identidad

La sentencia de 9 de mayo de 2013 tenía un efectos expansivo, en el sentido de que la nulidad no se declaraba únicamente respecto de las cláusulas objeto de análisis, sino que el Tribunal Supremo, previendo la incoación de demandas con idéntica finalidad, pretende dar respuesta a las mismas ante de ser efectiva su incoación, defendiendo que los efectos de la sentencia *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 abusivo».

C) Fase futura. ATS de 12 de abril de 2016. ¿Hacia dónde vamos?

El propio Tribunal Supremo ha tomado conciencia de que la problemática en torno a la retroactividad de la nulidad de las cláusulas suelo no se ha pacificado, sino más bien al contrario, pues se ha avivado, debido a que son diferentes los Órganos judiciales que no comparten el posicionamiento emitido en la sentencia de 9 de mayo de 2013, y lo que resulta más preocupante, existe la posibilidad de que la doctrina del TJUE resulte ser contraria a la emitida por el Tribunal Supremo.

Ante esta situación, el TS ha optado por adoptar una posición de cautela en espera de la resolución del Tribunal europeo, respecto de las cuestiones prejudiciales planteadas en relación a esta materia.

Esta cautela ha tenido como consecuencia posponer la resolución de un recurso de casación sobre las cláusulas suelo. La suspensión del recurso ha sido justificada por el Auto de 12 de abril de 2016, en base a los siguientes motivos:

- La norma respecto de la que se ha planteado la cuestión prejudicial C-154/15 es de aplicación para resolver el recurso.
- Las dudas planteadas ante el TJUE son asimilables a las planteadas ante el TS.
- Contra la sentencia que debe dictar esta Sala no cabe interponer recurso alguno en vía judicial.
- Al estar planteadas varias cuestiones prejudiciales sobre dicha materia, algunas en avanzado estado de tramitación, carece de sentido el planteamiento de la cuestión por este tribunal.
- Dada la cercanía de la fecha señalada para la vista ante dicho tribunal y, consiguientemente, de la sentencia que haya de dictarse, la suspensión del proceso no se prevé extensa, por lo que no se causa un perjuicio relevante a las partes.

De esta forma, la resolución del TJUE condicionará el camino futuro que decida adoptar nuestro Tribunal Supremo y, por ende, la jurisprudencia del resto de Órganos judiciales patrios.

2. VOTO PARTICULAR DISCREPANTE DE LA DOCTRINA MAYORITARIA DEL TRIBUNAL SUPREMO²

A raíz de la doctrina jurisprudencial emitida por el TS, en su sentencia de 9 de mayo de 2013, las posteriores resoluciones del Alto Tribunal confirman la irretroactividad absoluta de la nulidad, aparejando la misma a la no total devolución de las cantidades, sino solo desde el momento en que se dictó la sentencia enunciada.

Sin embargo, no todos los magistrados que forman parte de la Sala Civil del TS que se pronuncia sobre las cuestiones referentes a las consecuencias de la nulidad de las cláusulas suelo, acatan el posicionamiento mayoritario. Esta discrepancia jurídica se hace patente en la STS de 25 de marzo de 2015, en la que el magistrado don Francisco Javier ORDUÑA MORENO formula un voto particular, al que se adhiere el magistrado don Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ. En este voto particular

se defiende, por un lado, la devolución de las cantidades pagadas por el consumidor, no solo desde la fecha de 9 de mayo de 2013, sino desde la misma fecha de formalización del contrato, mientras que por otro lado, se denuncia el tratamiento procesal concedido a diferentes instituciones jurídicas y procesales en las STS de 9 de mayo de 2013 y de 25 de marzo de 2015, como a continuación resaltamos.

A) La declaración de irretroactividad no constituía el objeto del recurso

El objeto del recurso analizado en la sentencia de 9 de mayo de 2013 se concretaba en la acción de cesación de la utilización de una concreta modalidad de cláusulas, como son las cláusulas suelo. *El problema de la irretroactividad no es planteado por las partes sino de manera indirecta por el Misterio fiscal. En ningún caso se solicitaba un pronunciamiento en relación a la restitución de las cantidades indebidamente cobradas, que hubiera requerido la acumulación de esta acción a la acción de cesación.* En este sentido, y esto constituye argumentación propia no del voto particular, se produciría en la STS de 9 de mayo de 2013 una incongruencia *supra petitem*.

B) Inexistencia de identidad en las acciones incoadas en los diferentes recursos

En la sentencia 9 de mayo de 2013 se discutía sobre la acción de cesación de la utilización de las cláusulas suelo, de forma global, mientras que en la sentencia de 25 de marzo de 2015, se incoa una acción individual de impugnación sobre un concreto contrato, sin que exista, en consecuencia, identidad entre ambas acciones, pues faltan *los elementos que determinan la identidad, principalmente la distinta naturaleza y función de la acción ejercitada.*

C) Aplicación de la argumentación jurídica resolutoria de la acción de cesación a supuestos heterogéneos

Al resultar dispares, las acciones estudiadas en una y otra sentencia, no pueden solucionarse ambas cuestiones, de manera homogénea, con una trasposición de la argumentación jurídica utilizada para la resolución de una acción a la otra, por ser diferente su naturaleza. La STS de 25 de mayo de 2015, renuncia, *de forma nítida, a realizar cualquier intento de justificar su decisión en base al tratamiento específico y diferenciado de la ineficacia derivada de la declaración de abusividad, en el ejercicio individual de la acción de impugnación.* La nulidad de un contrato o cláusula concreta no puede ser solucionado con planteamientos estáticos y comunes, sino que el contenido y alcance de la ineficacia *debe adaptarse a la naturaleza y función que presenta el fenómeno jurídico en cuestión, la naturaleza de la figura o la institución que la articula, y la relevancia de los bienes e intereses jurídicos que resulten objeto de protección.*

D) Finalidades diferentes entre las acciones de cesación y las individuales de impugnación

La acción de cesación tenía como finalidad evitar la utilización de una determinada cláusula, mientras que la acción de impugnación individual, tiene como

objetivo decretar la ineficacia de una concreta cláusula, a la que le resultarán de aplicación, las consecuencias reglamentadas en el Código Civil, esto es: en primer lugar, la aplicación del *mecanismo de la restitución, como una consecuencia ineludible de la situación de ineficacia contractual derivada de la nulidad o anulación del contrato*, y, en segundo lugar, la plasmación efectiva de los efectos inherentes a la restitución, *que conducen, en principio, a que las consecuencias o efectos de la misma hayan de retrotraerse al momento de la celebración del contrato, esto es, con un claro alcance ex tunc.*

E) Errónea apreciación del ámbito temporal del control de abusividad

Este análisis no opera temporalmente ni en el momento de la impugnación de una cláusula ni en la fecha de la sentencia que declare su nulidad, sino en el momento de formalización del contrato, pues *la inidoneidad de la reglamentación predisuelta, por tanto, es valorada y declarada en atención al marco temporal de la celebración o perfección del contrato, momento «esencial» en donde el predisponente tenía que haber cumplido ya sus especiales deberes de configuración negocial, para que su reglamentación predisuelta no lesionara los derechos del consumidor adherente.*

F) Desnaturalización del principio de buena fe

El tratamiento jurídico que la sentencia del TS concede al principio de buena fe, atenta contra sus principios inherentes, por dos motivos:

En primer lugar, se elimina el carácter indefinido de la exigencia de la buena fe, pues esta debe ser exigida durante toda la vida del contrato, no puede ni debe ser preceptiva solo antes de la publicación de una sentencia.

En segundo lugar, se produce una errónea traslación de los principios inherentes a la buena fe. El contenido de la sentencia 9 de mayo de 2013 no puede operar como salvaguarda de la buena fe exigida a la entidad prestataria, pues la publicación de la sentencia no puede eliminar la obligación del empresario de actuar con transparencia, a efectos de que el consumidor adquiriera un conocimiento real de la cláusula, y, en menor medida, se debe vetar al consumidor de la facultad de impugnar una determinada cláusula, por un supuesto mayor conocimiento de las cláusulas suelo fruto de la sentencia mencionada.

G) La declaración de irretroactividad decretada por la sentencia de 9 de mayo de 2013 opera como un mecanismo de reintegración de la cláusula nula

El hecho de aplicar a todos los consumidores, de modo homogéneo, las consecuencias derivadas de la acción de cesación resuelta en la sentencia de 9 de mayo de 2013, en el sentido de permitir solo la restitución de las cantidades pagadas a partir de la fecha de la resolución citada, les imposibilita a estos incoar la reclamación individual, para la reclamación de los perjuicios económicos derivados de una etapa de la vida del contrato de préstamo, afectando *al derecho de tutela judicial efectiva de los consumidores, que sin ser parte del proceso judicial establecido y, por tanto, sin atención a las circunstancias concretas de su relación contractual, ven vulnerada su legítima pretensión de impugnación de la citada cláusula y su derecho a la devolución íntegra de las cantidades satisfechas.*

H) *La declaración de irretroactividad decretada por la sentencia de 9 de mayo de 2013 elimina el efecto disuasorio de las consecuencias de la nulidad de las cláusulas*

La impunidad para la entidad prestamista, ante una actividad contraria a la correcta contratación con el consumidor, desnaturaliza las consecuencias derivadas de la nulidad, pues *el mensaje que se transmite no es otro que el de la posibilidad de incumplir los especiales deberes de transparencia por el predisponente, sin sanción inicial alguna.*

IV. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA³

1. NECESARIA COMPRENSIÓN DE LAS CLÁUSULAS POR PARTE DEL CONSUMIDOR

La jurisprudencia del TJUE, como no podía ser de otra forma, se ajusta a las directrices contenidas en la Directiva 93/13, resultando de especial importancia salvaguardar el equilibrio de las partes contratantes. El consumidor no es una persona experta en la materia jurídica y económica, y, por ende, el empresario debe adoptar un *plus* de diligencia en cuanto a su información, con el objetivo, *de que un consumidor informado pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas que para él se derivan* —TJUE de 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13.

De ello, trae causa, que la exigencia de que una cláusula contractual deba redactarse de manera clara y comprensible, se concreta en la *obligación no solo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula referida, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo* —STJUE de 30 de abril de 2014, Asunto C-26/13.

2. EXIGENCIA DE BUENA FE RESPECTO DE LA ACTUACIÓN DE LA ENTIDAD FINANCIERA

Los conocimientos de la entidad financiera, en conexión, como hemos manifestado anteriormente, con la inexistencia de conocimientos económicos por parte del consumidor, conllevan que sobre el empresario recaiga un *plus* de diligencia, que debe traducirse en una actuación regida por los principio de buena fe. En este sentido, la STJUE de 14 de marzo de 2013, Asunto C-415/11, sostiene que *el juez nacional debe comprobar a tal efecto si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, este aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual.*

3. LA EXIGENCIA DE CONTROL DE OFICIO COMO MEDIDA DE PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

El Tribunal europeo considera correcta la adopción de medidas que repercuten en beneficio del consumidor, como persona colocada en una situación de

desequilibrio en un contrato. El ordenamiento jurídico nacional actúa, así, como complementario de las medidas adoptadas por la Directiva europea en pro de los intereses del consumidor; tal y como se plasma en la STJUE de 3 de junio de 2010, Asunto C-484/08, al afirmar que *no se puede impedir a los Estados miembros que mantengan o adopten, (...) normas más estrictas que las establecidas por la propia Directiva, siempre que pretendan garantizar al consumidor un mayor nivel de protección*», los artículos 4, apartado 2, y 8 de la Directiva deben interpretarse en el sentido de que «[...] no se oponen a una normativa nacional [...], que autoriza un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible.

4. CARÁCTER RETROACTIVO DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

El TJUE consciente del perjuicio que puede ser ocasionado al consumidor, en base a la aceptación de una cláusula abusiva, defiende la retroactividad de las consecuencias derivadas de la nulidad de un contrato. Los efectos perjudiciales no deben ser objeto de flexibilización, pues la diferenciación de la aplicación de las consecuencias de la nulidad, en función del momento temporal de la vida del contrato, sería poco equitativa, al ser los perjuicios, los mismos con independencia del instante en que se hacen efectivos. Esta tesis es argumentada en la STJUE de 21 de marzo de 2013, Asunto C-92/11, al considerar que *según reiterada jurisprudencia, la interpretación que, en el ejercicio de la competencia que le confiere el artículo 267 TFUE, hace el Tribunal de Justicia de una norma de Derecho de la Unión aclara y precisa el significado y el alcance de dicha norma, tal como debe o habría debido ser entendida y aplicada desde el momento de su entrada en vigor. De ello resulta que la norma así interpretada puede y debe ser aplicada por el juez a relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de la sentencia que resuelva sobre la petición de interpretación, si además se reúnen los requisitos que permiten someter a los órganos jurisdiccionales competentes un litigio relativo a la aplicación de dicha norma.*

5. IMPOSIBILIDAD DE REINTEGRAR LA CLÁUSULA NULA

Debido al interés público, en que se erige la defensa de los consumidores, y con el objetivo de no mantener el perjuicio, en su mayoría de veces económico, que ha sufrido este durante la vigencia de un contrato, en el cual se encontraba en una situación de desigualdad, el TJUE considera contraria, a la normativa comunitaria, la reintegración de las cláusulas abusivas. Esta tesis se mantiene en la sentencia de 14 de junio de 2012, dictada en el asunto C-618/10, al manifestar que *el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, que atribuye al juez nacional, cuando este declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido*

de la cláusula abusiva. Sirva como ejemplo, el contenido de la STJUE de 30 de mayo de 2013, Asunto C-488/11, en la que se sostiene que el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 no puede interpretarse en el sentido de que permita al juez nacional, cuando aprecie el carácter abusivo de una cláusula penal en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, reducir el importe de la pena convencional impuesta al consumidor, en lugar de excluir plenamente la aplicación a este de la referida cláusula.

Sobre los Estados miembros recae la obligación de adoptar medidas de protección respecto de los consumidores, y es evidente que la reintegración de las cláusulas abusivas, no constituye un medio que cumpla con este fin. De lo contrario, se eliminaría el efecto penalizador de estas cláusulas, pues si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tales contratos, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva ya que la mencionada facultad debilitaría el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores —STJUE 30 de mayo de 2013, Asunto C-488/11.

V. DISCREPANCIA JURISPRUDENCIAL ENTRE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES

Constituye un clásico, podríamos manifestar, y es un fiel reflejo de la riqueza del derecho, que admite diferentes interpretaciones, la discrepancia jurisprudencial entre Audiencias Provinciales. La gran mayoría de las cuestiones controvertidas jurídicamente han originado diferentes posicionamientos jurisprudenciales entre las Audiencias Provinciales y la problemática de la retroactividad de las cláusulas suelo no es una excepción, al menos temporalmente. Así, tras la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, existían dos grupos de Órganos judiciales.

1. AUDIENCIAS PROVINCIALES QUE DEFIENDEN UNA LIMITACIÓN DE LA RETROACTIVIDAD

Un primer grupo de Órganos judiciales defendían la aplicación retroactiva limitada tras la declaración de nulidad de una cláusula abusiva, haciendo propios los argumentos del Tribunal Supremo. Entre otras: SAP Palma Mallorca, Sección 5.^a, de 22 de diciembre de 2014; SAP Badajoz, Sección 3.^a, de 12 de septiembre de 2014; AAP Tarragona, Sección 3.^a, de 13 de junio de 2014; SAP León, Sección 1.^a, de 5 de junio de 2014; SAP Pontevedra, Sección 1.^a, de 9 de abril de 2014 y SAP Córdoba, Sección 3.^a, de 18 de junio de 2013.

2. AUDIENCIAS PROVINCIALES QUE SOSTENIAN UNA RETROACTIVIDAD ABSOLUTA⁴

Un segundo bloque de Audiencias Provinciales defendía la aplicación de las consecuencias reguladas en el artículo 1303 del Código Civil. En este sentido, la restitución de las cantidades no debía limitarse a la fecha del 9 de mayo de 2013, sino a la fecha de formalización del contrato. Sin embargo, muchas de estas Audiencias modificaron su criterio inicial, por diferentes razones:

- SAP Barcelona, Sección 15.^a, de 8 de marzo de 2016: *La respuesta en el ámbito de las acciones colectivas no podía ser distinta a la que el Tribunal Supremo había dado en el ámbito de las acciones colectivas. No resulta lógico que una misma situación jurídica merezca una respuesta judicial distinta según cuál sea cauce procesal seguido para lograr su protección.*

- SAP Barcelona, Sección 16.^a, de 25 de febrero de 2016: *Este Tribunal en ocasiones anteriores había considerado que la tesis de la irretroactividad de la anulación de la cláusula suelo no podía prosperar, ya que las razones por las que la precitada sentencia de casación había restringido la eficacia temporal de su estricto pronunciamiento anulatorio podían ser válidas en un litigio en que se ventilaba una acción colectiva de cesación formulada por una asociación de defensa de los intereses colectivos de los consumidores al amparo del artículo 12 LCGC, mas no debían ser automáticamente extensivas a las acciones individuales. Sin embargo, una vez pronunciado de nuevo el Tribunal Supremo sobre esa polémica cuestión a través de su sentencia de Pleno de 25 de marzo de 2015, cuyo dictado aprovecha para efectuar una «cabal clarificación» de los efectos temporales de su sentencia de mayo de 2013, no cabe sino asumir por imperativo del artículo 1.6 del Código Civil la doctrina emanada del tribunal de casación, a cuyo tenor la anulación de las cláusulas suelo que no superen el doble filtro del control de transparencia fijado por la STS 241/13 produce efectos a partir de la propia fecha de la misma, sin que en ningún caso autorice a reclamar —aun por medio de acción individual planteada por el prestatario en juicio declarativo— el reembolso de lo pagado en exceso con anterioridad por mor de los efectos de la referida cláusula.*

- SAP Jaén, Sección 1.^a, de 24 de septiembre de 2015: *Por razones de seguridad jurídica, habremos de modificar el criterio hasta ahora mantenido y en aplicación de la doctrina expuesta, estimar en parte la apelación, debiendo limitar la eficacia de la declaración de nulidad de la cláusula suelo hasta el 9 de mayo de 2013, fecha a partir de la cual se habrán de abonar las cantidades resultantes de la inaplicación de dicha cláusula, a determinar en ejecución de sentencia.*

- AAP Pontevedra, Sección 1.^a, de 7 de abril de 2016: *La STS de 25 de marzo de 2015, nace con vocación unificadora y definitiva.*

VI. PLANTEAMIENTO DE CUESTIONES PREJUDICIALES

La falta de comulgación absoluta de nuestros Órganos judiciales con la argumentación del Tribunal Supremo contenida en la sentencia de 9 de mayo de 2013, y la proliferación de peticiones de devolución íntegra del dinero pagado, como consecuencia de la vigencia de las cláusulas suelo, ha comportado que diferentes Juzgados hayan elevado cuestiones prejudiciales ante el TJUE, cuyos elementos principales analizamos a continuación. No entraremos a examinar todas y cada una de estas cuestiones prejudiciales, sino que nos limitaremos a las más recientes y a la primera de ellas, respecto de la cual se han acumulado otras cuestiones prejudiciales de la misma temática.

1. AAP A CORUÑA, SECCIÓN 6, DE 4 DE ENERO DE 2016

La Audiencia provincial de A Coruña plantea las siguientes cuestiones al TJUE:

- *Si es posible permitir que el Juez nacional limite los efectos retroactivos de la nulidad de una cláusula.* Sobre este punto, la AAP considera que permitir que la cláusula nula por abusiva despliegue sus efectos temporalmente, puede hacer peligrar el objetivo que la Directiva persigue de disuadir de su uso a las entidades bancarias

- *Si la declaración de nulidad de una cláusula por abusiva, inserta en el contrato con un consumidor, puede producir sus efectos hasta una determinada fecha posterior a la celebración del contrato.* Al respecto, la AAP se pregunta si no supone la moderación de la retroactividad, una forma de integración temporal de la cláusula nula, al mantener vigentes los efectos de la cláusula suelo durante un determinado periodo de tiempo.

- *La concreción de la amplitud del concepto de buena fe, y si esta debe ser valorada en abstracto o aplicada a un caso concreto.* En este sentido, sostiene la AAP A Coruña que no es correcta la traslación de los criterios de buena fe aplicados respecto de una acción colectiva a una acción individual.

- *La fijación de los presupuestos y elementos subjetivos que deben tenerse en cuenta para determinar los graves trastornos económicos.* Sobre este punto, la AAP A Coruña manifiesta que los trastornos económicos se han valorado desde la perspectiva de las entidades profesionales pero en caso alguno tomando en consideración a los consumidores.

2. AAP ÁLAVA, SECCIÓN 1.^a, DE 22 DE SEPTIEMBRE DE 2015 —C-525/15—

La AAP Álava se limita a efectuar una única cuestión al TSJUE, en concreto:

- *Si es correcto restringir los efectos restitutorios de cantidades indebidamente cobradas a partir de una fecha, en lugar desde el momento en que la cláusula abusiva y nula comenzó a operar.* Esta cuestión se la plantea la AAP Álava, tras el análisis de diferentes resoluciones del TJUE, en las que tras la declaración de nulidad de una cláusula se defiende la no vinculación completa respecto del consumidor tanto para mantener el equilibrio de los contratantes como el efecto disuasorio de la nulidad.

3. AAP CANTABRIA, SECCIÓN 4, DE 17 DE JULIO DE 2015 —C-431/15—

La Audiencia Provincial de Cantabria eleva al TJUE los siguientes interrogantes:

- *Si es correcta la limitación de los efectos retroactivos de las cláusulas nulas.* Entiende la AAP de Cantabria que se produce un tratamiento perjudicial para el consumidor, pues durante el periodo de tiempo existente entre la formalización del contrato y el momento en que se decreta la nulidad de la cláusula, el consumidor sufre un perjuicio económico.

- *Si el riesgo económico debe valorarse en función de una sola acción individual de impugnación, o si por el contrario, debe computarse por las múltiples acciones de consumidores que puedan presentarse ante la solución positiva de la primera de las acciones.* En este punto, la AAP de Cantabria califica de aventurado determinar el concreto perjuicio económico en base a una posible presentación de acciones individuales que todavía no se han hecho efectivas. Considerar el ejercicio de una acción individual, como la antesala de futuras y numerosas acciones individuales, es tomar en cuenta un riesgo que no tiene por qué materializarse.

• *Si la buena fe del profesional debe ser valorada de forma abstracta, respecto de la globalidad de la contratación, o casuísticamente para cada uno de los consumidores.* Al respecto, la AAP de Cantabria defiende que considerar la buena fe de modo genérico, sin valorarla al caso concreto ni comprobar la transparencia de la cláusula y el conocimiento real de la misma por parte del consumidor, es beneficiar al profesional que generó la nulidad en contra del consumidor.

4. JUZGADO DE LO MERCANTIL NÚM. 1 DE GRANADA EL 1 DE ABRIL DE 2015 —C-154/15—

Es esta la primera de las cuestiones prejudiciales planteada. La misma se concreta en el interrogante de si el cese en el uso que pudiera decretarse de una determinada cláusula en una acción individual ejercitada por un consumidor cuando se declare su nulidad: ¿Es compatible con una limitación de los efectos de dicha nulidad? ¿Es posible moderar (por los tribunales) la devolución de las cantidades que haya pagado el consumidor —a que esté obligado el profesional— en aplicación de la cláusula, posteriormente declarada nula desde el origen, por defecto de información y/o transparencia? La respuesta a este interrogante será resuelto en breve por el TJUE. Sobre el análisis de esta cuestión prejudicial nos remitimos al apartado 7 de este trabajo, donde se examinan las conclusiones emitidas por la Comisión europea en su informe de 13 de julio de 2015.

5. OTRAS CUESTIONES PREJUDICIALES

Asimismo, también se han presentado otras cuestiones prejudiciales, en concreto: AAP Alicante, Sección 8.^a, de 10 de junio de 2015 —C-307/15— y de 14 de junio de 2015 —C-308/15—; AAP Castellón, Sección 3.^a, de 10 de julio de 2015 —C-349/15— y AAP Zamora, Sección 1.^a, de 13 de julio de 2015 —C-381/15.

VII. INFORME DE LA COMISIÓN EUROPEA DE 13 DE JULIO DE 2015 RESPECTO DE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL PLANTEADA POR EL JUZGADO DE LO MERCANTIL NÚM. 1 DE GRANADA

1. BASES DEL INFORME DE LA COMISIÓN EUROPEA⁵

La extraordinaria expectativa que ha generado la futura sentencia del TJUE que resuelva la cuestión prejudicial presentada por el Juzgado de lo mercantil núm. 1 de Granada, se debe fundamentalmente al contenido del informe presentado por la Comisión europea. Los argumentos del informe, de fecha 13 de julio de 2015, constituyen un varapalo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, pues contradice los argumentos de esta. Extremo que ha supuesto que el propio Tribunal Supremo haya suspendido la resolución de los recursos presentados en materia de retroactividad de la nulidad de las cláusulas suelo, esperando conocer la resolución del TJUE.

El punto de partida que asume el informe de la Comisión europea es la interpretación que el TJUE realiza de la Directiva 93/13/CEE, en la sentencia de 14 de junio de 2012, Asunto C-618/10, en el que, al examinar esta normativa comunitaria, sostiene los diferentes extremos.

En primer lugar, la obligación, para los Estados miembros, de garantizar la no vinculación de las cláusulas abusivas al consumidor.

En segundo lugar, la sustitución del equilibrio formal, que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes, por un equilibrio real, que pueda restablecer la igualdad entre las partes contratantes.

En tercer lugar, el margen limitado que se concede a los tribunales nacionales para la aplicación de las consecuencias jurídicas que los ordenamientos nacionales prevén para los casos de abusividad de una cláusula, pues, en todo caso, se ha de garantizar la no vinculación de estas a los consumidores.

2. RESPUESTA A LA PRIMERA PREGUNTA

La primera pregunta formulada por la cuestión de prejudicialidad elevada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Granada, tiene el siguiente literal: *La interpretación de no vinculación que realiza el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE: ¿Es compatible en estos supuestos con una interpretación que determine que la declaración de nulidad de la citada cláusula, no obstante, extiende sus efectos hasta que se declare la misma? Y por tanto, que aunque se declare su nulidad, se entenderá que los efectos que ha producido durante su vigencia no quedarán invalidados o ineficaces.*

La respuesta a la primera de las cuestiones planteadas por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Granada, se fundamenta en los siguientes razonamientos jurídicos y jurisprudenciales. Primero.— Inexistencia de limitación temporal al efecto de no vinculación de las cláusulas abusivas. En este sentido, es reiterada doctrina jurisprudencial del TJUE, que el concepto de no vinculación referido en el artículo 6.1 de la Directiva, *surte efectos ex tunc, y no solo desde la declaración de abusividad de la cláusula en cuestión.*

Segundo.— La aplicación *ex nunc* de las consecuencias de la nulidad de una cláusula, contraviene las reglas contenidas en la Directiva europea. De aplicarse una tesis contraria, los efectos de la abusividad resultarían condicionados al comportamiento de las partes, es decir, no a un elemento objetivo y, si en cambio, a una actuación subjetiva de las partes contratantes. En ámbitos similares, el TJUE sostiene que los efectos *ex nunc* implicaría que *solo si los consumidores impugnaran una determinada cláusula ante el juez nacional y solo si esta llegara a declararla abusiva, la misma cesaría de sus efectos.* De ser así, los comerciantes, *retendrían todos los réditos obtenidos hasta dicho momento por la aplicación de la cláusula abusiva.*

Tercero.— Riego de desnaturalizar la Directiva europea. La aplicación *ex tunc* de los efectos de la nulidad de una cláusula abusiva, es la única tesis que respeta el objetivo protector perseguido por la Directiva 93/13. Esta tesis, asimismo, *coincide plenamente con los efectos de nulidad de pleno derecho previstos en el ordenamiento jurídico español, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1303 del Código Civil.* La interpretación *ex nunc* sería totalmente opuesta al objetivo de la Directiva y la vaciaría de contenido.

En base a los argumentos expuestos, la respuesta a la primera de las preguntas se concreta en afirmar que *la interpretación de no vinculación que realiza el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE es incompatible con una interpretación que determine que la declaración de nulidad de la cláusula extiende sus efectos hasta la declaración de nulidad de la misma.*

3. RESPUESTA A LA SEGUNDA PREGUNTA

La segunda de las preguntas formuladas por la cuestión de prejudicialidad elevada por el Juzgado núm. 1 de lo Mercantil de Granada, contiene dos interrogantes, el primero de ellos, se concreta en preguntarse: El cese en el uso que pudiera decretarse de una determinada cláusula, (de conformidad a los apartados primeros de los arts. 6 y 7), en una acción individual ejercitada por el consumidor cuando se declare su nulidad: ¿Es compatible con una limitación de los efectos de dicha nulidad? ¿Es posible moderar (por los tribunales) la devolución de las cantidades que haya pagado el consumidor en aplicación de la cláusula, posteriormente declarada nula desde el origen, por defecto de información y/o transparencia?

Para conceder respuesta a este interrogante, el informe de la Comisión europea, adopta como punto de partida, los argumentos esgrimidos por el TJUE en la sentencia de 21 de marzo de 2013, en la que se afirma que *la interpretación que el Tribunal hace en el ejercicio de sus competencias de una norma del Derecho de la Unión tiene por objeto aclarar el significado y alcance de la norma, tal y como debió haberse entendido desde la entrada en vigor de dicha norma. En consecuencia, la interpretación que realiza el Tribunal debe aplicarse también retroactivamente a relaciones jurídicas nacidas antes de la resolución judicial en cuestión*. Esta regla general solo admite excepciones puntuales, siempre y cuando, concurren dos presupuestos: la buena fe del círculo de interesados y el riesgo de trastornos graves en el sistema económico.

La respuesta a la segunda de las cuestiones que integran la cuestión prejudicial, la fundamenta el informe de la Comisión en los siguientes argumentos:

Primero.— Interpretación errónea de la jurisprudencia del TJUE por parte del TS. El Alto Tribunal español pretende justificar la limitación de los efectos retroactivos de la nulidad, en base a la doctrina contenida en la sentencia RWE —STJUE de 21 de marzo de 2013—. Sin embargo, la Comisión sostiene que *la doctrina reflejada en la sentencia RWE no es extrapolable al recurso relativo a las consecuencias de la nulidad de las cláusulas suelo, pues en el asunto español no se dilucida el alcance de una determinada interpretación jurídica, sino los efectos de la nulidad de una cláusula abusiva*.

Segundo.— Imposibilidad de establecer por el Tribunal nacional límites a los efectos retroactivos. El hecho de decretar restricciones a los efectos retroactivos de una norma interpretada jurídicamente por el Tribunal europeo se caracteriza por su excepcionalidad, y previa acreditación de una serie de requisitos. Es por ello, que la restricción queda reservada al propio TJUE, sin que los Tribunales nacionales se encuentren facultados para imponer estas limitaciones, pues como afirma el informe de la Comisión *dicha limitación tendría repercusión directa en el alcance y aplicación del Derecho de la Unión, la Comisión considera que no sería posible reconocer a los Tribunales nacionales la posibilidad de limitar el alcance de la interpretación dada por el Tribunal de justicia a una norma del Derecho de la Unión*.

Tercero.— Imposibilidad de limitar los efectos *ex tunc* de la nulidad de las cláusulas abusivas. Esta imposibilidad es consecuencia, según el informe de la Comisión, de la circunstancia de que no se cumplen los presupuestos exigidos para aprobar la excepcionalidad de la limitación.

En primer lugar, no concurre la buena fe de los círculos interesados. Según la Directiva 93/13, los conceptos de buena fe y abusividad son incompatibles, *por tanto, aquellos comerciantes que hubieran incluido dichas cláusulas en sus contratos con consumidores no pueden invocar su buena fe para limitar los efectos*

de la abusividad y, en segundo lugar, la invocación de los trastornos graves en el sistema económico son hipotéticos.

Cuarto.— Imposible inclusión de la nulidad de las cláusulas abusivas en los supuestos de ponderación del objetivo de protección de los consumidores que persigue la Directiva 93/13. En este sentido, según el informe: Se aceptará la ponderación, de manera excepcional, cuando sea preciso proteger el principio de cosa juzgada. En contrapartida, no se aceptará la ponderación, cuando la misma se concrete en *otros límites potenciales a la nulidad de las cláusulas abusivas, tales como los pagos que hubieran sido efectuados antes del que el Tribunal nacional dictara sentencia declarativa de tal nulidad, tal y como parece esgrimir la sentencia del Tribunal Supremo español de 9 de mayo de 2013*, pues estos límites carecían de justificación y de respaldo jurídico, y por ello, no deberían ser aceptados so pena de socavar la aplicación de la Directiva y el efecto disuasorio del artículo 6.1 de la misma.

Conforme a la argumentación enunciada, la respuesta a la segunda de las cuestiones se concreta en: *El cese en el uso de una determinada cláusula declarada nula como consecuencia de una acción individual, ejercitada por un consumidor, no sería compatible con una limitación, salvo que aquella fuera necesaria para preservar el principio de cosa juzgada.*

4. RESPUESTA A LA TERCERA PREGUNTA

La segunda de las cuestiones que formaban parte de la segunda de las preguntas planteadas por el Juzgado de lo mercantil núm. 1 de Granada, se concretaba en la siguientes formulación: ¿A pesar de los efectos de la nulidad desde el origen de una cláusula abusiva, *declarada nula por defecto de información y/o transparencia*, la Directiva europea permitiría a los Tribunales nacionales moderar, en un asunto concreto, las consecuencias económicas de la nulidad de una cláusula calificada como abusiva? Para conceder respuesta a este interrogante, la Comisión asume, como punto de partida, el contenido de la propia Directiva 93/13, la cual *no establece excepción o límite alguno a los efectos de la no vinculación de las cláusulas abusivas*. En base a esta afirmación, la solución al tercero de los interrogantes planteados, se justifica conforme a los extremos que a continuación exponemos:

Primero.— Falta de cobertura jurídica de la moderación: El informe de la Comisión europea ofrece un tratamiento homogéneo a las diferentes modalidades de acciones que puedan ejercitarse casuísticamente, consistente en negar la existencia de cobertura jurídica alguna a una posible moderación de los efectos de su nulidad en el caso concreto.

Segundo.— Equiparación de la modulación a la modificación. Sostiene el informe que *reconocer a los Tribunales nacionales la facultad de moderar, o incluso eliminar, las consecuencias económicas de la nulidad de una cláusula abusiva tendría las mismas consecuencias que concederles la facultad de modificar el contenido de una cláusula de nulidad.*

Tercero.— La modulación de las consecuencias de la nulidad supone la eliminación del efecto disuasorio. La utilización dentro de la práctica contractual de cláusulas abusivas debe ser objeto de penalización, pues de lo contrario su utilización subsistiría. *La mencionada facultad (de modular) contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a consumidores (...) en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas*

al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuere necesario.

Cuarto.— Una actividad discrecional del juez nacional, en relación a la moderación de las cantidades a restituir, desnaturalizaría la Directiva 93/13. Si un juez nacional, discrecionalmente, decidiese respecto de la eliminación o supresión de las cantidades a retornar *se vaciaría de contenido el mandato del artículo 6.1 de la Directiva*, restando a la voluntad del Juez nacional la aplicación de la normativa comunitaria, *lo cual es contrario a los principios de primacía y efecto directo del Derecho de la Unión.*

En base a los razonamientos expuestos, la respuesta a la tercera cuestión se concreta en afirmar que: *de conformidad con los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva y la interpretación que de los mismos ha dado el Tribunal de Justicia, no es posible que los Tribunales nacionales puedan moderar la devolución de las cantidades que ya ha pagado el consumidor; a qué está obligado el profesional, en aplicación de una cláusula declarada nula desde el origen por defecto de información y/o transparencia.*

VIII. ¿Y QUÉ HACEMOS?

Esperar pacientemente. En breve el TJUE se pronunciará sobre si es necesario aplicar la retroactividad de manera absoluta o, si por el contrario, es suficiente una retroactividad limitada. Una muestra de la importancia de esta resolución es la suspensión de los recursos relativos a la nulidad de las cláusulas abusivas planteados ante el Tribunal Supremo. La sentencia que dicte el TJUE no solo tendrá una especial importancia jurídica sino también económica.

En relación al ámbito jurídico, puede surgir la problemática de una resolución contraria a los argumentos del TS, circunstancia que no consideramos desorbitada, tanto por los antecedentes del TJUE como por el contenido del Informe de la Comisión europea de 13 de julio de 2015. De ser así, surgirá el interrogante de cómo deberán proceder los Órganos judiciales patrios, surgiendo el dilema de si seguir la jurisprudencia del TS o, por el contrario, aceptando la doctrina del TJUE.

En cuanto al ámbito económico, a nadie se le escapa la relevancia de la sentencia del TJUE, pues de defender la retroactividad de la nulidad de las cláusulas suelo y sostener, por ende, la devolución de todas las cantidades percibidas, se incrementarán las peticiones de reintegración de los ciudadanos y asociaciones de consumidores. ¿Alguien se imagina que las entidades financieras deban hacer frente a esta carga económica? ¿Lo podría soportar el sistema económico español? ¿Será necesario un nuevo rescate financiero?...

Se presenta un futuro interesante o, cuanto menos, dejémoslo en entretenido.

CONCLUSIONES

I. La jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea, en relación a la retroactividad de las cláusulas suelo, es contradictoria. Esta circunstancia origina inseguridad jurídica tanto en las contrataciones inmobiliarias y bancarias como en la tutela judicial de los derechos y obligaciones derivados de un préstamo hipotecario.

II. El Tribunal Supremo es contrario a la retroactividad absoluta de la nulidad de las cláusulas suelo, limitando la misma a la fecha de 9 de mayo de 2013,

fecha en que se dicta la sentencia que reconoce la nulidad de esta modalidad contractual con los consumidores.

III. El Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea defiende la nulidad absoluta de las cláusulas suelo desde la firma del préstamo hipotecario, no limitando su nulidad a un ámbito temporal concreto del contrato.

IV. Esta discrepancia y la actividad de asociaciones de consumidores y usuarios, en el sentido de presentar demandas reclamando las cantidades pagadas correspondientes a las cláusulas suelo, ha multiplicado la presentación de cuestiones prejudiciales presentadas por Tribunales españoles ante el Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea.

V. El informe de la Comisión europea es contrario a la limitación de las consecuencias derivadas de la nulidad de las cláusulas suelo, y, en consecuencia, sostiene la necesaria devolución de todas las cantidades abonadas desde la fecha de formalización del contrato de préstamo hipotecario.

VI. La respuesta del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea a las cuestiones prejudiciales condicionará el ámbito económico e inmobiliario de España, pudiendo derivarse de su resolución un rescate financiero.

NOTAS

¹ La cursiva es literal de las STS.

² La cursiva constituye redacción literal del voto particular.

³ La cursiva constituye redacción literal de las STJUE.

⁴ La cursiva es texto literal de las resoluciones.

⁵ La cursiva es texto literal del Informe de la Comisión europea de 15 de julio de 2015.