

La polémica excepción a la retroactividad de los efectos de la nulidad de la cláusula suelo*

*The controversial exception to
retroactivity effects of floor clause
nullity*

por

ALBA PAÑOS PÉREZ
Profesora Ayudante Doctor de Derecho Civil

RESUMEN: La gran litigiosidad propiciada por la crisis ha provocado que materias como las cláusulas suelo estén desbordando actualmente los juzgados españoles (tanto los de lo Mercantil como de Primera Instancia). Después de los últimos pronunciamientos del Pleno del TS sobre la materia, las en-

¹ Se informa al lector de que este artículo fue terminado con fecha de junio del 2015, por lo que toda la problemática jurisprudencial suscitada en los últimos meses no se encuentra reflejada en el mismo. Desde entonces, son numerosas y contradictorias las resoluciones que se han dictado sobre la materia, dividiéndose los juzgados entre aquéllos que acogen la doctrina dictada por la STS de 9 de mayo 2013, con la matización de STS de 25 de marzo de 2015, y aquellos otros que defienden la retroactividad de los efectos de la declaración de nulidad, en base al artículo 1303 CC y alegando la sujeción al derecho comunitario. En julio de 2015 la Comisión Europea emitió un informe no vinculante al Tribunal de Justicia en el que considera que la retroactividad parcial, limitada y moderada defendida por el TS es contraria a la Directiva 13/1993; así, solicita que la banca reintege la totalidad de lo cobrado por las cláusulas suelo declaradas nulas en una sentencia. Actualmente, estamos a la espera de que dicho Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronuncie, previsiblemente a finales de 2016, sobre este tema.

tidades bancarias continúan reacias a eliminar de sus contratos de préstamos con garantía hipotecaria las cláusulas suelo, obligando a los consumidores a reclamar su retirada en vía judicial, tras un previo intento de solución extrajudicial. No obstante, el panorama con el que se encuentran en los juzgados no es muy alentador, dada la inseguridad jurídica creada por la disparidad de pronunciamientos al respecto, dividiéndose entre aquellos que acogen la doctrina sentada por el TS en mayo de 2013, que afirmó la irretroactividad de los efectos de la nulidad declarada (doctrina que clarificó el mismo TS en marzo de 2015, limitando el efecto restitutorio a la fecha de publicación de la anterior sentencia); y aquellos otros que, no admitiendo esta excepción, estiman la devolución de las cantidades cobradas de más por la entidad desde la perfección del contrato, como único recurso para resarcir plenamente a un consumidor perjudicado por una cláusula abusiva. Esta última argumentación es la que defendemos en este trabajo.

ABSTRACT: The crisis has caused that subjects such as «floor clauses» are currently overflowing the Spanish Courts. After the recent pronouncements of The Supreme Court of the First Chamber Plenary (TS), banks remain reluctant to eliminate floor clauses in their mortgage loans, forcing consumers to claim their elimination in Courts, after a previous attempt at extrajudicial solution. However, there is a great legal uncertainty created by the existence of pronouncements contradictory, between those who are in favor of the doctrine sitting by the TS of 9 May 2013, claiming the non-retroactivity of the effects of the nullity declared, and others who estimate the refund of amounts collected for the bank since the beginning of the contract, being the only solution for the full compensation. This last argument is that we defend in this work.

PALABRAS CLAVE: Préstamo hipotecario. Cláusula suelo. Control de transparencia. Nulidad y retroactividad.

KEY WORDS: Mortgage loans. Floor clause. Transparency control. Nullity and retroactivity.

SUMARIO: I. CUESTIONES PRELIMINARES.—II. LA NUEVA CONCEPCIÓN DEL CONTROL DE TRANSPARENCIA PARA DETERMINAR LA ABUSIVIDAD DE LA CLÁUSULA.—III. NULIDAD DE LA CLÁUSULA SUELO Y LA SORPRENDENTE EXCEPCIÓN A LA RETROACTIVIDAD DE LOS EFECTOS DE LA MISMA.—IV. CONCLUSIONES

I. CUESTIONES PRELIMINARES

De la lectura del artículo 51, en relación con el 53.3 de la Constitución Española, se extrae que la defensa de los consumidores y usuarios ha de considerarse un principio general informador del Ordenamiento Jurídico en un doble sentido: por una parte, obligando al legislador a adoptar las medidas normativas precisas y, por otra, atribuyendo a los órganos encargados de aplicarlas el deber de interpretar las normas en un sentido favorable a los legítimos intereses de los mismos. Y este principio se ve reforzado cuando los derechos del consumidor guardan relación directa con un bien o servicio de uso común, ordinario y generalizado, como es el caso de los préstamos con garantía hipotecaria y más, cuando son otorgados con la garantía de la vivienda familiar.

Cabe señalar que la cláusula a la que dedicamos este estudio, la conocida como «cláusula suelo», tiene enorme trascendencia social y económica, por cuanto se incorpora a los contratos de préstamo hipotecario, que constituyen el medio de financiación mayoritario de la adquisición de una vivienda en España. El ciudadano español, mayoritariamente y por tradición, accede a la vivienda mediante su adquisición en propiedad y para ello precisa acudir a la financiación bancaria de su coste. Esta realidad sociológica, unida a la protección de la vivienda y de la familia que también inspira nuestro texto constitucional, implica una mayor necesidad de equilibrar y de asegurar la protección de los consumidores y usuarios frente a las cláusulas abusivas en contratos con condiciones generales que tienen por objeto bienes especialmente protegidos como la vivienda.

A mayor abundamiento, también ha de tenerse en consideración la complejidad que para el consumidor medio presenta la comprensión del contenido de una escritura de préstamo con garantía hipotecaria y muy especialmente de la cláusula de limitación en la variación del tipo de interés del préstamo hipotecario. De manera que lo relevante en este tipo de procedimientos, que actualmente están colapsando nuestros tribunales, tanto de lo Mercantil como de Primera Instancia (dejando aparte el tema de la competencia, que rebasaría con creces el objeto de este estudio¹), es la consideración del carácter abusivo de una cláusula que limita el tipo de interés, pudiendo ser esta perfectamente declarada como abusiva incluso aunque se haya consentido con pleno conocimiento de su existencia y no de manera inadvertida, como suele ocurrir, su inclusión en el contrato.

Es práctica habitual en la contratación de este tipo de operaciones que la entidad financiera oculte al cliente su intención de incluir dicha cláusula en la escritura de préstamo hipotecario que se va a formalizar. Del mismo modo, es norma común que no forme parte de las negociaciones, que se limitan a la determinación del importe a prestar, las condiciones financieras referidas a comisiones y tipo de interés a aplicar (es decir, interés de referencia más diferencial). En ningún momento se le avisa o advierte de que, con independencia de que se

hubieran pactado unas condiciones determinadas respecto a las revisiones del tipo de interés, estas quedarán sin efecto al haberse incluido una cláusula que limita las revisiones a la baja del tipo de interés, convirtiendo lo que en principio tiene apariencia de un préstamo a interés variable, en un préstamo a un interés mínimo fijo, impidiendo al consumidor beneficiarse de las fluctuaciones a la baja del tipo pactado con la entidad.

Así, al no informar la entidad financiera suficiente o eficazmente de la existencia de una cláusula suelo antes de la celebración del contrato y de sus consecuencias económicas en caso de un escenario previsible de bajada del tipo de referencia, su inclusión en el contrato a hurtadillas, oculta entre una profusión de cláusulas financieras, provoca una alteración subrepticia del precio del crédito, sobre el cual el prestatario creía haber prestado su consentimiento a partir de la información proporcionada por la entidad en la fase precontractual. Desde la perspectiva del consumidor, dicho precio estaba constituido por el diferencial aplicable a un tipo de referencia variable (normalmente el Euribor), cuando la realidad es que la cláusula es tan destacada que supone una alteración de ese carácter variable del préstamo.

En estos casos, el perjuicio para el consumidor derivado de la inclusión de una cláusula de este tipo tiene que ver, por lo tanto, con la incorrecta comprensión de las consecuencias jurídico-económicas del propio contrato y con su carácter sorpresivo; el cliente no se percata de su existencia hasta que, ya iniciada la relación crediticia, comprueba que no se beneficia en su cuota periódica de las sucesivas bajadas del Euribor. La mala fe de la entidad financiera radica en haber atraído a la clientela mediante una oferta en apariencia muy competitiva, que no es real, por cuanto que la ventaja que representaría un diferencial muy bajo se ve amortizada por la existencia de una cláusula suelo. En sentido contrario, si dicha cláusula hubiera sido conocida y realmente comprendida por el cliente antes de la celebración del contrato, este habría tomado su decisión de concertar el préstamo con un límite mínimo del tipo de interés con pleno conocimiento de causa y la cláusula suelo sería irreprochable.

II. LA NUEVA CONCEPCIÓN DEL CONTROL DE TRANSPARENCIA PARA DETERMINAR LA ABUSIVIDAD DE LA CLÁUSULA

El artículo 82.1 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 (en adelante, TRLGDCU)², al que remite el artículo 8.2 Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (en adelante, LCGC)³, establece que se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en

contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. Y en todo caso son cláusulas abusivas (conforme al apartado 4, letra c), las que determinen la falta de reciprocidad en el contrato.

Pues bien, la falta de transparencia respecto del objeto principal del contrato (precio y contraprestación) puede ser la causa de un perjuicio para el consumidor, consistente en la alteración del valor de la oferta, tal y como legítimamente se la había representado a partir de la información proporcionada por el empresario. Además, la entidad bancaria no suele entregar al cliente simulaciones de escenarios diversos, ni le compara dicho producto financiero con otros similares, ni siquiera le entrega una previsión a corto de plazo de su préstamo hipotecario. La fase precontracual de negociación se reduce a un «lo tomas o lo dejas», como suele ocurrir en la práctica habitual bancaria, donde se estudia el perfil del cliente y se le dan unas condiciones, suprimiéndose la posibilidad de negociación, que se convierte en una simple facultad de contratación, característica de los contratos de adhesión, propios del ámbito de los consumidores.

El Tribunal Supremo, en su archiconocida y polémica sentencia 241/2013, de 9 de mayo, indica que la cláusula suelo supera el control de inclusión (transparencia formal), sin embargo, llega a la conclusión de que la misma no supera el control de transparencia real —doble filtro— entendido en el sentido de que el consumidor pueda *«identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos. Es necesario que esté perfectamente informado del comportamiento previsible del índice de referencia cuando menos a corto plazo, de tal forma que cuando el suelo estipulado lo haga previsible, esté informado de que lo estipulado es un préstamo a interés fijo mínimo, en el que las variaciones del tipo de referencia a la baja probablemente no repercutirán o lo harán de forma imperceptible en su beneficio. Se trata, en definitiva, de que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez la carga económica que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener»* y sigue diciendo que *«En este segundo examen, la transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su contenido y, en concreto, para impedir que se analice si se trata de condiciones abusivas. Es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato»*.

Respecto del control de incorporación, en sectores regulados, como es el que nos ocupa, este se supera si se han cumplido con los requisitos exigidos

en la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modificó la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria⁴, así como en la Orden de 28 de octubre de 2011, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios⁵, entre otras normas reguladoras de la materia que nos ocupa. Y respecto del control de transparencia, la falta de la misma se condensa en la existencia de una serie de criterios reveladores, puestos de manifiesto por la resolución mencionada así como por, entre otras, la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada 334/2013, de 18 de octubre. Así: a) La creación de la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable en el que las oscilaciones a la baja del índice de referencia repercutirán en una disminución del precio del dinero, que se revelaría como engañosa al desplazar el foco de atención del consumidor, cuando en realidad se estaría tratando de una operación con un interés mínimo fijo que difícilmente se beneficiaría de las bajadas del tipo de referencia; b) La falta de información suficiente de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato, pues cuando las entidades les dan un tratamiento impropiamente secundario el consumidor no percibe su verdadera relevancia; c) La creación de la apariencia de que el suelo tiene como contraprestación imprescindible la fijación de un techo (o tipo máximo de interés), pues la oferta conjunta de ambos puede servir de señuelo que obstaculiza el análisis del impacto de la cláusula suelo en el contrato, cuando ese tipo máximo no es realista; d) La ausencia de simulaciones de escenarios diversos, relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, es decir, en la fase precontractual, mostrándose así los diferentes escenarios que pudieran llegar a producirse, contando el cliente con todos los datos suficientes y necesarios para poder obtener una información completa y veraz de las condiciones del producto que está contratando; e) La inexistencia de advertencia previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad⁶.

Como vemos, la STS 241/2013 basa dicha exigencia de transparencia, que va más allá de la transparencia «documental» verificable en el control de inclusión (arts. 5.5 y 7 LCGC), en los artículos 80.1 y 82.1 del TRLGDCU, interpretados conforme a los artículos 4.2 y 5 de la Directiva 93/13/CEE, y cita a tales efectos lo declarado en la STJUE de 21 de marzo de 2013, asunto C-92/11. La STJUE de 30 de abril de 2014, dictada en el asunto C-26/13, en relación a las condiciones generales empleadas en un préstamo multidivisa, confirma la corrección de esta interpretación, doctrina que ha sido confirmada en la posterior STJUE de 26 de febrero de 2015. Asimismo, la reciente STS del Pleno 138/2015, de 24 de marzo, viene a reiterar estos criterios⁷.

Pues bien, la mencionada STJUE de 26 de febrero de 2015 ha establecido una nueva configuración del control de transparencia, superando la visión

tradicional que se reducía a exigir claridad y sencillez en la redacción de las cláusulas que conforman las condiciones generales del contrato, a favor de una moderna concepción, que requiere que el consumidor sea consciente de las consecuencias jurídico-económicas de aquellas cláusulas que, de acuerdo con el producto o servicio ofertado, afecten a las prestaciones o elementos básicos del contrato en orden a la comprensibilidad, tanto de la carga económica que realmente supone para el consumidor el contrato celebrado, como de la posición jurídica que este asume en los aspectos básicos que se deriven del objeto y ejecución del mismo (PLAZA PENADÉS, 2015)⁸.

El exigido control de transparencia de las cláusulas incluidas en un contrato de préstamo hipotecario haría referencia, por tanto, a un análisis en abstracto respecto a la aptitud de la misma para transmitir la información de manera clara y comprensible al considerado por la jurisprudencia como consumidor medio, y no a que haya mediado consentimiento efectivo por parte de dicho consumidor, pues no existe consentimiento como tal en el ámbito de los contratos de adhesión. Se trata, por tanto, de un control de transparencia objetivo, no subjetivo; de manera que si el contenido de la cláusula pasa desapercibido por el consumidor, que no es capaz de comprender sus consecuencias económicas, a pesar de tener una redacción clara y comprensible, es porque la misma no transmite la información correctamente, no cumpliendo, por tanto, con el deber de transparencia exigible.

La práctica habitual en este ámbito es que el predisponente no incluya los criterios precisos y comprensibles en orden a que el prestatario pueda evaluar, directamente, el alcance jurídico de la cláusula suelo respecto a la modulación de la oferta comercial que se realiza. En efecto, fuera del debate acerca de si la cláusula suelo desnaturaliza o no el concepto de interés variable, lo cierto es que, a los efectos del principio de transparencia real, constituye un elemento esencial del contrato que opera como excepción al carácter variable del préstamo, que debe ser objeto de un realce destacado en el texto y diferenciable. A falta de estos criterios la cláusula suelo puede considerarse, con certeza, abusiva por falta de transparencia. Y, en consecuencia, deberá aplicarse el régimen de ineeficacia propio de las cláusulas abusivas, contemplado en el artículo 83 del TRLGDCU.

III. NULIDAD DE LA CLÁUSULA SUELO Y LA SORPRENDENTE EXCEPCIÓN A LA RETROACTIVIDAD DE LOS EFECTOS DE LA MISMA

No superándose el control de transparencia por todos los argumentos citados, procedería la declaración de nulidad de la controvertida «cláusula suelo»; sin que ello conlleve, como sabemos, la ineeficacia del contrato, el cual puede subsistir sin la misma con arreglo al artículo 10 de la LCGC. Pues bien, declarada la nulidad de la cláusula abusiva y dado que en nuestro ordenamiento jurídico

la nulidad del contrato tiene siempre efectos retroactivos, el artículo 1303 del Código Civil exige destruir sus consecuencias y borrar sus huellas como si no hubiesen existido, evitando que de las mismas se derive efecto alguno, de acuerdo con la clásica regla *quod nullum est nullum effectum producit*, y tal y como reconoce el propio TS en su reciente sentencia núm. 139/2015, de 25 de marzo de 2015 (Fundamentos de derecho nueve y diez). No obstante, en esta misma sentencia se justifica, a continuación, que esta regla general de ineeficacia de las cláusulas abusivas puede tener excepciones, siguiendo la argumentación empleada en la sentencia de 9 de mayo de 2013.

Así, el Alto Tribunal, en la ya reiteradamente citada STS de 241/2013 optó, en una de las decisiones del Pleno más polémicas de los últimos tiempos, por afirmar la irretroactividad de los efectos de la nulidad declarada invocando el principio de seguridad jurídica, por estimar que «*la retroactividad de la sentencia generaría el riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico*». Dicha excepción a la regla general de la retroactividad la basa, por tanto, en argumentos tales como la seguridad jurídica, la buena fe y el riesgo de trastornos graves que pueden afectar al orden público económico.

Jurisprudencia esta, no obstante, que ha sido clarificada por la STS 139/2015, de 25 de marzo, en la que el Pleno ha reiterado su doctrina respecto a la retroactividad de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo, matizando que el efecto restitutorio de las cantidades ya pagadas en virtud de las mismas declaradas nulas por falta de transparencia se podrá producir desde la fecha de la publicación de la sentencia de la propia Sala, de 9 de mayo de 2013. Así, esta última resolución fija como doctrina: «*Que cuando en aplicación de la doctrina fijada en la sentencia de Pleno de 9 de mayo de 2013, ratificada por la de 16 de julio de 2014, RC 2013, 1217 y la de 24 de marzo de 2015, RC 2013, 1765 se declare abusiva y, por ende, nula la denominada cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo con tipo de interés variable, procederá la restitución al prestatario de los intereses que hubiese pagado en aplicación de dicha cláusula a partir de la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013*».

Pues bien, en el caso resuelto por el Tribunal Supremo en mayo de 2013 se ejercitaba una acción de cesación dirigida a obtener una sentencia que condenase al demandado a eliminar de sus condiciones generales las que se reputasen nulas y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo, determinando o aclarando cuando fuese necesario el contenido del contrato que se considerase válido y eficaz. Aquella era una demanda colectiva en la que no se solicitaba la devolución de las cantidades abonadas en virtud de las condiciones a que afecte la sentencia. En cambio, en la STS de 25 de marzo de 2015 se ejerce una acción de nulidad de la cláusula que se considera abusiva y además la devolución de las cantidades cobradas de más en virtud de dicha cláusula, concluyéndose que «*a partir de*

la fecha de publicación de la sentencia del pleno del 9 de mayo de 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 estas 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 parágrafo 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 de mayo de 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».

No obstante esta resolución, la sentencia incluye un voto particular, suscrito por el magistrado ORDUÑA MORENO, al que se adhirió el magistrado O'CALLAGHAN MUÑOZ, en el que discrepan de la misma y cuya argumentación compartimos, donde señalan que «*la delimitación de la razón de ser de la ineficacia derivada de la cláusula abusiva en el marco del fenómeno de la retroactividad, ya de la nulidad, o de cualquier otro régimen típico de ineficacia contractual de que se trate, constituye un error de concepto en el planteamiento inicial de la cuestión*» (Fundamento Jurídico Cuarto). Para empezar, matizan que la «mal llamada irretroactividad» de la cláusula declarada nula que dictó la STS de mayo de 2013 obedeció a una petición introducida por el Ministerio Fiscal, sin que integrara inicialmente el objeto del proceso y su adopción obedeció a razones económicas que así lo aconsejaban en el marco del enjuiciamiento propio de la acción de cesación, por lo que en ningún caso implicó el que se hubiese declarado la nulidad de las cláusulas suelo en general. En consecuencia, consideran que «*será necesario, en el marco de una acción individual, examinar si en cada caso concurren o no las circunstancias que integran el juicio de transparencia y posteriormente determinar el régimen de ineficacia de la declaración, en su caso, de nulidad y que se traduce en el efecto devolutivo de las cantidades percibidas por la aplicación concreta de la cláusula*».

Los magistrados argumentan que será necesaria una fundamentación técnica ajustada a la naturaleza y características de cada caso planteado⁹, sobre todo teniendo en cuenta que el verdadero motivo de la limitación del denunciado efecto retroactivo de la nulidad de la cláusula no fue otro que el «*possible riesgo de trastornos graves o sistémico en las entidades financieras (riesgo que en la actualidad ha desaparecido merced al saneamiento financiero efectuado)*» (Fundamento Jurídico Segundo del voto particular), sin que se fijasen los requisitos que debe tener dicho riesgo para justificar una merma en los derechos básicos que los consumidores y usuarios tienen reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico y en el derecho comunitario (PLAZA PENADÉS, 2015). Por eso precisamente, no son pocas las voces que entre la doctrina se alzan nuevamente en

contra de esta jurisprudencia sentada, por lo cuestionable que resulta que desde una fecha concreta, mayo de 2013, se impida en general la irretroactividad que es inherente a toda declaración de nulidad de cláusula abusiva, y que dicha irretroactividad se proyecte sobre todo tipo de acciones individuales, sin atender a las peculiaridades del caso concreto y conculcando la tutela judicial efectiva del consumidor. Y es que la nulidad se debe declarar en interés del consumidor, sin embargo, el Alto Tribunal altera el régimen normal de la nulidad contractual de las cláusulas abusivas impuestas a los consumidores, olvidando que lo que constituye una cuestión de orden público es amparar a los consumidores que se hayan visto afectados por una cláusula abusiva¹⁰.

Habla así el Tribunal Supremo de «*trastornos graves con trascendencia al orden público económico*», anteponiendo estas razones económicas a la obligación de restituirse recíprocamente las prestaciones que contempla el artículo 1303 del Código Civil, que es parte de una ley y que por lo tanto es fuente del Derecho según el sistema de fuentes del Derecho español. No se deberían anteponer razones económicas ante la aplicación de la ley y menos aun teniendo en consideración que con este pronunciamiento perjudica claramente a la parte más débil en la formalización del contrato de préstamo hipotecario, el consumidor, beneficiando a la entidad de crédito. Esta a pesar de no haber cumplido con la normativa de transparencia proporcionando una completa y correcta información al consumidor sobre la repercusión de la inclusión en el contrato de una cláusula suelo, no se verá obligada a restituir las cantidades cobradas por tal concepto al consumidor, soportando así los efectos de la abusividad por falta de transparencia de las cláusulas suelo el propio consumidor (CATENA REAL, 2014)¹¹.

Por tanto, consideramos que declarada la nulidad de una cláusula suelo, deben aplicarse los efectos que le son propios y ello, precisamente, en base al principio de seguridad jurídica, recogido en el artículo 9.3 CE, y ante la incertidumbre sobre cuándo aplicar el criterio de «riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico». Así pues, estimada la nulidad de la cláusula suelo por ser abusiva por falta de transparencia, y mientras no se modifique o derogue el artículo 1303 del Código Civil, no existiendo una disposición legal específica que aparezca otra consecuencia a la declaración de nulidad, debe condenarse a la entidad demandada a la devolución de las cantidades percibidas indebidamente desde el momento de la perfección del contrato como consecuencia de la aplicación de la cláusula suelo. A nuestro juicio, se estaría inobservando el principio de seguridad jurídica si, a pesar de declarar la nulidad, no se aplicara lo dispuesto en el artículo 1303 del Código Civil (COHEN BENCHERIT, A., 2014)¹². Y ello porque «*Este sentido, y no otro, es el que cabe extraer del viejo brocardo «quod nullum est nullum effectum producere debet» y de la fórmula abierta que dispensa el artículo 1303 del Código Civil (ambos citados por la sentencia de 9 de mayo, parágrafo 283),*

pues la referencia a la inexistencia de efectos («nullum effectum») no se realiza desde el plano material o fáctico sino desde el plano de la causalidad jurídica, porque la reacción del ordenamiento jurídico ante los supuestos de ineeficacia contractual no es siempre igual, ni uniforme, sino ajustada al fenómeno jurídico tomado en consideración», tal y como reza el Fundamento Jurídico Quinto del voto particular.

En definitiva, si no se devuelven las cantidades indebidamente percibidas desde la perfección del contrato, cuando se declara nula la cláusula suelo por defecto de transparencia o información al deudor, se le está impidiendo compensar con lo adeudado lo indebidamente abonado por la aplicación de una cláusula declarada abusiva, permitiendo la tramitación de procedimientos hipotecarios por cantidad superior a la verdaderamente debida (ACHÓN BRUÑEL, 2015). Sorprendentemente, se castiga a la parte perjudicada que ha obrado con buena fe y se beneficia a quien ha empleado cláusulas suelo de manera poco transparente¹³. Esa restitución plena, por tanto, en absoluto es descabellada pues debemos tener presente que el perjudicado con la cláusula suelo es el prestatario que, sin ser consciente, se ha visto privado de la posibilidad de beneficiarse con la bajada del tipo de referencia por tener incluida en su contrato de préstamo una cláusula limitativa que en todo caso impediría tal beneficio. El prestatario que demanda en procedimiento judicial la declaración de abusividad de una cláusula porque no se le informó de cómo la misma afectaría al precio, lo que realmente quiere, por ser lo único que verdaderamente repararía su derecho infringido, es que se le devuelvan las cantidades de dinero que como consecuencia de ese incumplimiento de la entidad financiera, y en contra de las exigencias de la buena fe, esta le ha cobrado de más.

Y en este sentido, los magistrados que suscriben el voto particular concluyen, en su Fundamento Jurídico Quinto, que «*dado que la ineeficacia resultante no tiene un fundamento de retroactividad normativa ni, por extensión, la sentencia que la declara, los criterios o pautas que sirven para determinar el alcance del efecto restitutorio o devolutivo deben extraerse, necesariamente, de este contexto valorativo que informa el régimen de eficacia y control de las condiciones generales de la contratación. Y aquí, en el caso del ejercicio de las acciones individuales, los criterios que resultan aplicables no dan otra alternativa posible que no sea la determinación del efecto devolutivo de las cantidades ya pagadas con carácter «ex tunc», esto es, desde el momento de la perfección del contrato predisuelto». «*Esta conclusión se alcanza por la naturaleza y función de los elementos que determinan el régimen de eficacia y de control de la contratación seriada, es decir, por la naturaleza y función del propio fenómeno de las condiciones generales, del control de abusividad y de la acción ejercitada; todo ello, conforme a la función tuitiva que los preside*»; matizando que «*nada obsta a que este alcance natural de la restitución opere con normalidad, pues en el contexto contractual en donde incide la acción**

ejercitada no se contemplan derechos de terceros que deban ser protegidos, ni otros planos de la relación contractual (liquidación del estado posesorio, indemnización de daños y perjuicios, etc.) que merezcan una aplicación diferenciada del meritado efecto restitutorio, que actúa de forma natural como una consecuencia derivada de la ineeficacia de la cláusula declarada abusiva. (SSTS de 30 de abril de 2013, núm. 275/2013 y 22 de abril de 2014, núm. 763/2013)».

A mayor abundamiento, esta excepción que impide aplicar los efectos que le son propios a la nulidad de la cláusula suelo declarada abusiva iría en contra de la doctrina contenida en la STJUE de 14 de junio de 2013 (caso Banco Español de Crédito), que además dio lugar a una nueva redacción del artículo 83 TRLGDCU, reforma operada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se prohíbe integrar en modo alguno las cláusulas declaradas abusivas, ya que con ello, como venimos señalando, se favorecería al predisponente, que habiendo utilizado dichas cláusulas se beneficia de las consecuencias de la integración. Dicha solución generaría un efecto contrario al Derecho comunitario, por contraponerse a la finalidad de protección del consumidor en todo el ámbito de la Unión que pretende la Directiva 93/13/CEE en sus arts. 6 y 7, favoreciendo o promoviendo la inclusión de cláusulas abusivas en perjuicio del consumidor, que quedarían sin ningún tipo de sanción o con una sanción minorada. Así se pone de manifiesto en el Fundamento Jurídico Séptimo del voto particular¹⁴, al señalar que la misma atenta «*al efecto sancionador y disuasorio que informó la sentencia citada del TJUE, pues dada esta integración parcial de la eficacia de la cláusula nula, 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, que es lo que aquí ocurre al no estimarse la restitución de dichas cantidades con carácter ex tunc».*

En este sentido, la SJM número 2 de Zaragoza, de 27 de abril de 2015, alerta de que aplicar la irretroactividad que fijó el Alto Tribunal en mayo de 2013 supondría un incentivo para que las entidades sigan incluyendo dicha cláusula al obtener un beneficio económico hasta que los afectados acudan a los tribunales y se declare nula. Además, tampoco aprecia este juzgado el «grave trastorno económico» para las entidades que invocó el Supremo hace dos años, al tratarse de un caso individual. Y ello apoyando su decisión en numerosas resoluciones del TJUE, que interpretan la Directiva 93/33/CEE del Consejo, en defensa de la primacía del derecho comunitario sobre la jurisprudencia nacional, aludiendo a la reiteradamente citada STS 241/2013 respecto a la irretroactividad de los efectos de la nulidad, estableciendo, textualmente, que «*La razón fundamental y primordial para estimar la procedencia de la devolución de las cantidades percibidas por la entidad bancaria en aplicación de la cláusula suelo, tiene como premisa que en el presente procedimiento no solo estamos actuando como juez nacional, sino principalmente como juez comunitario, garante del derecho de la Unión y por tanto sometidos al derecho de la UE que tiene primacía»...*

«En consecuencia, el 1303 resulta de aplicación no solo porque la Ley es imperativa sin que la misma haya quedado derogada, sino porque resulta imperativa su aplicación por la primacía del derecho europeo y la interpretación que del mismo realiza el TJUE. Resultando paradójico que existan los cauces legales en el derecho nacional para hacer efectivo lo dispuesto no solo en el derecho nacional, sino también en el europeo, y no se aplique»¹⁵.

En base a los argumentos expuestos, tras el dictado de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo, además de las ya citadas y del destacable voto particular de la última sentencia del Pleno del TS de marzo de 2015, han sido numerosas las resoluciones que se han apartado de su criterio de la irretroactividad¹⁶. Paradójicamente, el TS ha desatado el efecto contrario a su tan anhelada seguridad jurídica, dado que no hay nada que provoque mayor incertidumbre que la existencia de pronunciamientos contradictorios en los tribunales.

IV. CONCLUSIONES

I. El exigido control de transparencia de las cláusulas incorporadas a un contrato de préstamo hipotecario hace referencia a un análisis en abstracto de las mismas respecto a su idoneidad para transmitir la información de manera clara y comprensible al considerado por la jurisprudencia como consumidor medio, y no a que haya mediado consentimiento efectivo por parte de este. El control de transparencia se configura hoy día, por tanto, como un control objetivo, no subjetivo; de manera que si el contenido de la cláusula pasa desapercibido por el consumidor, que no es capaz de comprender sus consecuencias jurídico-económicas, a pesar de tener una redacción sencilla, clara y comprensible, es porque la misma no transmite la información eficazmente, no cumpliendo con el deber de transparencia exigible y debiendo ser declarada, en consecuencia, abusiva.

II. El contexto metodológico que exige examinar en cada caso concreto el régimen de ineficacia de la declaración de nulidad, en el marco de una acción individual de impugnación y atendiendo a la tutela de los específicos derechos del consumidor, se debe traducir, necesariamente, en la estimación del efecto devolutivo de las cantidades percibidas de más por la entidad bancaria desde la perfección del contrato como consecuencia de la aplicación de la cláusula suelo declarada abusiva. Y ello, porque la nulidad de dicha cláusula determina la carencia de título alguno que justifique la retención de esas cantidades y su atribución al predisponente, sin que existan razones de seguridad jurídica, ni riesgo alguno de grave trastorno económico a la entidad y sin que, por supuesto, pueda ya alegarse la buena fe por parte de la misma. Resulta inadmisible que esta acabe siendo «premiada» por nuestra jurisprudencia al excepcionar la retroactividad que es inherente a toda declaración de nulidad de una cláusula

abusiva, limitando el efecto restitutorio a una fecha concreta, de manera genérica, y debiendo asumir el consumidor parte de las consecuencias del abuso.

Esta excepción establecida por el TS vulnera lo dispuesto en nuestro artículo 1303 del Código Civil y, en consecuencia, viola el principio de seguridad jurídica recogido en el artículo 9.3 CE. Asimismo, dicha solución contraría el Derecho Comunitario, no solo la Directiva 93/33/CEE del Consejo sino también la doctrina contenida en la STJUE de 14 de junio de 2012, que dio lugar a una nueva redacción del artículo 83 TRLGDCU, reforma operada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se prohíbe integrar en modo alguno las cláusulas declaradas abusivas, ya que con ello se favorecería a la entidad bancaria, que habiendo utilizado dichas cláusulas se beneficia de las consecuencias de la integración.

En conclusión, lo único que verdaderamente repararía el derecho de información del consumidor, por haberse infringido el control de transparencia de las cláusulas incluídas en su contrato de préstamo hipotecario, es que se le devuelvan íntegramente las cantidades que la entidad financiera ha percibido de más, como consecuencia de la aplicación de dichas cláusulas, desde el momento de la perfección del contrato. Otra solución adoptada por los tribunales no podemos sino considerarla una merma a la tutela judicial efectiva del consumidor.

ÍNDICE DE RESOLUCIONES

- STS de 25 de marzo de 2015
- STS de 24 de marzo de 2015
- STS de 13 de mayo de 2014
- STS de 8 de septiembre de 2014
- STS de 9 de mayo de 2013
- STS de 22 de abril de 2005
- STJUE de 26 de febrero de 2015
- STJUE de 30 de abril de 2014
- STJUE de 14 de junio de 2013
- SAP Ciudad Real de 4 de julio de 2014
- SAP Málaga de 12 de marzo de 2014
- SAP Albacete de 17 de marzo de 2014
- SAP Jaén de 27 de marzo de 2014
- SAP Asturias de 28 de marzo de 2014
- SAP Granada de 18 de octubre de 2013
- SAP Vizcaya de 9 de julio de 2013
- SAP Alicante de 12 de julio y de 23 de julio de 2013
- SAP Cuenca de 30 de julio de 2013
- SAP Murcia de 12 de septiembre de 2013
- SAP Barcelona de 16 de diciembre de 2013

- SJM Zaragoza de 27 de abril de 2015
- SJM Sevilla de 16 de enero de 2014
- SJM Madrid de 27 de febrero de 2014
- SJM Málaga de 23 de mayo de 2013
- SJM Bilbao de 19 de mayo de 2013
- SJPI Ourense de 13 de mayo de 2013
- SJM Málaga de 23 de mayo de 2013
- SJM Almería de 24 de mayo de 2013
- SJM Barcelona de 7 de junio de 2013
- SJM Barcelona de 17 de junio de 2013
- SJM Bilbao de 19 de junio de 2013
- SJM Barcelona de 1 de octubre de 2013
- SJM Santander de 18 de octubre de 2013
- SJM Bilbao de 21 de octubre de 2013
- SJPI Barcelona de 17 de febrero de 2014
- SJPI Orense, de 10, 13 y 21 de mayo de 2013
- SJPI Barcelona de 7 de junio de 2013
- AJPI Gijón de 30 de septiembre de 2013
- AJPI Barcelona de 31 de mayo de 2013

BIBLIOGRAFÍA:

- AAVV. (2009). Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, Bercovitz (coord.), Aranzadi.
- ACHÓN BRUÑEL, M. J. (2014). Once argumentos de peso en contra de la irretroactividad de la declaración de nulidad de la cláusula suelo, en *@Diario La Ley*, núm. 8366, La Ley.
- (2015). Diversidad de criterios judiciales en relación con los efectos de la declaración de nulidad de las cláusulas relativas a intereses en las escrituras de hipoteca. La esperada sentencia del TJUE de 21 de enero de 2015: una luz con muchas sombras, en *@Diario La Ley*, núm. 8473, La Ley.
- ÁLVAREZ MORENO, M.^a T. (2015). *La protección jurídica del consumidor en la contratación en general*, Reus.
- CATENA REAL, R. (2014). La restitución de las cantidades indebidamente cobradas en cláusulas suelo, en *@Diario La Ley*, núm. 8385, La Ley.
- COHEN BENCHERIT, A. (2014). Cuestiones prácticas que se plantean ante los Juzgados de lo Mercantil en procedimientos en los que se pretende la declaración de nulidad de una condición general de la contratación: la cláusula suelo, en *@Práctica de Tribunales*, núm. 107, La Ley.
- CORDERO, E. (2013). Cláusula suelo en préstamos hipotecarios: condiciones de validez y efectos de la nulidad, en *@Diario La Ley*, núm. 8098, La Ley.
- LLAMAS POMBO, E. (2013). Nulidad sin nulidad, en *@Práctica de Derecho de Daños*, núm. 115, La Ley.

- MÉNDEZ TOJO, R. (2015). Nulidad de las cláusulas de los préstamos hipotecarios ¿Hay abuso por parte de las entidades crediticias u oportunismo por parte de los clientes?, en *@Diario La Ley*, núm. 8456, La Ley.
- PLAZA PENADÉS, J. (2015). Del moderno control de transparencia y de la doctrina del Tribunal Supremo sobre la «irretroactividad» de las cláusulas suelo, en *@Diario La Ley*, núm. 8547, La Ley.
- SÁNCHEZ MARTÍN, C. (2015). El verdadero control de trasparencia de las cláusulas predispuestas. Su definitiva plasmación y fundamentación técnica, en *@Diario La Ley*, núm. 8591, La Ley.

NOTAS

¹ Vid., al respecto, FERNÁNDEZ CABALLERO, G. y SER LÓPEZ, A. (2015), Nulidad de cláusulas suelo: ¿competencia objetiva de los juzgados de lo mercantil o de los juzgados de primera instancia? en *@Diario La Ley*, núm. 8555, La Ley.

² BOE núm. 287, de 30 de noviembre de 2007.

³ BOE núm. 89, de 14 de abril de 1998.

⁴ BOE núm. 294, de 8 de diciembre de 2007.

⁵ BOE núm. 261, de 29 de octubre de 2011.

⁶ Tales criterios han sido reiterados y aplicados en la sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real 180/2014, de 4 de julio, siendo la conclusión «*esa falta de información no le permitió conocer el alcance y consecuencias de aquello que contrataba. Es desde esta conclusión que también el juez a quo señala la existencia de desequilibrio, y no desde la posición en el que lo plantea el recurrente, sino sobre la base de lo que parece contratado y lo que realmente es, pues fijar un tipo mínimo del 3,50% en un interés que se dice variable, cuando estamos ante un contrato a 30 años, en realidad hace que en grandes períodos de tiempo estemos ante un contrato de interés fijo, tal como la realidad ha acreditado, sin que el prestatario se pueda beneficiar de los períodos de bajada de tipos y sin embargo siempre se ve perjudicado por la subida de los mismos. Es ese desequilibrio, conectado con el principio de buena fe que debe presidir la contratación, lo que se resalta, lo que nada tiene que ver con la valoración del riesgo del préstamo concedido y la fijación de una remuneración acorde con el mismo*». Extremos que han sido ratificados por la STS de 13 de mayo de 2014, respecto a que dicho control de transparencia debe efectuarse en abstracto: «*El control de transparencia es un control abstracto y no concreto, es decir, no debe analizarse el desequilibrio subjetivo de derecho y obligaciones de un concreto adherente, sino la comprensibilidad intelectual de una determinada cláusula contractual, en relación al conjunto de circunstancias concurrente en el momento de la celebración del contrato*»; y por la STS de 8 de septiembre de 2014 en la que se sostiene: «*6. El control de transparencia queda caracterizado como un control de legalidad en orden a comprobar que la cláusula contractual predispuesta refiera directamente la comprensibilidad real, que no formal, de los aspectos básicos del contrato en el marco de la reglamentación predispuesta, de forma que el consumidor y usuario conozca y comprenda las consecuencias jurídicas que, de acuerdo con el producto o servicio ofrecido, resulten a su cargo, tanto respecto de la onerosidad o sacrificio patrimonial que realmente supone para el consumidor el contrato celebrado, como de la posición jurídica que realmente asume en los aspectos básicos que se deriven del objeto y de la ejecución del contrato. 7. El control de transparencia responde a un previo y especial deber contractual de transparencia del predisponente que debe quedar plasmado en la comprensibilidad real de los aspectos básicos del contrato que reglamenten las condiciones generales... El control de transparencia se proyecta de un modo objetivable sobre el cumplimiento por el predisponente de este deber*

especial de comprensibilidad real en el curso de la oferta comercial y de su correspondiente reglamentación seriada».

⁷ Así, dicha resolución señala que esa Sala «*ha declarado en varias sentencias la procedencia de realizar un control de transparencia de las condiciones generales de los contratos concertados con consumidores, y en especial de aquellas que regulan los elementos esenciales del contrato, esto es, la definición del objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución. Esta línea jurisprudencial se inicia en sentencias como las núm. 834/2009, de 22 de diciembre, 375/2010, de 17 de junio, 401/2010, de 1 de julio, y 842/2011, de 25 de noviembre, y se perfila con mayor claridad en las núm. 406/2012, de 18 de junio, 827/2012, de 15 de enero de 2013, 820/2012, de 17 de enero de 2013, 822/2012, de 18 de enero de 2013, 221/2013, de 11 de abril, 638/2013, de 18 de noviembre y 333/2014, de 30 de junio. Y, en relación a las condiciones generales que contienen la denominada “cláusula suelo”, puede citarse tanto la referida sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo, como la posterior sentencia núm. 464/2014, de 8 de septiembre».* Y en el mismo sentido se pronunció la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén 126/2014, de 27 de marzo, en un préstamo en que la cláusula suelo se fijó en el 3,50% y el techo en el 14%, señalando que: «*la cláusula suelo no es transparente y además es abusiva en tanto supone un desequilibrio importante en perjuicio del consumidor, en tanto no se determina un real del riesgo de la variación del tipo de interés, [...] Las cláusulas suelo son lícitas siempre que su transparencia permita al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos, es decir, que esté informado de que lo estipulado es un préstamo a interés fijo mínimo, en el que las variaciones del tipo de referencia a la baja probablemente no repercutirán o lo harán de forma imperceptible en sus beneficios [...] Los riesgos de oscilación del tipo mínimo de referencia dan cobertura exclusivamente a los riesgos que para la entidad crediticia pudieran tener las oscilaciones a la baja y frustran las expectativas del consumidor de abaratamiento del crédito como consecuencia de la minoración del tipo de interés pactado como “variable”. Al entrar en juego una cláusula suelo previsible para el empresario, convierte el tipo nominalmente variable al alza y a la baja en fijo variable exclusivamente al alza».*

⁸ Así en «*Del moderno control de transparencia y de la doctrina del Tribunal Supremo sobre la “irretroactividad” de las cláusulas suelo*» en @Diario La Ley, núm. 8547, La Ley; quien considera que esta nueva concepción del control de transparencia aconsejaría una modificación del TRLGDCU en ese sentido.

⁹ Así, textualmente: «*sobre todo si tiene en cuenta, y esto no ha pasado inadvertido, que los principales argumentos que sustenta la sentencia de 9 de mayo para limitar la llamada retroactividad de la cláusula nula traen causa, necesariamente, bien de la naturaleza de la acción colectiva de cesación, que fue objeto de dicha sentencia (parágrafos 283, 279, 280, 281, 298, 299 y 300), o bien, de argumentos extraídos y añadidos de otros supuestos a considerar, caso de la retroactividad normativa STJUE de 21 de marzo de 2013 (parágrafo 286), del artículo 106 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas (parágrafo 287), de las legislaciones de Patentes y de Marcas (parágrafo 288), del principio de seguridad jurídica y retroactividad de la declaración de inconstitucionalidad (parágrafo 289) o de la ya citada STJUE de 21 marzo 2013, en su vertiente de seguridad jurídica y el riesgo de trastornos económicos graves (orden público económico)».*

¹⁰ El propio TS, en su sentencia de 22 de abril de 2005 (rec. 4313/1998) propugnó con cita de otras resoluciones anteriores (sentencias de 30 de diciembre de 1996 y de 26 de julio de 2000) que el restablecimiento de la situación económica previa obedece a la dogmática jurídica propia de la nulidad y a la necesidad de conseguir que las partes afectadas por la misma recobren la situación personal y patrimonial anterior al efecto invalidador, pues en otro caso se beneficiaría a la parte que originó la patología contractual. En este sentido, la SJM núm. 1 de Bilbao, 200/2013, de 21 de octubre, rec. 459/2013, apuntaba que: «*ningún perjuicio económico material se le puede causar por el juego de la cláusula (pérdida de un beneficio superior no significa ingresos inferiores a los gastos), más allá de equilibrar el beneficio obtenido por el devenir de los tipos».*

¹¹ En este sentido, la SAP Vizcaya de 9 de julio de 2013 declara: «en este caso ha habido un claro enriquecimiento de uno de los contratantes, el banco recurrente, frente a otro, su cliente. No ha habido una situación que ha funcionado durante tiempo sin desequilibrio económico para las partes, porque la cláusula sólo ha operado en perjuicio de una y beneficio de otra, sin que nunca sucediera lo contrario. No hay por lo tanto motivo para excluir el efecto que dispone el artículo 1303 del Código Civil». Además, la SAP de Álava de 9 de julio de 2013, resuelve que «debe acordarse la retroactividad con base a los artículos 9 y 10 LCGC y artículo 1303 del Código Civil, así: “El artículo 9.2 LCGC ordena a la sentencia que declare nulidad aclarar su eficacia conforme al artículo siguiente. El artículo 10 LCGC aclara que la nulidad no determina la ineficacia total del contrato. Supone, por el contrario, la nulidad de la cláusula afectada, nulidad que conforme al artículo 1303 del Código Civil v obliga a la restitución recíproca de las prestaciones, que en este caso han sido realizadas solo por el recurrente, puesto que solo operó la cláusula suelo”; y que no hay razones para no aplicarlos en el caso concreto al no apreciarse trastornos graves para la economía ni para el Banco». Y la SAP de Jaén 126/2014 de 27 de marzo, en virtud de la cual: «Procede declarar la retroactividad de la nulidad de la cláusula suelo, sin que ello suponga contradecir la sentencia de Pleno del TS de 9 de mayo de 2013, por cuanto esta no acuerda la irretroactividad como criterio general a aplicar a todas las cláusulas suelo abusivas, sino como excepción a la regla general de la retroactividad, al tratarse de una acción colectiva de cesación (que se eliminan las cláusulas suelo de los contratos de préstamo hipotecario de las entidades bancarias demandadas y no las usasen en el futuro) a la que no se acumulaba la petición de restitución de prestaciones, y haberse valorado razones de seguridad jurídica y riesgo de graves trastornos económicos, que pudieran producirse si al declararse la retroactividad tuviesen dichas entidades que revisar los miles de contratos suscritos, en muchas ocasiones incluso ya precluidos». En parecidos términos, la SJM núm. 3 de Madrid 43/2014, de 27 de febrero declara que: «El argumento de la seguridad jurídica es reversible porque la menos discutible de las seguridades jurídicas se obtiene con la aplicación literal de la ley».

¹² En este mismo sentido, entre otros, vid. COHEN BENCHERIT, A. (2014), magistrada que afirma lo siguiente: «En los casos que se me han planteado en el Juzgado en el que ejerzo mi función jurisdiccional (en los que se ejerce la acción individual de declaración de nulidad de la cláusula por abusiva) se ha condenado a las entidades demandadas a la devolución de las cantidades percibidas de más (con anterioridad al 9 de mayo de 2013) por activación de la cláusula suelo, por aplicación del principio de seguridad jurídica, teniendo en cuenta, además, el hecho de que el Tribunal Supremo adoptó su decisión (respondiendo a una petición, bajo mi punto de vista, extemporánea del Ministerio Fiscal) resolviendo una acción colectiva de cesación, distinta de la acción individual de nulidad que se suele ejercitar, debiendo tener en cuenta que los efectos de la acción colectiva de cesación se proyectan hacia el futuro, a diferencia de lo que ocurre cuando se ejerce una acción individual de nulidad. Y recordando, además, que los Jueces y Tribunales tienen el deber inexorable de resolver conforme al sistema de fuentes establecido (art. 1.7 del Código Civil), ocupando el primer lugar en la jerarquía de fuentes la ley (art. 1.1 del Código Civil), atribuyendo el artículo 1.6 del mismo cuerpo legal a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo la función de complemento del ordenamiento jurídico».

¹³ Como dice el AJPI núm. 1 de Gijón de 30 de septiembre de 2013: «El agresor es quien ha obtenido un beneficio durante la vida del contrato, debido a su mala fe y engaño y, no obstante, se le concede un premio, de hecho, declarando la irretroactividad de la cláusula declarada nula (...). Es impropio declarar que la víctima de una agresión sea la obligada a asumir, en todo o en parte, el coste económico que conlleva la reparación de las lesiones».

¹⁴ El voto particular culmina *in fine* con la siguiente reflexión, respecto a la improcedencia del efecto retroactivo de la sentencia respecto a la prohibición de moderar o integrar la eficacia de la cláusula declarada abusiva: «Por último, debe señalarse que la presente sentencia al declarar la irretroactividad de la nulidad respecto de los pagos de los intereses realizados con

anterioridad a la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013, declaración que se realiza de un modo generalizado para todo consumidor adherente, venga no afectado por la acción colectiva de cesación que fue objeto de la citada sentencia, y con independencia de la naturaleza del ejercicio individual de la acción de impugnación, opera, de modo material, una consecuencia jurídica que expresamente viene prohibida tanto por la jurisprudencia del TJUE, sentencia de 14 de junio de 2012 (TJCE 2012, 143, caso Banco Español de Crédito), como por la reforma legislativa a la que dicha sentencia dio lugar (nuevo art. 83 de la Ley 3/2014, de 27 de marzo de modificación del Texto refundido 1/2007), esto es, que se produzca una integración, aunque sea temporalmente parcial, de la eficacia de la cláusula declarada nula por abusiva; extremo que claramente determina la presente sentencia pues en el plano material señalado, afectante 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. Atentándose, del mismo modo, al efecto sancionador y disuasorio que informó la sentencia citada del TJUE, pues dada esta integración parcial de la eficacia de la cláusula nula, 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, que es lo que aquí ocurre al no estimarse la restitución de dichas cantidades con carácter «ex tunc», esto es, desde el momento en que venía obligado el predisponente. Bastando, de cara al futuro, que respecto de otras posibles cláusulas conflictivas se provoque una acción colectiva de cesación, cuestión que no descrita su posible instrumentalización abusiva o fraudulenta al respecto, para condicionar su aplicación a este incorrecto plano de la retroactividad y, en consecuencia, a la posible eficacia parcial de la cláusula que se declare abusiva».

¹⁵ En este mismo sentido, la SAP Ciudad Real, Sección 1.^a, de 13 de octubre de 2014 declara lo siguiente: «Dicho de esta manera, se parte de que la regla general de retroactividad puede moderarse en estos supuestos. Pero, en todo caso, la moderación ha de responder a parámetros aplicables al supuesto concreto, en cuanto al reparto y equilibrio de las contraprestaciones ya consumadas, desde la óptica de la buena fe contractual». «Si bien la buena fe se presume, en materia de consumo, la tutela del consumidor implica la exigencia de una mayor diligencia por el empresario, de forma que las exigencias de información de los riesgos han de ser suficientemente proyectadas, de forma que hemos de considerar no diligente aquella conducta del banco en la que ni siquiera no se observe las exigencias de información mínimas exigidas por la normativa sectorial, parámetro que a sensu contrario se expresa, para justificar la irretroactividad en la sentencia de Pleno»; para concluir que «Esta Audiencia en pleno no jurisdiccional de fecha 26 de septiembre de dos mil catorce acordó por unanimidad «reconocer el efecto devolutivo de las cantidades percibidas indebidamente», y ello porque entiende que el principio del que ha de partirse, ante la sanción de nulidad, es de la regla general de retroactividad. Y partiendo de lo expuesto, ponderar, en cada caso concreto, si procede o no la modulación de tal efecto conforme establece la doctrina jurisprudencial antes expuesta. Ello quiere decir que aun partiendo que no pueda predicarse con automatismo el efecto restitutivo, corresponde a quien opone la irretroactividad, acreditar la concurrencia de aquellos parámetros que determinasen la modulación de tales efectos retroactivos; sin que pueda recaer dicha carga de la prueba sobre el consumidor».

¹⁶ Pudiendo citar, a modo de ejemplo: SJPI Ourense 13 de mayo de 2013; SJM núm. 2 de Málaga de 23 de mayo de 2013, SJM núm. 1 de Bilbao de 19 de mayo de 2013; SJM núm. 10 Barcelona, de 7 de junio de 2013; SJM núm. 5 Barcelona, de 17 de junio de 2013; SJM Almería de 24 de mayo de 2013; SAP Alicante de 12 de julio y de 23 de julio de 2013; SAP Cuenca de 30 de julio de 2013; SAP Murcia de 12 de septiembre de 2013, entre otras). SJM núm. 2 de Málaga, de 23 de mayo de 2013; SJM núm. 10 de Barcelona, de 7 de junio de 2013; SJM núm. 5 de Barcelona, de 17 de junio de 2013; SJM núm. 1 de Bilbao, de 19 de junio de 2013. SJM núm. 1 de Santander, de 18 de octubre de 2013; SJM núm. 1 de Bilbao, de 21 de octubre de 2013; SJM núm. 1 de Sevilla, de 16 de enero de 2014; de Barcelona

de 1 de octubre de 2013; SAP Alicante, Secc. 8.a, de 23 de julio de 2013; SAP Cuenca, Secc. 1.a, de 30 de julio de 2013; SAP Barcelona, Secc. 15.a, 453/2013 de 16 de diciembre, rec. 719/2012; SAP Málaga, Secc. 6.a, de 12 de marzo de 2014; SAP Albacete, Secc. 1.a, de 17 de marzo de 2014; SAP Asturias, Secc. 5.a, 87/2014 de 28 de marzo, rec. 88/2014; SJPI núm. 4 de Orense, de 10, 13 y 21 de mayo de 2013; SJPI núm. 1 de Barcelona, de 7 de junio de 2013; SJPI núm. 1 de Barcelona de 17 de febrero de 2014; AJPI núm. 1 de Barcelona de 31 de mayo de 2013; AJPI núm. 7 de Gijón de 30 de septiembre de 2013, y SAP Jaén 19 de mayo de 2014, rec. 344/2014.

*(Trabajo recibido el 8-6-2015 y aceptado
para su publicación el 25-6-2015)*