

**COMENTARIO DE LA SENTENCIA
DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE 24 DE FEBRERO DE 2017 (123/2017)**

**Adaptación de la jurisprudencia al Tribunal Supremo
a la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en
relación con la limitación temporal
de los efectos restitutorios derivados de la nulidad
de las cláusulas suelo no transparentes/abusivas**

Comentario a cargo de:
JUAN MARÍA DÍAZ FRAILE
Registrador de la Propiedad
Catedrático de Derecho Civil (acreditado)
Letrado adscrito a la DGRN

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 24 DE FEBRERO DE 2017

ROJ: STS 477/2017 - **ECLI:ES:TS:2017:477**

ID CENDOJ: 28079119912017100004

PONENTE: EXCMO. SR. DON PEDRO JOSÉ VELA TORRES

Asunto: La Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2017 adapta la jurisprudencia del Alto Tribunal a los pronunciamientos de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016 en materia de devolución de las cantidades cobradas en aplicación de las cláusulas suelos declaradas nulas por falta de transparencia y abusividad, entendiendo que de dicha sentencia resulta que cualquier limitación temporal de los efectos restitutorios tras la declaración de abusividad de tales cláusulas infringe el art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE y que la consecuente obligación de devolución de las cantidades indebidamente cobradas no permite

matiz alguno, so pena de no garantizar los derechos del consumidor afectado e infringir el art. 7.1 de la misma Directiva. Además, entiende que la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 que limitó el alcance temporal de su declaración de nulidad en cuanto a tales efectos restitutorios no generó efecto de cosa juzgada material respecto del asunto resuelto por la sentencia comentada, por falta de identidad objetiva y subjetiva (en cuanto a las partes y al objeto de ambos procedimientos) y por la distinta naturaleza, objeto y eficacia de las acciones colectivas de cesación de cláusulas abusivas (como la que dio lugar a la citada sentencia de 9 de mayo de 2013) y las acciones individuales de declaración de nulidad de tales cláusulas (como la que ha dado lugar a esta sentencia de 24 de febrero de 2017).

Sumario: **1. Resumen de los hechos. 2. Soluciones dadas en primera instancia. 3. Soluciones dadas en apelación. 4. Los motivos de casación alegados. 5. Doctrina del Tribunal Supremo.** 5.1. Antecedentes históricos y contexto económico de las cláusulas suelo. 5.2. La licitud de las cláusulas suelo transparentes. 5.3. El limitado control de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato. 5.4. Control de transparencia. 5.5. Falta de información en las cláusulas suelo/techo. 5.6. La eficacia retroactiva o no de la nulidad de la cláusula suelo. 5.6.1. *Posición inicial del Tribunal Supremo.* 5.6.2. *La posibilidad de limitar la retroactividad de la sentencia.* 5.6.3. *La irretroactividad de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013.* 5.7. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016. Su discrepancia con la doctrina del Tribunal Supremo. 5.8. Límites a los derechos de los consumidores: la cosa juzgada, la preclusión procesal y la prescripción de los derechos. 5.9. Lagunas y dudas que genera la STJUE de 13 de julio de 2016. 5.10. La rectificación del Tribunal Supremo: Sentencia de 24 de febrero de 2017. 5.10.1 *La inexistencia de cosa juzgada material.* 5.10.2 *Solicitud de planteamiento de cuestión prejudicial.* 5.10.3 *La rectificación del Tribunal Supremo en su doctrina sobre los efectos retroactivos de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo.* 5.11. Conclusión. **6. Bibliografía.**

1. Resumen de los hechos

El 27 de mayo de 2005, un particular suscribió con la Caixa d'Estalvis Comarcal de Manlleu una escritura de préstamo con garantía hipotecaria, por importe de 283.000 €, a devolver en treinta años. En la mencionada escritura se pactó un interés fijo del 3% durante el primer año del préstamo y un interés variable de Euribor más 0,55 puntos para el resto del tiempo de duración pactado. No obstante, se incluyó una cláusula, tercera bis, apartado f), del siguien-

te tenor literal: “Las condiciones de interés variable de esta operación se han de pactar entre prestataria y prestadora con el condicionante aceptado expresamente por la primera, que el tipo de interés que resulte de la revisión no podrá ser, en ningún caso, inferior al 3% nominal anual”. Entre el inicio de la aplicación de la mencionada cláusula y la interposición de la demanda, el prestatario pagó, como consecuencia de su aplicación, 5.485,77 €.

En 2010, el prestatario requirió a la Caixa Comarcal de Manlleu para que eliminara la cláusula suelo, a lo que no accedió. En el mismo año 2010, la Caixa Comarcal de Manlleu se fusionó con otras Cajas de Ahorro en la entidad Unnim Caixa, que el 14 de julio de 2011 constituyó la entidad Unnim Banc S.A.U. El 27 de julio de 2012, el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. (BBVA) adquirió la totalidad del capital de Unnim Banc S.A.U.

El prestatario formuló una demanda presentada el 7 de marzo de 2012 contra Unnim Banc, en la que solicitó la nulidad por abusiva de la cláusula suelo, y la condena a la entidad demandada a suprimirla o tenerla por no puesta en el contrato, y a la restitución de las cantidades abonadas a consecuencia de su aplicación junto con los correspondientes intereses legales computados desde la fecha de interposición de la demanda hasta la firmeza de la sentencia.

2. Soluciones dadas en primera instancia

El juzgado de primera instancia dictó con fecha 19 de julio de 2012 sentencia desestimatoria de la demanda con la siguiente parte dispositiva: “Fallo: Desestimo la demanda presentada por la procuradora en representación de , y absuelvo a Unim Banc, S.A., sin hacer especial imposición de las costas procesales”.

3. Soluciones dadas en apelación

La sentencia de instancia fue recurrida en apelación por el demandante. La Audiencia Provincial dictó sentencia de fecha 16 de diciembre de 2013 por la que estimó el recurso de apelación interpuesto por el prestatario y declaró la nulidad de la cláusula suelo, condenando a la entidad demandada a tenerla por no puesta. Igualmente ordenó la devolución de todas las cantidades abonadas en aplicación de la cláusula anulada. Entre las consideraciones en que apoya la Audiencia su resolución, destacan en síntesis las siguientes: (i) La sentencia del Tribunal Supremo 241/2013, de 9 de mayo, no surte efecto de cosa juzgada material respecto del caso enjuiciado, porque se dictó en un proceso en que se había ejercitado una acción colectiva, mientras que en el presente se ejercita una acción individual; (ii) Las circunstancias del caso no se identifican con las expuestas en la sentencia del Tribunal Supremo sobre riesgo de trastornos graves con trascendencia en el orden público económico; (iii) En consecuencia, resulta de aplicación lo previsto en el art. 1303 CC para el caso de nulidad contractual.

4. Los motivos de casación alegados

La sentencia del Tribunal Supremo fue recurrida en casación por la entidad de crédito sobre la base de un único motivo en el que denunció infracción del art. 1303 CC, en relación con el art. 9.3 de la Constitución y con los principios generales del Derecho de seguridad jurídica, buena fe y orden público económico, tal y como han sido interpretados y aplicados por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

En el desarrollo del motivo se alegó, según el resumen de la propia sentencia comentada, que la resolución recurrida aplica el art. 1303 CC de manera literal y mecánica, sin atender a la modulación de su alcance según la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo expresada en la STS 241/2013, de 9 de mayo, y que, pese a no reconocer eficacia de cosa juzgada material a la mencionada sentencia del Tribunal Supremo, por tratarse de un proceso sobre una acción individual, debió ponderar la aplicación literal del art. 1303 CC, de manera que confunde los efectos de la cosa juzgada con la aplicación de la doctrina jurisprudencial fijada en la indicada sentencia del Alto Tribunal.

Dado que la citada STS 241/2013 había dado lugar al planteamiento de diversas cuestiones prejudiciales ante el TJUE, y que estando pendiente de resolver el recurso de casación interpuesto, recayó sentencia de 21 de diciembre de 2016 del citado TJUE en relación con tales cuestiones (asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15), el Tribunal Supremo concedió a las partes un trámite de alegaciones. La parte recurrida adujo que en la resolución del recurso de casación interpuesto resultaba de plena aplicación la citada STJUE de 21 de diciembre de 2016, por lo que procedía la desestimación del recurso, en tanto que la recurrente alegó la existencia de cosa juzgada en relación con la STS 241/2013, apreciable incluso de oficio. Subsidiariamente solicitó el planteamiento de dos nuevas cuestiones prejudiciales ante el TJUE en los siguientes términos. La primera: *“Ya que la obligación del juez nacional de dejar sin aplicación una cláusula contractual abusiva que imponga el pago de importes que resulten ser cantidades indebidamente pagadas solo genera el correspondiente efecto restitutorio en relación con tales importes “en principio”, ¿en qué circunstancias, por qué causas y con arreglo a qué criterios puede limitarse o excluirse el efecto restitutorio de la declaración judicial de abusividad de una condición general cuya aplicación hubiere dado lugar al pago de cantidades que en ausencia de esa condición general no hubieran debido pagarse?”*. La segunda: *“¿El control de transparencia material, cuando no es considerado como un estándar de protección de los consumidores de naturaleza externa y complementaria a las determinaciones de la directiva, permite la existencia de abusividad pese a que el tribunal nacional haya declarado la buena fe del predisponente? ¿La decisión del TJUE significa que cuenta con competencias para revisar la calificación de la buena fe de las partes que ha sido realizada por el tribunal supremo de un estado miembro?”*.

Finalmente, e igualmente con carácter subsidiario, alegó la recurrente que la buena fe del banco, declarada en la STS 241/2013, justifica la improcedencia

del pago de intereses legales de las cantidades cobradas que deban ser restituidas al consumidor (arts. 1303 del CC en relación con sus arts. 451, 455 y 1896).

5. Doctrina del Tribunal Supremo

A la vista de los anteriores antecedentes resulta evidente que el examen de la STS de 24 de febrero de 2017, aquí comentada, requiere de un análisis previo de las STS de 9 de mayo de 2013 y STJUE de 21 de diciembre de 2016, en la medida en que esta última aborda en la materia debatida la cuestión previa de la adecuación o no adecuación de la primera a la segunda, en atención a las consecuencias que se derivan del principio de la primacía del Derecho comunitario y del carácter vinculante de la doctrina del TJUE para todas las autoridades nacionales de los Estados miembros, incluidas las judiciales (vid. art. 4 bis LOPJ). Por tanto, estos comentarios han de referirse necesaria y conjuntamente a las tres citadas sentencias.

5.1. *Antecedentes históricos y contexto económico de las cláusulas suelo*

Para comprender mejor el tema de las cláusulas suelo hay que ponerlo en perspectiva histórica. Para empezar hay que destacar la enorme pujanza y solidez del mercado hipotecario español durante los 35 años posteriores a la creación del mercado hipotecario español en 1982 en virtud de la Ley 2/1981, Ley que fue uno de los numerosos frutos de los célebres “Pactos de La Moncloa” al inicio de la transición política española. Desde aquella fecha hasta el comienzo del presente siglo el peso relativo de la financiación hipotecaria sobre el total de la financiación del sector privado no ha parado de crecer, pasando de representar un 15% en 1982 a más del 50%. Similar evolución ha representado en relación con el P.I.B.

Este enorme desarrollo se ha producido básicamente, además de por el propio crecimiento del mercado inmobiliario con el que el hipotecario vive en estrecha simbiosis en España, por tres factores: 1º el incremento del “*loan to value*”, que se elevó hasta el 70% del valor del inmueble hipotecado; 2º por el alargamiento del plazo de amortización, cuyo plazo estándar pasó en tal periodo de 12 a 20 años; y 3º por el descenso sostenido en los tipos de interés. Los dos primeros parámetros han seguido creciendo en los primeros años del presente siglo –hasta el estallido de la crisis económica en 2007-2008– llegando al 80% en el caso del *loan to value* y a 26 años el periodo de amortización estándar.

Esta evolución se acelera a partir de la Ley de 1994 sobre subrogaciones y novaciones hipotecarias, fecha desde la cual y hasta el comienzo de la crisis en el año 2007 nos encontramos con que: a) los saldos vivos de la total cartera de créditos hipotecarios se multiplicaron casi por 7, y tanto el número de hipotecas constituidas (1.668.000) como el importe medio registrado (124.389

euros) aproximadamente se triplicaron; b) ello supone que al comienzo de la crisis el crédito hipotecario representaba aproximadamente el 60% del total crédito al sector privado, y equivalía al 82% del PIB; c) a su vez, la riqueza inmobiliaria neta de las familias ha experimentado el mayor crecimiento de la historia y el mayor de entre los países europeos, pasando del 390% del ratio de endeudamiento familiar (R.B.D.) al 770%.

Todo esto es extraordinariamente importante. Se dice, con razón, que una sociedad avanzada debe generar recursos con criterios de eficiencia y repartirlos con criterios de justicia. Pues bien, esto es precisamente lo que hace el crédito hipotecario que constituye un importante instrumento jurídico-financiero para distribuir intrageneracionalmente los recursos al permitir al deudor disponer anticipadamente de sus rentas futuras, a cargo de anticipos de rentas excedentes procedentes de depositantes o inversores en títulos hipotecarios, a cambio de la correspondiente remuneración en forma de intereses. La consecuencia de la evolución señalada ha sido una mejora notable de las condiciones de accesibilidad al crédito territorial y, en consecuencia, a la vivienda en propiedad, a pesar de haberse incrementado notablemente el precio de la vivienda en el citado periodo.

En este contexto de fuerte expansión del crédito hipotecario, en que la prudencia aconsejaba “enfriar” el mercado hipotecario, incrementando los niveles de solvencia exigidos en los deudores, imponiendo mayor rigor en las tasaciones y estimulando los controles jurídicos, es decir, introduciendo medidas anticíclicas, se gesta y aprueba la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, de reforma de la Ley del Mercado Hipotecario, que no sólo no acomete con rigor estas medidas, sino que además introduce otras de efecto inverso, que estimulan todavía más el mercado. Este fue el caso de las relativas a la introducción de las hipotecas flotantes, de las hipotecas recargables, de las hipotecas inversas, y la confusa redacción del art. 12 de la Ley Hipotecaria, dando pie en un primer momento a una restricción de la calificación registral de las cláusulas financieras de los préstamos hipotecarios (según la interpretación desafortunada que partiendo de su tenor literal hizo en un primer momento la DGRN, posteriormente corregida a partir de su Resolución de 1 de octubre de 2010), lo que determinó una mayor discrecionalidad en las entidades predisponentes para redactar las cláusulas de las hipotecas, libres de casi todo contrapeso o control institucional.

A los pocos meses de entrar en vigor esta Ley se desata con toda su fuerza la crisis financiera y económica, en el momento más inoportuno cuando según los datos del Banco de España los índices de esfuerzo para amortizar la deuda hipotecaria absorbían el 47% de la renta familiar disponible, cifra que incluso superaba (en diciembre de 2008) la marca del 46% registrada en 1995, cuando el MIBOR se situaba en cifras superiores al 10%, frente a la tasa de esfuerzo del 31% del año 2003. Esto supone que en el periodo 2003-2008 la factura hipotecaria a los hogares se encareció en un 50% aproximadamente.

Todo esto se producía en un contexto en el que existía además en el mercado una excesiva concentración de créditos hipotecarios a interés variable,

que se situaban por encima del 98% del total, frente a la media europea del 46%, situación que se había creado en buena parte como consecuencia de la aprobación de la Ley de 1994 que permitía el cambio de acreedor de la hipoteca para mejorar las condiciones financieras inicialmente pactadas. Este riesgo se convirtió, sin embargo, en una ventaja puesto que, alarmados por la dimensión de la crisis, los Bancos Centrales de distintos países (incluido el Banco Central Europeo) adoptaron como reacción de emergencia un movimiento concertado de bajada acelerada de los tipos de interés. Y así el Euribor pasó del 5,39 de julio de 2008 al 1,23 en 2010, llegando en el momento actual como se sabe al entorno del 0%, contribuyendo así a paliar el aumento de los niveles de morosidad e insolvencias.

De forma que frente a una escalada de los tipos de interés que se observó en los años previos al comienzo de la crisis, con el estallido de ésta se produce una tendencia inversa especialmente acusada. Ahora bien, esta fortísima bajada de los tipos de interés de referencia podía poner en cuestión la propia viabilidad económica del mercado hipotecario al reducir los márgenes comerciales que obtenían las entidades financieras a niveles que podían quedar por debajo de los costes derivados del mantenimiento de la cartera crediticia. Así lo afirmaba el Informe del Banco de España de 7 de mayo de 2010 (publicado en el Boletín Oficial del Senado), en el que se explica que precisamente la causa de la utilización de las cláusulas suelo radica en el coste del dinero, que está constituido mayoritariamente por recursos minoritas (depósitos a la vista y a plazos), con elevada inelasticidad a la baja a partir de determinado nivel del precio del dinero, y los gastos de estructura necesarios para producir y administrar los préstamos, que son independientes del precio del dinero.

De esta forma la introducción en la práctica bancaria de las cláusulas suelo trataría de garantizar un mínimo de rentabilidad de la cartera de créditos hipotecarios que permita a las entidades resarcirse de los costes de producción.

5.2. La licitud de las cláusulas suelo transparentes

Lo anteriormente indicado (gastos estructurales para producir y administrar los préstamos hipotecarios) es una de las principales razones por las que el TS en su citada sentencia de 9 de mayo de 2013 afirma que las cláusulas suelo, en contra de lo pretendido por los demandantes, son lícitas –o dicho en otros términos, no son intrínsecamente ilícitas– (afirmación confirmada posteriormente por la sentencia del TS de 25 de marzo de 2015 en el marco de una acción individual de nulidad).

Es más, para concluir que en los casos concretos examinados por dicha sentencia la cláusula suelo era lícita afirma que “no es preciso que exista equilibrio “económico” o equidistancia entre el tipo inicial fijado y los topes señalados como suelo y techo –máxime cuando el recorrido al alza no tiene límite–. Más aún son lícitas las cláusulas suelo que no coexistan con cláusulas techo” (cfr. apartados 257 y 258).

Ahora bien, “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 necesario que [el deudor] esté perfectamente informado del comportamiento previsible del índice de referencia, cuando menos a corto plazo ... sin diluir su relevancia mediante la ubicación en cláusulas con profusión de datos no siempre fáciles de entender para quien carece de conocimientos especializados” (apart. 259).

Pues bien, a partir de esta constatación podemos preguntarnos cuáles fueron las razones por las que se declararon nulas por abusivas las cláusulas suelo examinadas por la citada sentencia.

Llegar a la conclusión de su nulidad por abusividad requería superar toda una serie de obstáculos. En concreto para ello era necesario poder afirmar que:

1. Son condiciones generales de la contratación, lo que se había discutido habida cuenta los deberes de información impuestos a las entidades financieras por la legislación sectorial, lo que determina que para una parte de la doctrina se trate de condiciones particulares y no generales.
2. Que no fueron prerredactadas y habiendo sido prerredactadas no fueron negociadas individualmente, a pesar de la estricta regulación sobre la fase precontractual de este tipo de contratos, que incluye la entrega al cliente de un folleto informativo, la entrega posterior de una oferta vinculante y la puesta a disposición del deudor de la escritura de préstamo hipotecario con al menos tres días en la notaría.

Para salvar este obstáculo, especialmente complicado en el marco de una acción colectiva en que no cabe examinar las circunstancias particulares de cada caso particular, acude el TS al criterio de la prueba por notoriedad (*notoria non egent probationem*) y que figura positivado en el art. 281.4 LEC. Y con tal soporte afirma que es notorio que en determinados productos y servicios tanto la oferta como el precio o contraprestación están absolutamente predeterminados, de forma que el cliente debe o bien acatar las condiciones impuestas por el oferente o bien renunciar a contratar. Y esto es lo que ocurre en el mercado de bienes y servicios de uso o consumo común y generalizado a que alude el art. 9 de la LDCU, y entre los que se encuentran los servicios bancarios o financieros, uno de los más estandarizados. A fin de apoyar esta afirmación el TS invoca el Informe de la Comisión europea de 27 de abril de 2000, sobre aplicación de la Directiva 93/13, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, informe en el que se afirma que “*es ilusorio pensar que los contratos de consumo de masa puedan contener verdaderamente cláusulas negociadas individualmente que no sean las relativas a las características del producto (color, modelo, etc) al precio o a la fecha de entrega del bien o prestación del servicio ...*”. En este sentido, el art. 82.2 TRLCU dispone que “*el empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba*”.

3. Que estaban destinadas a ser incorporadas a una pluralidad de contratos.
4. Determinar si es una cláusula que se refiere a un elemento esencial del contrato o si define el objeto principal del mismo, pues en principio conforme al art. 4.2 de la Directiva de 1993 las cláusulas relativas al objeto principal del contrato y a la relación entre precio y servicio quedan exoneradas del control de abusividad.
5. Constatado que efectivamente se trata de una cláusula relativa al objeto principal del contrato (al ser el interés el precio del préstamo), se observa que la exoneración del control de abusividad de tales cláusulas se condiciona, a su vez, a que la cláusula correspondiente esté redactada de forma clara y transparente, y por tanto era preciso determinar antes de examinar su eventual abusividad si las cláusulas suelo de los concretos préstamos cuestionados (del BBVA, Cajamar y Caja de Ahorros de Galicia) cumplían o no los requisitos de transparencia exigidos por el TJUE.

5.3. *El limitado control de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato*

En efecto, el hecho de que una cláusula sea definitoria del objeto principal no elimina totalmente la posibilidad de controlar si su contenido es abusivo.

La argumentación esencial del TS en su sentencia de 9 de mayo de 2013 se encuentra en sus apartados 192, 193 y 195, de los que resulta lo siguiente:

a) Es cierto que, como regla, no es susceptible de control, ya que el considerando decimonoveno de la Directiva 93/13 indica que “[...] *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*”, y el artículo 4.2 afirma que “*La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida [...]*”.

b) Pero, como sostiene la STJUE de 3 de junio de 2010 (Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C-484/08), apartado 40 “[...] *no se puede impedir a los Estados miembros que mantengan o adopten, en todo el ámbito regulado por la Directiva, incluido el artículo 4, apartado 2, de ésta, normas más estrictas que las establecidas por la propia Directiva, siempre que pretendan garantizar al consumidor un mayor nivel de protección*”, y, según el apartado 44, 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*”.

c) En aplicación de tal doctrina las SSTs 401/2010, de 1 de julio; 663/2010, de 4 de noviembre; y 861/2010, de 29 de diciembre, apuntaron, más o menos *obiter dicta* la posibilidad de control de contenido de condiciones generales o cláusulas referidas al objeto principal del contrato. Esta posibilidad, sin embargo, fue cegada en la sentencia 406/2012, de 18 de junio, que entendió que el control de contenido que puede llevarse a cabo en orden al posible carácter abusivo de la cláusula, no se extiende al del equilibrio de las “contraprestaciones” –que identifica con el objeto principal del contrato– a las que se refería la LCU en el artículo 10.1.c en su redacción originaria, de tal forma que no cabe un control de precio.

5.4. Control de transparencia

Ahora bien, que una condición general defina el objeto principal del contrato y que, como regla general, no pueda examinarse la abusividad de su contenido, no supone que el sistema no las someta a un control de transparencia. En efecto, el art. 4.2 de la Directiva 93/13 dispone que “*la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ... siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible*”.

La interpretación “*a sensu contrario*” de dicha norma es determinante de que las cláusulas referidas a la definición del objeto principal del contrato se someterán a control de abusividad si no están redactadas de manera clara y comprensibles. En este punto la STS de 9 de mayo de 2013 distingue entre, por un lado, el denominado control de transparencia formal o documental (también denominado de incorporación o inclusión), que impone el seguimiento del proceso de contratación regulado en la Orden ministerial de octubre de 2011 y una redacción de las cláusulas gramaticalmente clara e inteligible (filtro de control que superan las cláusulas suelo examinadas), y por otro el control de transparencia material o sustantiva, proyectado sobre los elementos esenciales del contrato y que exige que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la “carga económica” que realmente supone para él el contrato (onerosidad o sacrificio patrimonial realizado), como la “carga jurídica”, es decir, la definición clara de su posición jurídica, incluyendo la distribución de los riesgos de su ejecución o desarrollo.

Para ello es preciso que la información suministrada previamente a la celebración del contrato permita al consumidor un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar la cláusula en la economía del contrato. Como dice el Informe de la Comisión antes aludido: “*el principio de transparencia debe garantizar asimismo que el consumidor está en condiciones de obtener, antes de la conclusión del contrato, la información necesaria para poder tomar su decisión con pleno conocimiento de causa*”.

Un punto importante a destacar es que este segundo control de transparencia en sentido material fue introducido por primera vez de forma clara en la jurisprudencia del TJUE mediante su Sentencia de 21 de marzo de 2013,

As. RWE Vertrieb AG (posteriormente confirmada por las SS de 30 de abril de 2014, Kásler, y 9 de julio de 2015, Bucura). Es decir, la primera sentencia del TJUE en la materia fue anterior a la STS de 9 de mayo de 2013, pero posterior a los contratos de préstamos hipotecarios cuestionados.

5.5. Falta de información en las cláusulas suelo/techo

Al abordar este examen de transparencia material el TS llega a una conclusión negativa en base a los siguientes elementos que detecta en los contratos examinados:

- 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.
- b) La falta de información suficiente de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.
- c) La creación de la apariencia de que el suelo tiene como contraprestación inescindible la fijación de un techo.
- d) Su ubicación entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor en el caso de las utilizadas por el BBVA.
- e) La ausencia de simulaciones de escenarios diversos, relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, en fase precontractual.
- f) Inexistencia de advertencia previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad.

Es más, en la Sentencia de 9 de mayo de 2013 se habla directamente de información engañosa (apartado 218), pues *“las cláusulas examinadas, pese a incluirse en contratos ofertados como préstamos a interés variable, de hecho, de forma razonablemente previsible para el empresario y sorprendentemente para el consumidor, les convierte en préstamos a interés mínimo fijo del que difícilmente se benefician de las bajadas del tipo de referencia”*.

El Auto del TS de 3 de junio de 2013 aclaró posteriormente que las circunstancias antes enumeradas constituyen parámetros para formar el juicio abstracto de abusividad, pero *“no se trata de una relación exhaustiva de circunstancias a tener en cuenta con exclusión de cualquier otra. Tampoco determina que la presencia aislada de alguna, o algunas, sea suficiente para que pueda considerarse no transparente la cláusula a efectos de control de su carácter eventualmente abusivo”*. No existen medios tasados para obtener el resultado buscado: un consumidor perfectamente informado.

Para evitar esta falta de simetría informativa el Banco de España ya aconsejaba en su informe de 2010 antes aludido “la ampliación de los contenidos que deban ser objeto de información previa a la clientela, para que incorporen *simulaciones de escenarios diversos*, en relación al comportamiento del tipo de interés, así como información previa sobre el coste comparativo de asegurar la variación del tipo de interés en relación con la evolución posible del índice ...”.

La constatación anterior lleva al TS a la conclusión de que ha existido un desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes (pues las cláusulas suelo/techo) convertían los préstamos afectados en variables sólo al alza. Desequilibrio obligacional que determina la calificación de la cláusula como abusiva conforme al art. 3.1 de la Directiva y 82.1 de nuestra LDCU (“*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*”).

El posterior Auto del TS de 3 de junio de 2013 aclara que “*la nulidad de la cláusula suelo no queda subsanada por el hecho de que el consumidor se haya visto beneficiado durante un tiempo de las bajadas del índice de referencia*”. De forma que el hecho de que temporal o circunstancialmente la cláusula haya resultado beneficiosa para el consumidor no la convierte en transparente.

5.6. *La eficacia retroactiva o no de la nulidad de la cláusula suelo*

5.6.1. POSICIÓN INICIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO

Llegamos con ello al punto más controvertido de la STS de 9 de mayo de 2013, que será objeto de rectificación en la STS de 24 de febrero de 2017, objeto central de estos comentarios, esto es, el relativo a la limitación temporal de los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula abusiva. En el procedimiento que dio lugar a aquella sentencia el Ministerio Fiscal, a pesar de haber intervenido en el procedimiento como codemandante, solicitó que el TS precisase en su sentencia el elemento temporal (alcance temporal de su eficacia), ya que entendía que si se otorga a la sentencia un efecto retroactivo total “*quedarían afectados los contratos ya consumados en todos sus efectos, de modo que ... habría que reintegrar ingentes cantidades ya cobradas*”, afirmando que “*no creemos sea ésta la voluntad de la LCGC por drástica en exceso*”.

Ciertamente, cuando la acción de cesación se refiere a cláusulas abusivas en contratos con consumidores, el art. 53 TRLCU dispone que “*la acción de cesación se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a cesar en la conducta y a prohibir su reiteración futura*”. Esta proyección de la sentencia hacia el futuro ha sido confirmada por STS de 7 de mayo de 2012.

Ahora bien, la finalidad de las acciones de cesación no impide el examen de los efectos de la nulidad determinante de la condena a cesar en la utilización de las cláusulas abusivas y a eliminarlas de los contratos existentes. Por

tanto, el TS en la reiterada sentencia de 9 de mayo de 2013 entra en el fondo de la cuestión planteada de los efectos derivados de la declaración de nulidad de la cláusula fundamento de la condena al cese de su uso.

En este sentido, comienza por recordar que la ineficacia de los contratos o de alguna de sus cláusulas “exige destruir sus consecuencias y borrar sus huellas como si no hubiera existido y evitar así que de los mismos se deriven efectos, de acuerdo con la regla clásica *“quod nullum est nullum effectum producit”*. Así lo dispone:

- el art. 1303 CC, a cuyo tenor “declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes”.
- Se trata, como afirma la STS de 13 de marzo de 2012, de una propia *“restituto in integrum”*.
- En el mismo sentido el Informe de la Comisión de 2010 afirma que “la decisión judicial por la que se declara abusiva una cláusula determinada debe retrotraer sus efectos al momento de la conclusión del contrato (*ex tunc*)”.

5.6.2. LA POSIBILIDAD DE LIMITAR LA RETROACTIVIDAD DE LA SENTENCIA

No obstante la regla general de eficacia retroactiva de las declaraciones de nulidad, sus efectos, afirma la STS de 9 de mayo de 2013, no pueden ser impermeables a los principios generales del Derecho –entre ellos de forma destacada la seguridad jurídica (artículo 9.3 CE)–. Esta interferencia el principio constitucional de seguridad jurídica sobre los efectos restitutorios derivados de la nulidad contractual (en este caso parcial respecto de una de sus cláusulas) se argumenta por el TS con diversos argumentos, entre los que destacan los siguientes:

- a) El artículo 106 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común pone coto a los efectos absolutos, inevitables y perpetuos de la nulidad y admite limitaciones al disponer que *“las facultades de revisión no podrán ser ejercitadas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes”* –vid en el mismo sentido en la actualidad el art. 110 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (apartado 287); singularmente cuando se trata de la conservación de los efectos consumados. Y en este sentido, pueden verse los arts. 114.2 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Régimen jurídico de Patentes de Invención y Modelos de Utilidad; 54.2 de la Ley 17/2001, de 7 de

diciembre, de Marcas y 68 de la Ley 20/2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial (vid. apartado 288).

b) También el Tribunal Constitucional, por exigencias del mismo principio de seguridad jurídica, ha limitado los efectos retroactivos de la declaración de inconstitucionalidad dejando a salvo la validez de los actos jurídicos realizados al amparo de la norma declarada inconstitucional y las situaciones pasadas en autoridad de cosa juzgada (en las SSTC 179/1994 de 16 junio, 281/1995 de 23 octubre, 185/1995, de 14 diciembre, 22/1996 de 12 febrero y 38/2011 de 28 marzo) –apartado 289–.

c) Igualmente el TS ha admitido la posibilidad de limitar los efectos de la nulidad ya que “la *“restitutio”* no opera con un automatismo absoluto, ya que el fundamento de la regla de liquidación de la reglamentación contractual declarada nula y por la que se pretende conseguir que las partes afectadas vuelvan a la situación patrimonial anterior al contrato, no es otro que evitar que una de ellas se enriquezca sin causa a costa de la otra y ésta es una consecuencia que no siempre se deriva de la nulidad” (STS 118/2012, de 13 marzo) –apartado 291–.

d) Pero es que también el TJUE ha aplicado en el mismo sentido el principio general de seguridad jurídica, como principio igualmente inherente al ordenamiento jurídico de la UE. Proyectado tal principio sobre la cuestión que ahora nos ocupa afirma la STJUE de 21 de marzo de 2013 (RWE Vertrieb), apartado 59, que “[...] puede el Tribunal de Justicia, aplicando el principio general de seguridad jurídica ..., verse inducido a limitar la posibilidad de que los interesados invoquen una disposición por él interpretada con el fin de cuestionar relaciones jurídicas establecidas de buena fe. Para poder decidir dicha limitación, es necesario que concurren *dos criterios esenciales, a saber, la buena fe de los círculos interesados y el riesgo de trastornos grave. Véanse, en particular, las sentencias Skov y Bilka, antes citada, apartado 51; Brzeziński, antes citada, apartado 56; de de 2010, Kalinchev, C-2/09, apartado 50, y de 19 de julio de 2012, Rçdlihs, C-263/11, apartado 59*).

5.6.3. LA IRRETROACTIVIDAD DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 9 DE MAYO DE 2013

Aplicadas las consideraciones anteriores al tema de la irretroactividad (o limitación temporal de efectos hacía el pasado) de las cláusulas suelo analizadas en la reiterada sentencia de 9 de mayo de 2013, el TS parte de las siguientes premisas (apartado 293):

a) Las cláusulas suelo, en contra de lo pretendido por la demandante, son lícitas.

- b) Su inclusión en los contratos a interés variable responde a razones objetivas –el Informe del BE indica como causas de su utilización el coste del dinero, que está constituido mayoritariamente por recursos minoristas (depósitos a la vista y a plazo), con elevada inelasticidad a la baja a partir de determinado nivel del precio del dinero, y los gastos de estructura necesarios para producir y administrar los préstamos, que son independientes del precio del dinero–.
- c) No se trata de cláusulas inusuales o extravagantes. El mismo informe del BE indica en el apartado 2 referido a la cobertura de riesgo de tipos de intereses que en España “[...] casi el 97% de los préstamos concedidos con la vivienda como garantía hipotecaria están formalizados a tipo de interés variable”.
- d) Su utilización ha sido tolerada largo tiempo por el mercado –su peso, afirma el citado informe, ya en los años anteriores a 2004, alcanzaba casi al 30% de la cartera–.
- e) La condena a cesar en el uso de las cláusulas y a eliminarlas por abusivas, no se basa en la ilicitud intrínseca de sus efectos –en cuyo caso procedería la nulidad de las cláusulas suelo sin más–, sino en la falta de transparencia.
- f) La falta de transparencia no deriva de su oscuridad interna, sino de la insuficiencia de la información en los términos antes indicados.
- g) No consta que las entidades crediticias no hayan observado las exigencias reglamentarias de información impuestas por la OM de 5 de mayo de 1994 de transparencia.
- h) La finalidad de la fijación del tope mínimo responde, según consta en el reiterado informe del BE a mantener un rendimiento mínimo de esos activos [los préstamos hipotecarios] que permita a las entidades resarcirse de los costes de producción y mantenimiento de estas financiaciones.
- i) Igualmente según el expresado informe, las cláusulas se calculaban para que no implicasen cambios significativos en las cuotas iniciales a pagar, tenidas en cuenta por los prestatarios en el momento de decidir sus comportamientos económicos.
- j) La Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre Subrogación y Modificación de Prestamos Hipotecarios, permite la sustitución del acreedor.
- k) Es notorio –afirma el TS siguiendo el criterio del Ministerio Fiscal– que la retroactividad de la sentencia generaría el riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico, al extremo que el Ministerio Fiscal, pese a recurrir la sentencia de apelación, se pronuncia en el sentido de que no procede reconocer efectos retroactivos a la decisión de nulidad de las cláusulas controvertidas

La apreciación conjunta de todas las consideraciones anteriores lleva al TS en su reiterada sentencia de 9 de mayo de 2013 a la conclusión de que procede a declarar “*la irretroactividad de la presente sentencia, de tal forma que la nulidad de las cláusulas no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esta sentencia*”.

5.7. *La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016. Su discrepancia con la doctrina del Tribunal Supremo*

El criterio de nuestro TS sobre la ineficacia retroactiva de su sentencia en relación con la abusividad de las cláusulas suelo analizadas, fue cuestionado a través de sendos recursos prejudiciales elevados al TJUE. Como consecuencia de ello, en los asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15, que tienen por objeto sendas peticiones de decisión prejudicial planteadas con arreglo al art. 267 TFUE, por el Juzgado Mercantil nº1 de Granada, así como por la Audiencia provincial de Alicante, se dictó la importante Sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016, en la que se concluye, contradiciendo abiertamente la doctrina de nuestro TS, que “*el art. 6.1 de la Directiva 93/13, sobre cláusulas abusivas en los contratos con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo, en el sentido del art. 3.1 de dicha Directiva, de una cláusula contenida en un contrato con un consumidor por un profesional, circunscribiendo tales efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión*”.

La dificultad intrínseca de esta materia se constataba, no obstante, observando, por un lado, que las conclusiones del Abogado general, en estos procedimientos prejudiciales, de 13 de julio de 2016 había sido contrario al sentido de la sentencia finalmente dictada por el TJUE; y, por otro lado, que la Comisión europea había dirigido requerimiento al Gobierno español en abril de 2016 indicando que la doctrina del TS en esta materia constituía una infracción del Derecho comunitario.

Esta Sentencia del TJUE ha dado lugar, además de al cambio de jurisprudencia de nuestro TS en esta materia a través de su sentencia de 24 de febrero de 2017, a la previa aprobación del RD-L 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo, que se trataba de ordenar las consecuencias judiciales derivadas del ya entonces previsible aumento de litigiosidad provocado por la jurisprudencia de la Corte de Luxemburgo.

La citada sentencia de la Corte europea de 21 de diciembre de 2016, aparentemente clara y contundente, sin embargo una vez estudiada en detalle plantea numerosas dudas e interrogantes, pues su aparente claridad se ha ba-

sado en una simplicidad argumental que está lejos de abarcar la complejidad de la materia, y ni resulta ser tan clara ni resulta ser tan contundente.

El hilo argumental de la Sentencia del Tribunal de Luxemburgo en esencia es el siguiente:

1. Conforme al art. 6.1 de la Directiva los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus Derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato entre éste y un profesional. Esta norma tiene carácter de norma de orden público (STJUE de 30 de mayo de 2013). Se trata de una norma imperativa que trata de reemplazar el equilibrio formal por un equilibrio real entre las partes restableciendo la igualdad entre éstas (STJUE 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito).

2. El art. 7.1 de la Directiva impone a los Estados miembros la obligación de prever medios adecuados y eficaces “para que cese el uso de las cláusulas abusivas”, dada la importancia del interés público que constituye la protección de los consumidores, los cuales se encuentran en una situación de inferioridad tanto en la capacidad de negociación como en la información de que disponen respecto del profesional con el que contratan (STJUE 30 abril de 2014, Kásler).

3. Para lograr el cese del uso de las cláusulas abusivas, incumbe al juez nacional, pura y simplemente, dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, sin estar facultado para modificar el contenido de la misma (STJUE de 14 de junio de 2012), pues de otro modo se podría contribuir a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas no se apliquen (STJUE de 21 de enero de 2015, Unicaja).

4. Para ello el juez nacional debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual y subsanar el desequilibrio que exista entre el consumidor y el profesional, “desde el momento en que disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios al efecto”. La plena eficacia de la Directiva exige que el juez nacional pueda deducir todas las consecuencias de la apreciación del carácter abusivo de la cláusula, sin necesidad de solicitud por parte del consumidor.

5. De las consideraciones anteriores deduce el TJUE que “el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que procede considerar, **en principio**, que una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido, de manera que no podrá tener efectos frente al consumidor. Por consiguiente, la declaración judicial del carácter abusivo de tal cláusula debe tener como consecuencia, **en principio**, el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula”.

A su vez, de lo anterior deduce el Tribunal que “la obligación del juez nacional de dejar sin aplicación una cláusula contractual abusiva que imponga el pago

de importes que resulten ser cantidades indebidamente pagadas genera, **en principio**, el correspondiente efecto restitutorio en relación con tales importes” (apart. 61 y 62).

Como vemos el TJUE utiliza en estos dos apartados de la Sentencia y por tres veces la expresión de “*en principio*”, lo que relativiza su pronunciamiento, excluyendo su carácter absoluto y admitiendo por tanto excepciones a tales reglas. Lo que nos obliga a preguntarnos cuales son los criterios o casos en que procede aplicar la regla general y cuando las excepciones.

Por otra parte, el Tribunal trata de aclarar el inciso “*en las condiciones estipuladas en sus Derechos nacionales*” que figura en el art. 6.1, que utiliza además una expresión reconocidamente ambigua de “*no vincularán*”. Como reconoció el Abogado general Paolo Mengozzi en sus conclusiones de 13 de julio de 2016, esta expresión implica que la Directiva no ha llegado al punto de determinar la sanción aplicable a las cláusulas suelo y en particular el modo a través del cual los Estados miembros deben disponer que tales cláusulas no surtan efectos vinculantes. Admite el Abogado general en sus conclusiones que el legislador comunitario ha optado por no emplear un término jurídico más preciso como hubiera sido el caso, por ejemplo, de una referencia expresa a la nulidad, a la anulabilidad o a la resolución. Finalmente, el empleo del futuro de indicativo (“*no vincularán*”) nada revela en cuanto a la posible intención de ese legislador de dotar a la falta de efectos vinculante una dimensión retroactiva.

A pesar de ello, sin embargo, el TJUE entiende que la declaración del carácter abusivo “*debe permitir que se restablezca la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido tal cláusula abusiva, concretamente mediante la constitución de un derecho a la restitución de las ventajas obtenidas indebidamente por el profesional*”.

Hasta aquí realmente no hay una discrepancia abierta entre esta sentencia del TJUE y la del TS de 9 de mayo de 2013. La discrepancia se va a producir en lo tocante a la ineficacia temporal retroactiva de la declaración de nulidad por abusividad, que afirma el TS y niega el TJUE. Se ventila en esta controversia la más general de los límites a los derechos de los consumidores, pues habiendo coincidencia entre ambos Tribunales en afirmar que no son derechos absolutos, sólo en parte coinciden en cuanto a la identificación de tales límites.

5.8. Límites a los derechos de los consumidores: la cosa juzgada, la preclusión procesal y la prescripción de los derechos

En efecto, llegados a este punto la STUJE analiza los límites ya declarados por la propia jurisprudencia europea en relación con la protección de los consumidores para valorar su compatibilidad con las limitaciones declaradas por el TS al afirmar que la declaración de abusividad de las cláusulas suelo no afectaba a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada, ni a los pagos ya efectuados antes de la fecha en que se publicó la sentencia.

A este respecto, el Tribunal de Justicia reconoce que ya ha afirmado que la **protección del consumidor no es absoluta**. En este sentido ha declarado, en particular que:

- a) el Derecho de la Unión no obliga a un tribunal nacional a dejar de aplicar las normas procesales internas que confieren fuerza de cosa juzgada a una resolución, aunque ello permitiera subsanar una infracción de una disposición, cualquiera que sea su naturaleza, contenida en la Directiva 93/13 (Sentencia de 6 de octubre de 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C-40/08). De ello se deduce que el Tribunal Supremo podía declarar legítimamente en la sentencia de 9 de mayo de 2013 que esta última no afectaba a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales anteriores con fuerza de cosa juzgada;
- b) del mismo modo, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que la fijación de plazos razonables de carácter preclusivo para recurrir, en interés de la seguridad jurídica, es compatible con el Derecho de la Unión (sentencia de 6 octubre de 2009, Asturcom Telecomunicaciones);

No obstante, entiende el TJUE que es preciso distinguir la aplicación de una regla procesal –como es un plazo razonable de prescripción– de la limitación en el tiempo de los efectos de la interpretación de una norma del Derecho de la Unión (sentencia de 15 de abril de 2010, Barth, C-542/08). A este respecto, recuerda el Tribunal que, habida cuenta de la exigencia fundamental de una aplicación uniforme y general del Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia es el único que puede decidir acerca de las limitaciones en el tiempo que hayan de aplicarse a la interpretación que él mismo haya hecho de una norma del Derecho de la Unión (sentencia de 2 de febrero de 1988, Barra y otros, 309/85).

En este punto el TJUE da un salto argumental y afirma, como si fuese conclusión o inferencia derivada de lo anterior, que *“Así pues, las condiciones estipuladas por los Derechos nacionales, a las que se refiere el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, no podrán afectar al contenido sustancial del derecho a no estar vinculado por una cláusula considerada abusiva”* (71).

Pues bien, la limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo, que el Tribunal Supremo acordó en la sentencia de 9 de mayo de 2013, a juicio del TJUE, equivale a privar con carácter general a todo consumidor que haya celebrado antes de aquella fecha un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula de ese tipo del derecho a obtener la restitución íntegra de las cantidades que haya abonado indebidamente a la entidad bancaria sobre la base de la cláusula suelo durante el período anterior al 9 de mayo de 2013 (72).

De lo anterior se deduce que una jurisprudencia nacional –como la plasmada en la sentencia de 9 de mayo de 2013– relativa a la limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración del carácter abusivo de una cláusula contractual, en virtud del artículo 6, apartado 1, de la Directiva

93/13, sólo permite garantizar una protección limitada a los consumidores que hayan celebrado un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula suelo con anterioridad a la fecha del pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró dicho carácter abusivo. Así pues, a juicio del TJUE tal protección resulta incompleta e insuficiente y no constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de dicha cláusula, en contra de lo que establece el artículo 7.1 de la citada Directiva (sentencia de 14 de marzo de 2013, Aziz, C-415/11) (73).

Finalmente, de forma quizás innecesaria, recuerda el TJUE el carácter vinculante de su jurisprudencia, y afirma que dado que para resolver los litigios principales los órganos jurisdiccionales remitentes de las cuestiones prejudiciales están vinculados por la interpretación del Derecho de la Unión que lleva a cabo el Tribunal de Justicia, dichos órganos jurisdiccionales deberán abstenerse de aplicar, en el ejercicio de su propia autoridad, la limitación de los efectos en el tiempo que el Tribunal Supremo acordó en la sentencia de 9 de mayo de 2013, puesto que tal limitación no resulta compatible con el Derecho de la Unión (sentencias de 5 de octubre de 2010, Elchinov, C-173/09; de 19 de abril de 2016, DI, C-441/14; etc) (74).

5.9. Lagunas y dudas que genera la STJUE de 13 de julio de 2016

Como antes se dijo, la aludida sentencia del TJUE no es ni tan clara en su formulación ni tan contundente en sus conclusiones como a primera vista pueda parecer. En realidad eran numerosas la dudas que dejaba abiertas, por lo que resultaba comprensible que el TS antes de dictar su sentencia de 24 de febrero de 2017 concediese a las partes un plazo de alegaciones, pues la interpretación de la sentencia de la Corte de Luxemburgo no era necesariamente inequívoca ni en su contenido ni en las consecuencias de su aplicación práctica. Veamos algunas de las dudas que suscitaba.

1º. El argumento que parece utilizar como **fundamental** es el de que es el propio Tribunal de Justicia “*el único que puede decidir acerca de las limitaciones en el tiempo que hayan de aplicarse a la interpretación que él mismo haya hecho de una norma del Derecho de la Unión*”.

Aquí parecen confundirse dos cosas diferentes: por un lado, la facultad para limitar las consecuencias de una interpretación determinada hecha por el propio Tribunal respecto de una norma comunitaria respecto de relaciones jurídicas constituidas con anterioridad a la correspondiente sentencia interpretativa, y por otro la facultad del juez nacional de limitar los efectos en el tiempo de un pronunciamiento declarativo de nulidad contenido en una determinada sentencia en base a la interpretación del propio ordenamiento nacional.

Es importante precisar bien este tema. En cuanto a lo primero, como recuerda la Sentencia RWW Wertrieb, “*según reiterada jurisprudencia, la interpreta-*

ción 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”.

Ahora bien, por excepción esta misma sentencia del TJUE dispone que “[...] puede el Tribunal de Justicia, aplicando el principio general de seguridad jurídica inherente al ordenamiento jurídico de la Unión, verse inducido a limitar la posibilidad de que los interesados invoquen una disposición por él interpretada con el fin de cuestionar relaciones jurídicas establecidas de buena fe. Para poder decidir dicha limitación, es necesario que concurran dos criterios esenciales, a saber, la buena fe de los círculos interesados y el riesgo de trastornos graves”. Recordemos que se trata de la misma sentencia que introduce por primera vez el criterio de la transparencia material, y que por su carácter novedoso y efectos sistémicos sobre determinada industria gasística alemana, aplicó su propia doctrina de limitaciones temporales de los efectos de la nueva interpretación.

No explica, sin embargo, la STJUE de 21 de diciembre de 2016 por qué motivo no entiende aplicable esta misma previsión al caso de las cláusulas suelo, generando una suerte de incongruencia omisiva, pues algunas de las cuestiones prejudiciales planteadas se referían a este tema. Podría entenderse que el TJUE entiende que no habiendo promovido el propio TS cuestión prejudicial al respecto de la posible limitación temporal de los efectos de su sentencia (lo que habría constituido un curioso caso de disociación temporal de los pronunciamientos de la sentencia, pues la cuestión de la eficacia temporal deriva del previo pronunciamiento de nulidad contenido en la misma sentencia), no cabe que los órganos judiciales que elevaron las cuestiones prejudiciales resueltas en la sentencia de 21 de diciembre de 2016 pudieran suplir tal omisión. Pero esto no deja de ser una especulación pues, como se ha dicho, la cuestión sobre la concurrencia o no de los requisitos exigidos por el propio TJUE en orden a limitar la posibilidad de invocación de sus interpretaciones para cuestionar relaciones jurídicas establecidas con anterioridad a la emisión de tales interpretaciones (*a saber, la buena fe de los círculos interesados y el riesgo de trastornos graves para el orden público económico*; véanse en particular, las sentencias RWE Vertrieb de 21 de marzo de 2013, apartado 59, Skov y Bilka, antes citada, apartado 51; Brzeziński, antes citada, apartado 56; de 2010, Kalinchev, C-2/09, apartado 50, y de 19 de julio de 2012, Rçdlihs, C-263/11, apartado 59) es por completo preterida en la citada sentencia.

Cosa distinta a lo anterior es la competencia de los tribunales nacionales para interpretar su propio Derecho interno en relación con los efectos (restitutorios, indemnizatorios, u otros) derivados de la nulidad de una determinada relación jurídica. Pensemos que en nuestro ordenamiento los efectos de la

nulidad presenta diferentes gradaciones, permitiendo la conservación de ciertos efectos generados por la relación jurídica anulada. Los ejemplos podrían ser variados, y entre ellos cabe citar los del matrimonio putativo, los del pago de alimentos no debidos, los de nulidad de acuerdos sociales, cuya acción de impugnación está limitada a un año y es susceptible de sanación, la eficacia de los actos otorgados por apoderado desconociendo el tercero de buena fe la revocación, el mantenimiento de los efectos de la segunda venta de un inmueble cuando llega al Registro antes que la primera, etc.

Los argumentos aportados por el TS basados tanto en normas de Derecho positivo (revisión de oficio de actos administrativos, legislación sobre marcas y patentes, jurisprudencia del TC sobre los efectos limitados de la declaración de inconstitucionalidad y la propia jurisprudencia anterior del propio TS, todo ello en base al principio constitucional y europeo de la seguridad jurídica), no reciben contraargumentación alguna por parte del TJUE. Lisa y llanamente se aplica el principio comunitario de efectividad y la interpretación de la no vinculación del art. 6.1 de la Directiva como incompatible con la limitación temporal que de forma genérica hizo la STS de 9 de mayo de 2013.

2º. La segunda duda importante que plantea la Sentencia es el carácter dubitativo e impreciso que se deriva del inciso empleado de *“en principio”*, que supone admitir excepciones a su planteamiento general y que obliga a determinar en qué casos no se impondrá el efecto restitutorio pleno o *“ex tunc”*. No hay cuestión sobre la posibilidad de amparar en tal ámbito de excepción los supuestos ya resueltos por sentencia firme que gocen de eficacia de cosa juzgada, por ser excepción que la propia STJUE de 13 de julio de 2016 (y otras muchas, v.gr. STJUE de 26 de enero de 2017 –Banco Primus–), ha admitido. Por la omisión antes comentada no podemos saber con certeza si entra en la excepción el supuesto del *“riesgo de trastornos graves”*, que ha reconocido para otros supuestos la propia jurisprudencia ya reseñada de la Corte de Luxemburgo.

3º. La tercera duda era la relativa a la proyección sobre la concreta Sentencia del TS de 9 de mayo de 2013 de la excepción de la cosa juzgada. Recordemos que la Sentencia del TS (como ya había declarado el Alto Tribunal en la previa de 1 de julio de 2010) afirma que la defensa de los intereses colectivos en el proceso civil no está configurada exclusivamente como un medio de resolución de conflictos intersubjetivos de quienes participan en el pleito. Está presente también un interés ajeno que exige la expulsión del sistema de las cláusulas declaradas nulas por sentencia firme sin necesidad de petición previa.

En particular se planteaba la duda de si la eficacia de la cosa juzgada respecto de las tres entidades demandadas se extiende también o no a la parte del fallo que declara la irretroactividad de la eficacia de la sentencia. Pensemos que el recurso de revisión de las sentencias firmes no cabe por disconformidad de su contenido con sentencias del TJUE, solo por disconformidad con sentencias del Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo (vid. art. 5 bis LOPJ).

4°. **La cuarta duda** que plantea la sentencia del TJUE es la del alcance de las limitaciones de la declaración de nulidad sobre las situaciones prescritas (si bien el Tribunal de Luxemburgo parece haber incurrido en imprecisión técnica al hablar en su sentencia indistintamente de prescripción y de preclusión de plazos procesales).

Ciertamente, si se admite –como hace el Tribunal de Luxemburgo de forma reiterada– que los recursos en el Derecho procesal interno puedan estar limitados a plazos tasados por razones de seguridad jurídica (siempre que se trate de plazos de preclusión “razonables”), no parece que pueda excluirse la posibilidad de aplicar el mismo principio de seguridad jurídica para limitar la posible acción en virtud de prescripción material del derecho y no la simple caducidad de la acción. En este sentido se ha defendido la aplicación del plazo de cinco años del art. 1966.3º CC para las obligaciones de realizar pagos que deban hacerse por años o en plazos más breves (de posible aplicación al devengo de los intereses devengados cuando el plazo de devengo sea el citado).

Tampoco resultaba incontrovertible si la obligación de restitución de los intereses cobrados en base a las cláusulas abusivas anuladas deben generar la obligación de pagar intereses de demora desde la fecha de cada uno de los pagos. El art. 1303 CC no lo aclara, habla del “precio” y de sus “intereses”, pero no de los intereses de intereses. En todo caso podría considerarse la aplicación a este ámbito de las reglas sobre la liquidaciones de estados posesorios o del cobro de lo indebido (art. 1896 Cc), que sólo impone el pago de los intereses legales cuando quien cobró actuó de mala fe.

El Real Decreto-Ley 1/2017 –avanzando la solución finalmente acogida por la STS de 24 de febrero de 2017– parecía presuponer el devengo de tales intereses al exigir en su art. 3.2 que se incluyan en todo caso en el cálculo de las cantidades a devolver.

5.10. *La rectificación del Tribunal Supremo: Sentencia de 24 de febrero de 2017*

El largo *excursus* de las páginas que preceden era imprescindible para poder, ahora sí, abordar directamente el estudio de la STS de 24 de febrero de 2017, que es tributaria de las anteriores.

5.10.1. LA INEXISTENCIA DE COSA JUZGADA MATERIAL

Como ya se ha dicho, en el desarrollo del único motivo aducido en el recurso de casación se alega que la resolución recurrida aplica el art. 1303 CC de manera literal y mecánica, sin atender a la modulación de su alcance según la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo expresada en la STS 241/2013, de 9 de mayo, y que, pese a no reconocer eficacia de cosa juzgada material a la mencionada sentencia del Tribunal Supremo, por tratarse de un proceso sobre una acción individual, debió ponderar la aplicación literal

del art. 1303 CC, de manera que confunde los efectos de la cosa juzgada con la aplicación de la doctrina jurisprudencial fijada en la indicada sentencia del Alto Tribunal. Sin embargo, en el trámite de alegaciones abierto con posterioridad a la STJUE de 21 de diciembre de 2016, la entidad recurrente (BBVA) alegó la existencia de la cosa juzgada en relación con la STS de 9 de mayo de 2013. Subsidiariamente solicitó el planteamiento de nuevas cuestiones prejudiciales ante el TJUE, para aclarar la interpretación de su citada sentencia, en los términos que después se verán. La alegación de la cosa juzgada, por una parte, era lógica desde el punto de vista de la recurrente pues el TJUE en el apartado 68 de su sentencia admite que *“el Tribunal de Justicia ya ha reconocido que la protección del consumidor no es absoluta. En este sentido ha declarado, en particular, que el Derecho de la Unión no obliga a un tribunal nacional a dejar de aplicar las normas procesales internas que confieren fuerza de cosa juzgada a una resolución, aunque ello permitiera subsanar una infracción de una disposición, cualquiera que sea su naturaleza, contenida en la Directiva 93/13”*, cosa que efectivamente ya había afirmado en la sentencia de 6 de octubre de 2009 (Asturcom Telecomunicaciones C-40/08). Y en este sentido confirma la doctrina de la STS de 9 de mayo de 2013 en cuanto afirma que la declaración del carácter abusivo de las cláusulas suelo controvertidas no afecta a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con eficacia de cosa juzgada, pretendiendo la recurrente dejar amparada en tal eficacia también la declaración de la limitación del derecho del consumidor a la restitución a las cantidades indebidamente pagadas a partir de la fecha de la citada sentencia del Alto Tribunal.

El fundamento legal de esta invocación de la cosa juzgada frente a unos particulares que no estuvieron personados en el procedimiento que concluyó con la STS de 9 de mayo de 2013 se encuentra en el art. 222.3 LEC, conforme al cual *“la cosa juzgada afectará a las partes del proceso en que se dicte y a sus herederos y causahabientes, así como a los sujetos, no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo previsto en el artículo 11 de esta Ley”*. De esta forma se proyectan los efectos de la sentencia *“ultra partes”*, como instrumento para alcanzar el objetivo señalado en el artículo 7.1 del cese el uso de las cláusulas abusivas, y a tal efecto la regla 2ª del artículo 221.1 dispone que *“si como presupuesto de la condena o como pronunciamiento principal o único, se declara ilícita o no conforme a la ley una determinada actividad o conducta, la sentencia determinará si conforme a la legislación de protección de consumidores y usuarios la declaración ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente”*.

Ahora bien, esta proyección *“erga omnes”* exige tener en cuenta que la propia exposición de motivos de la LEC, al tratar de la tutela de intereses jurídicos colectivos llevados al proceso, afirma que *“en cuanto a la eficacia subjetiva de las sentencias, la diversidad de casos de protección impone evitar una errónea norma generalizadora”*, y en el caso de la sentencia de 9 de mayo de

2013, la demandante, pese a que interesó la declaración de nulidad indiscriminada de las cláusulas suelo de los préstamos a interés variable celebrados con consumidores, no interesó su eficacia *ultra partes*, lo que unido al casuismo que impregna el juicio de valor sobre el carácter abusivo de las cláusulas cuando afecta a la suficiencia de la información (transparencia), obligaba al TS en su fallo a circunscribir los efectos de su sentencia a quienes oferten o incluyan en sus contratos cláusulas idénticas a las declaradas nulas, cuando no se hallen completadas por otras que eliminen los aspectos declarados abusivos.

En este marco normativo y con estos precedentes la STS de 24 de febrero de 2017 desestima el motivo y declara la inexistencia de cosa juzgada material *“in casu”*. Para llegar a esta conclusión parte de su propia doctrina legal, formada precisamente en relación con la reiterada sentencia 241/2013, y contenida en las anteriores SSTs 139/2015, de 25 de marzo y 705/2015, de 23 de diciembre, en las que afirmó *“[l]os efectos de cosa juzgada se ceñían a cláusulas idénticas a las declaradas nulas. Es decir, los efectos de la sentencia 241/2013 se extienden, subjetivamente, a las cláusulas utilizadas por las entidades que fueron demandadas en aquel procedimiento, y, objetivamente, a las cláusulas idénticas a las declaradas nulas, cuando no se hallen completadas por otras que eliminen los aspectos declarados abusivos”*.

Y partiendo de tal doble condicionante, aprecia la falta de concurrencia de ambos. En primer lugar, porque la mencionada cláusula suelo (transcrita más arriba) tiene una redacción diferente de la que fue objeto de la sentencia 241/2013¹, por lo que no habría identidad objetiva entre ambas. El segundo elemento de la ecuación (el de la identidad subjetiva) resulta menos claro. Recordemos que BBVA fue parte en ambos procedimientos (los concluidos en las SSTs 241/2013 y 123/2017), en este último en virtud de una doble sucesión procesal al adquirir a la entidad (Unnim), en la que, a su vez, se había fusionado la acreedora inicial (Caixa d’Estalvis Comarcal de Manlleu). Pues bien, el TS por un lado reconoce que conforme al art. 17.1 LEC, la transmisión del objeto litigioso (transmisión del crédito

¹ Ciertamente la de la sentencia 241/2013 era más compleja lo que podía dificultar en mayor medida su comprensibilidad por el deudor: a) «El tipo aplicable al devengo de los intereses ordinarios no podrá ser, en ningún caso, superior al 12,00 % ni inferior al 2,50 % nominal anual». b) «En todo caso, aunque el valor del índice de referencia que resulte de aplicación sea inferior al 2’50 %, éste valor, adicionado con los puntos porcentuales expresados anteriormente para cada supuesto, determinará el “tipo de interés vigente” en el “período de interés”. Todo ello, sin perjuicio de la aplicación en su caso de bonificación prevista en el apartado siguiente. El tipo aplicable al devengo de los intereses ordinarios no podrá ser, en ningún caso, superior al 15 % nominal anual». c) «En todo caso, aunque el valor del índice de referencia que resulte de aplicación sea inferior al 2,25%, éste valor, adicionado con los puntos porcentuales expresados anteriormente para cada supuesto, determinará el “tipo de interés vigente” en el “período de interés”».

hipotecario litigioso que se produjo dentro de la transmisión patrimonial en bloque o sucesión universal en todo el activo y pasivo de las respectivas entidades fusionadas conforme al art. 22 y concordantes de la Ley 3/2009, de 3 de abril, de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles, desde el momento mismo de la inscripción de tales fusiones en el Registro Mercantil) *“puede conllevar la sucesión procesal, que tiene como consecuencia, si se cumplen los requisitos legales para ello, que el adquirente (BBVA) ocupe la situación procesal que tenía el transmitente (Unnim de manera próxima y Caixa de Manlleu de manera remota). Lo que supone que BBVA se coloque en la posición procesal que ocupaba inicialmente la mencionada Caixa como predisponente de una determinada y concreta condición general de la contratación, no de otra diferente que utilizaba el adquirente en otros contratos y como entidad bancaria distinta”*. Reconociendo en congruencia que *“En principio, en caso de sucesión procesal podría darse la identidad subjetiva entre causahabientes a que se refiere el art. 222.3”*. Sin embargo, el TS añade a continuación un requisito adicional para confirmar la sucesión procesal que no se integraría en el presente supuesto: el de haber sido la entidad absorbente o resultante de la fusión la misma que predispuso e impuso en el contrato de préstamo la cláusula litigiosa, estimando que en supuestos *“de condiciones generales de la contratación, no puede apreciarse tal identidad si el predisponente no es el mismo, ni fue quien utilizó la cláusula que se ha declarado nula en pronunciamiento firme no discutido ya en este recurso de casación”*.

En mi opinión, no quedan claros los motivos por los que se exige este requisito adicional (una suerte de *“intuitu personae”*) en materia de condiciones generales de la contratación. La posición contractual generada para cada parte en un contrato, negociado o de adhesión, con su cohorte de derechos, obligaciones, y de acciones y excepciones procesales, se trasladan en caso de traspaso patrimonial en bloque a quien por sucesión universal se subroga en tal posición contractual, sucesión universal (como la que ocurre en los casos de fusión de sociedades mercantiles) que es tal precisamente por no excluir más que los limitados casos en que cabe advertir la cualidad de personalísimas a alguna de sus facultades o derechos, y no se advierte tal circunstancia en el caso de los contratos con condiciones generales de la contratación. Pero sea de ello lo que fuere, lo cierto es que la apreciación de la cosa juzgada material requiere la doble identidad no sólo subjetiva, sino también objetiva antes señalada. Además, la identidad subjetiva ha de ser bifronte, tanto del lado del demandado como del demandante. Y respecto de este último sí cabe descartar la identidad subjetiva en el presente supuesto (pues el deudor/actor del caso de la STS 123/2017 no había intervenido en el procedimiento de la STS 241/2013), ya que conforme afirma aquella resolución con apoyo, entre otras, en la anterior sentencia 375/2010, de 17 de junio, *“en relación con los consumidores que no*

se personaron en el procedimiento en que se ejercitó la acción colectiva, que el llamamiento que se les hace conforme al art. 15 LEC no es suficiente para justificar la extensión frente a ellos de la eficacia de cosa juzgada que establece el art. 222.3 de la misma Ley. Una interpretación conjunta de los arts. 15, 222.3 y 221 LEC lleva a la conclusión de que la cosa juzgada de la sentencia estimatoria de la acción colectiva afectará únicamente a los consumidores no personados que estén determinados individualmente en la propia sentencia, conforme dispone el art. 221.1-1.a LEC”.

Pero además de lo anterior, la STS de 24 de febrero de 2017 ciertamente se apoya para negar la existencia de cosa juzgada material en las diferencias funcionales, de objeto y efectos, existentes entre las acciones colectivas de cesación (la ejercitada en el caso de la STS 241/2013) y las acciones individuales de nulidad (la ejercitada en el caso de la STS 123/2017). Y para ello acude a la jurisprudencia ya asentada en esta materia tanto del TJUE como del TC. En este sentido es esencial el fallo y la argumentación de la STJUE de 14 de abril de 2016 que se pronuncia sobre la interpretación de los arts. 46, 221 y 222 LEC y la litispendencia y prejudicialidad civil que se producen en los supuestos en que entablada previamente una acción colectiva de cesación por parte de una asociación de consumidores frente a determinada cláusula, que figura igualmente inserta en un contrato celebrado con consumidor que posteriormente presenta frente al oferente (hablamos en el caso concreto precisamente de una cláusula suelo en un contrato de préstamo hipotecario) una acción individual de nulidad. Conforme al citado art. 46 LEC “*Cuando para resolver sobre el objeto del litigio sea necesario decidir acerca de alguna cuestión que, a su vez, constituya el objeto principal de otro proceso pendiente ante el mismo o distinto tribunal civil, si no fuere posible la acumulación de autos, el tribunal, a petición de ambas partes o de una de ellas, oída la contraria, podrá mediante auto decretar la suspensión del curso de las actuaciones, en el estado en que se hallen, hasta que finalice el proceso que tenga por objeto la cuestión prejudicial*”. Al juez que conocía de la acción individual de nulidad le suscitaba duda la compatibilidad de tal norma con el art. 7.1 de la Directiva 93/13, en cuanto estima que ese efecto suspensivo (que se traduce en la subordinación de la acción individual a la colectiva) puede suponer un obstáculo para el consumidor y, por tanto, una infracción del referido artículo de la Directiva que impone a los Estados miembros la obligación de velar por que el consumidor disponga de medios adecuados y eficaces para que cese el uso de las cláusulas abusivas.

Razones para entender que existe tal infracción son, entre otras, las siguientes: a) en caso de que el consumidor desea adherirse a la acción colectiva está sujeto a condicionantes como la determinación del órgano jurisdiccional competente (son competentes los del Estado miembro en que del demandado –empresario– tiene su establecimiento o su domicilio *ex art. 4.1 de la Directiva 2009/22/CE, de 23 de abril de 2009*); b) la limi-

tación de los motivos que puede invocar en el procedimiento derivado de la acción colectiva, no pudiendo alegar aquellos que estén basados en las circunstancias concretas de “*su*” contrato (art. 4.1 de la Directiva 93/13); y c) carece de la tutela judicial reforzada que se concreta a través de la intervención positiva del juez mediante su control de oficio de las cláusulas abusivas. Como explica el TJUE en su sentencia de 14 de abril de 2016, así como en el caso de las acciones individuales el principio comunitario de efectividad parte de la consideración de que el consumidor está en una posición de inferioridad tanto en lo relativo a la capacidad de negociación como al nivel de información (vid. sentencia de 15 de marzo de 2012, Perenicová y Perenic), tal inferioridad no se aprecia en el caso de las acciones colectivas ejercitadas por personas u organizaciones de protección de los consumidores (vid. sentencia de 5 de diciembre de 2013, Asociación de Consumidores Independientes de Castilla y León), lo que justifica la simetría procesal entre las partes que se reconoce en estos últimos casos frente a la mayor protección que tanto en relación con el fuero competente como en relación con la intervención de oficio del juez (en sentido “*pro consumatore*”), e incluso en relación con la posible desvinculación voluntaria por parte del consumidor de las consecuencias de la nulidad declarada, se reconoce en el caso de las acciones individuales de nulidad (vid. sentencia de 21 de febrero de 2012, Banif Plus Bank. Y en el apart. 25 de la STJUE de 24 de abril de 2016 puede leerse: “*No obstante, en caso de que el juez nacional aprecie que una cláusula es abusiva, el derecho a una protección efectiva del consumidor comprende la facultad de renunciar a hacer valer sus derechos, de forma que el juez nacional debe tener en cuenta, en su caso, la voluntad manifestada por el consumidor cuando, consciente del carácter no vinculante de una cláusula abusiva, manifiesta, sin embargo, que es contrario a que se excluya, otorgando así un consentimiento libre e informado a dicha cláusula*”.

En base a todo ello el TJUE en su citada sentencia de 14 de abril de 2016 concluye que el principio de autonomía procesal de los Estados miembros, que le permite regular las relaciones entre las acciones individuales de nulidad y las colectivas de cesación de cláusulas abusivas (con el objetivo de prevenir la contradicción entre resoluciones judiciales) no autoriza al legislador ni al juez nacional a suspender la tramitación de la acción individual hasta la conclusión del procedimiento de la acción colectiva, pues ello supondría limitar los derechos de defensa del consumidor y no constituye un medio adecuado ni eficaz para el cese del uso de tales cláusulas, en contra de lo dispuesto en el art. 7.1 de la Directiva 93/13.

A esta diferencia de objeto y efectos se refiere igualmente la STJUE de 14 de abril de 2016 en su apartado 30, transcrito por el TS en su sentencia de 24 de febrero de 2017. E igualmente lo hace el TC español que de forma concreta había abordado este tema en su sentencia 148/2016, de 19

de septiembre, afirmando que *“La identidad –que no mera similitud– de objeto entre ambos procesos [acción colectiva y acción individual], de otro lado, resulta cuanto menos dudosa. La demanda de cesación se configura por ley como instrumento de control abstracto de cláusulas ilícitas, y lo que se pretende con ella es que el profesional demandado deje de recomendarlas o suscribirlas con sus potenciales clientes. En este caso, la acción de cesación de ADICAE impugnaba, entre otras, la cláusula suelo cuyo contenido coincide con la firmada por los recurrentes años antes con la misma entidad bancaria. Pero lo cierto es que en ese proceso no se conoció de la cláusula suelo de “su” contrato, ni de las circunstancias concurrentes en su celebración (arts. 4.1 de la Directiva 93/13/CEE y 82.3 del texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios), como por ejemplo el cumplimiento del principio de transparencia. El objeto controvertido por tanto entre ambos procesos es similar, pero no idéntico. Ello no obsta, por supuesto, a que el Juzgado a quo, al dictar Sentencia sobre el fondo, deba de tener en cuenta los pronunciamientos ante todo del Tribunal Supremo, máximo intérprete de la legalidad ordinaria (art. 123 CE), en torno a la validez o nulidad de este tipo de cláusula”*.

De lo que congruentemente la STS de 24 de febrero de 2017 colige la imposibilidad de apreciar efecto de cosa juzgada material en relación con una sentencia (STS 241/2013) dictada en un procedimiento derivado de una acción colectiva de cesación, que tiene un objeto, unos condicionantes procesales y unos efectos diferentes a los propios de una acción individual de nulidad, y por ello desestima el motivo principal del recurso.

5.10.2. SOLICITUD DE PLANTEAMIENTO DE CUESTIÓN PREJUDICIAL

En el trámite de alegaciones el recurrente había solicitado con carácter subsidiario, a la vista de la STJUE de 21 de diciembre de 2016, que el TS elevase dos nuevas cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia. La primera en los siguientes términos: *“Ya que la obligación del juez nacional de dejar sin aplicación una cláusula contractual abusiva que imponga el pago de importes que resulten ser cantidades indebidamente pagadas solo genera el correspondiente efecto restitutorio en relación con tales importes “en principio”, ¿en qué circunstancias, por qué causas y con arreglo a qué criterios puede limitarse o excluirse el efecto restitutorio de la declaración judicial de abusividad de una condición general cuya aplicación hubiere dado lugar al pago de cantidades que en ausencia de esa condición general no hubieran debido pagarse?”*.

Respondía esta petición a un intento de aclaración del alcance de la afirmación del TJUE en su aludida sentencia, en concreto de sus apartados 61 y 62 en que parecía admitir excepciones a la regla general de restitución. Así en el último apartado citado concluye que *“la obligación del juez nacional de dejar sin aplicación una cláusula contractual abusiva que imponga el pago de importes que resulten ser cantidades indebidamente pagadas genera, en principio, el correspondiente*

efecto restitutorio en relación con tales importes”, sin concretar ni precisar de forma alguna el significado y alcance del citado inciso “*en principio*”. La segunda cuestión prejudicial solicitada se refería a la incidencia de la buena fe del predisponente en la apreciación de la falta de transparencia material de una cláusula.

Sin embargo, el TS desestima ambas peticiones con una argumentación que en este caso, a diferencia de la anteriormente expuesta sobre inexistencia de la cosa juzgada material, quizás es más expeditiva de lo que el caso requería. En concreto afirma que “*tales cuestiones están resueltas explícita o implícitamente en la STJUE de 21 de diciembre de 2016 ... , y por tanto no es necesario el planteamiento de nuevas peticiones de decisión prejudicial, por cuanto el significado y alcance del Derecho comunitario aplicable ha quedado ya claro («cuando la aplicación correcta del Derecho comunitario se impone con una evidencia tal que no deja lugar a duda razonable sobre la manera de resolver la cuestión planteada», en palabras del propio Tribunal Europeo en la sentencia de 6 de octubre de 1982, asunto Cilfit, C-283/81) y ha sido aclarado en decisiones previas, en este caso en la meritada sentencia de diciembre pasado*”. Hasta aquí la conclusión de que tales cuestiones ya están aclaradas. Y a continuación la explicación: “*En efecto, en la STJUE de 21 de diciembre de 2016 queda claro que cualquier limitación temporal de los efectos restitutorios tras la declaración de abusividad de la cláusula litigiosa infringe el art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE y que la consecuente obligación de devolución de las cantidades indebidamente cobradas no permite matiz alguno, so pena de no garantizar los derechos del consumidor afectado e infringir el art. 7.1 de la misma Directiva*”.

Sin embargo, ya vimos anteriormente cómo la STJUE de 21 de diciembre de 2016 no es ni tan clara ni tan contundente, pues no se pronuncia en términos absolutos sino que abre la puerta a la admisión de excepciones a la regla general de la que parte mediante el uso reiterado del citado inciso “*en principio*” que obligaría a determinar en qué casos o bajo qué circunstancias no se impone el efecto restitutorio pleno o “*ex tunc*”. De una interpretación sistemática del conjunto de la sentencia y de sus precedentes resultan cuatro posibles supuestos de excepción. El primero ya analizado es el de los casos ya resueltos por sentencia firme que gocen de eficacia de cosa juzgada, por ser excepción que ha admitido la propia STJUE de 13 de julio de 2016 (y otras muchas, v.gr. STJUE de 26 de enero de 2017 –Banco Primus–).

Otro supuesto de excepción también admitido por la misma sentencia es el de preclusión de los plazos de interposición de la acción o de prescripción del derecho. Finalmente queda la duda de la excepción basada en el supuesto del “*riesgo de trastornos graves con transcendencia en el orden público económico*”, que ha reconocido para otros supuestos la propia jurisprudencia ya reseñada de la Corte de Luxemburgo. Quizás la razón de la innecesariedad de la cuestión prejudicial solicitada en este caso hay que encontrarla en los argumentos de la sentencia recurrida de la Audiencia provincial cuando descartaba tal alegación afirmando que “*las circunstancias del caso no se identifican con las expuestas en la sentencia del Tribunal Supremo sobre riesgo de trastornos graves con transcendencia en el orden público económico (vid. STJUE de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb,*

apartado 59, y las antes citadas en relación con la misma)”, falta de identidad que deriva de la distinta naturaleza de las acciones ejercitadas, pues tales trastornos graves, que podrían ponderarse en el marco de una acción colectiva por la eficacia “*ultra partes*” de la sentencia conforme al art. 221 LEC (lo que potencialmente podría afectar a muchos miles de casos), es impensable en el caso de una acción individual, cuya cuantía monetaria no alcanza proporciones que justifiquen la intervención de la salvaguarda del orden público económico que representa la citada excepción.

A la última sentencia citada del TJUE alude la STS de 24 de febrero de 2017 para desestimar igualmente la petición de la segunda cuestión prejudicial solicitada. En concreto lo que se pretendía aclarar era si “*¿El control de transparencia material, cuando no es considerado como un estándar de protección de los consumidores de naturaleza externa y complementaria a las determinaciones de la directiva, permite la existencia de abusividad pese a que el tribunal nacional haya declarado la buena fe del predisponente?*”. Ciertamente cabe apreciar en este tema un cierto nivel de contradicción interna en la jurisprudencia del TJUE, pues por un lado admite en la sentencia RWE Vertrieb la posibilidad de excepcionar la aplicación de su interpretación de una disposición comunitaria a relaciones nacidas en fecha anterior a la sentencia interpretativa siempre que concurren los dos criterios esenciales de “*la buena fe de los círculos interesados y el riesgo de trastornos graves*”. Pero, por otro lado, siendo elemento constitutivo de una cláusula abusiva la infracción del deber de la buena fe (vid. art. 3.1 de la Directiva 93/13) nunca podremos estar ante una cláusula abusiva en la que “*los círculos interesados*” (en concreto el predisponente) puedan reclamar una calificación positiva de su conducta desde el canon de la buena fe, pues la infracción a sus exigencias es precisamente elemento constitutivo “*sine qua non*” para la calificación de una cláusula contractual como abusiva (vid. sentencia de 14 de marzo de 2013, Aziz). De ello derivaría que la doctrina sobre los “*trastornos graves*” y la limitación a la aplicación retroactiva de las interpretaciones del TJUE nunca podrían actuar en el ámbito de las cláusulas abusivas en contratos con consumidores. Lo que ocurre en el presente caso (y de ahí cabría, a su vez, apreciar una posible contradicción interna en la STS de 9 de mayo de 2013 por las mismas razones expuestas) es que esta sentencia declaró que uno de los motivos para limitar el alcance temporal de los efectos restitutorios de la nulidad era la buena fe de las entidades financieras demandadas, en base a los argumentos extraídos del Informe del Banco de España de 7 de mayo de 2010, al que nos referimos por extenso “*supra*”.

5.10.3. LA RECTIFICACIÓN POR EL TRIBUNAL SUPREMO DE SU DOCTRINA SOBRE LOS EFECTOS RETROACTIVOS DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DE LAS CLÁUSULAS SUELO

Desestimados tanto el motivo de la existencia de cosa juzgada material, como la petición del planteamiento de las dos cuestiones prejudiciales examinadas, y constatada la contradicción en punto a la eficacia retroactiva de

la declaración de nulidad de las cláusula suelo entre la doctrina de la STS de 9 de mayo de 2013 y la STJUE de 21 de diciembre de 2016, no quedaba más que extraer las consecuencias derivadas del principio de primacía del Derecho comunitario y del carácter vinculante de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo. Este mismo se había encargado de recordar en su citada sentencia a los órganos judiciales que habían elevado la cuestión prejudicial por ella resuelta que están vinculados por la interpretación del Derecho de la Unión que lleva a cabo el Tribunal de Justicia, por lo que tales órganos remitentes “*deberán abstenerse de aplicar, en el ejercicio de su propia autoridad, la limitación de los efectos en el tiempo que el Tribunal Supremo acordó en la sentencia de 9 de mayo de 2013, puesto que tal limitación no resulta compatible con el Derecho de la Unión (sentencias de 5 de octubre de 2010, Elchinov, C-173/09; de 19 de abril de 2016, DI, C-441/14; etc)*” (apartado 74).

Así lo recuerda también la propia STS de 24 de febrero de 2017, destacando que no sólo la jurisprudencia del TJUE (Sentencias de 17 de diciembre de 1970, Internationale Handelsgesellschaft, C-11/70; 9 de marzo de 1978, Simmenthal, C-106/77; 22 de octubre de 1987, Foto-Frost, C-314/85; y 8 de septiembre de 2010, Winner Wetten, C-409/06), sino también del TC (Sentencias 28/1991, de 14 de febrero; 58/2004, de 19 de abril; 78/2010, de 20 de octubre; y 145/2012, de 2 de julio, entre otras muchas), han establecido que los jueces nacionales, en su condición de jueces de la Unión, están obligados a salvaguardar la efectividad del Derecho comunitario y su primacía sobre el Derecho nacional conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea; y que las sentencias prejudiciales son obligatorias (art. 91 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, en versión consolidada de 25 de septiembre de 2012) y tienen, como regla, eficacia “*ex tunc*” desde su pronunciamiento, sin perjuicio de que el Tribunal de Justicia pueda limitar su dimensión temporal cuando concurren consideraciones imperiosas de seguridad jurídica (STJUE de 7 de julio de 2011, Nisipeanu, C-263/10). Esta eficacia es “*erga omnes*”, “*por lo que son vinculantes no solo para el juez remitente, sino también para cualquier jurisdicción nacional que conozca de un caso análogo en el que se plantee la aplicación de la norma comunitaria interpretada o cuya invalidez haya sido declarada, con independencia de que sus decisiones sean recurribles o no en el ordenamiento nacional de los Estados miembros de la UE*” (STJCE de 6 de marzo de 2003, Kaba, y SSTJUE de 5 de octubre de 2010, Elchinov; de 19 de abril de 2016; y de 1 de julio de 2016, Ognyanov).

En consecuencia, habiendo declarado la STJUE de 21 de diciembre de 2016 que “*La limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo, que el Tribunal Supremo acordó en la sentencia de 9 de mayo de 2013, se opone al art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE y equivale a privar con carácter general, a todo consumidor que haya celebrado antes de aquella fecha un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula de ese tipo, del derecho a obtener la restitución íntegra de las cantidades que haya abonado indebidamente a la entidad bancaria en virtud de la cláusula suelo durante el período anterior al 9 de mayo*

de 2013”, siendo esta doctrina conforme con la contenida en la sentencia de la Audiencia Provincial recurrida, el recurso de casación interpuesto contra la misma, a pesar de ser ajustado a la doctrina de la STS de 9 de mayo de 2013, debe ser desestimado, adaptando así la jurisprudencia del TS a los pronunciamientos del TJUE en materia de devolución de las cantidades cobradas en aplicación de la cláusula suelo.

Desestimado en tales términos el único motivo de casación el TS desestima igualmente la pretensión subsidiaria formulada en el escrito de alegaciones sobre los efectos de la STJUE, no sólo por el motivo procesal de ser una cuestión nueva planteada en dicho trámite de alegaciones pero no recogida en el recurso de casación, sino también por la razón de fondo de que en “*estos casos de nulidad, conforme al art. 1303 CC, el alcance restitutorio incluye el pago de los intereses devengados por las respectivas prestaciones restituibles*”, como ya había sostenido en la sentencia 734/2016, de 20 de diciembre, despejando así una de las dudas que habían quedado en el aire a la vista de la STJUE de 21 de diciembre de 2016, cerrando el paso a la posibilidad de limitar el devengo de tales intereses por aplicación de las normas del CC sobre liquidación de situaciones posesorias de buena fe.

5.11. Conclusión

La sentencia comentada, en primer lugar, incorpora a la doctrina legal del TS en materia de cosa juzgada material los criterios que ya había fijado el TJUE en su sentencia de 14 de abril de 2016 en relación con la interpretación del art. 46 LEC evitando subordinar las acciones individuales de nulidad de cláusulas abusivas en contratos con consumidores al resultado previo del ejercicio de una acción colectiva de cesación dirigida contra las mismas cláusulas. En el mismo sentido se recoge la doctrina que sobre la misma cuestión había fijado ya el TC en su sentencia 148/2016, de 19 de septiembre. De esta forma se concluye que la STS de 9 de mayo de 2013 (en lo relativo a la limitación temporal de la obligación de devolución de cantidades cobradas en aplicación de la cláusula suelo) no produce efectos de cosa juzgada material sobre el caso resuelto por la sentencia aquí comentada, en base a la falta de identidad objetiva (la redacción de ambas cláusulas no era la misma), a la falta de identidad subjetiva (se cuestiona la falta de tal identidad respecto del acreedor por entender que en materia de condiciones generales no se aplican los criterios generales de la sucesión procesal, y respecto del deudor, por no serle oponible la STS 241/2013). En relación con este último se destaca, además, la distinta naturaleza, objeto y efectos de las citadas acciones individuales y colectivas, pues en estas últimas el consumidor no puede hacer valer las circunstancias concretas concurrentes en “*su*” contrato, al estar limitadas a un control abstracto de las cláusulas cuestionadas.

En segundo lugar, la sentencia desestima la petición de elevar nuevas cuestiones prejudiciales al TJUE para aclarar el significado del inciso “*en principio*”

que utiliza en la conclusión de su sentencia de 21 de diciembre de 2016, conforme a la cual *“la obligación del juez nacional de dejar sin aplicación una cláusula contractual abusiva que imponga el pago de importes que resulten ser cantidades indebidamente pagadas genera, en principio, el correspondiente efecto restitutorio en relación con tales importes”*. La cuestión quizás no era impertinente pues la citada STJUE no se pronuncia en términos absolutos, sino –a través del citado inciso que repite varias veces– mediante una fórmula que no excluye *“totum et totaliter”* la posibilidad de acoger algunas excepciones a la regla general. Lo que la Corte de Luxemburgo declara contrario al art. 6.1 de la Directiva 93/13 es la *“limitación genérica”* de los efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró su abusividad (no se pronuncia sobre una eventual *“limitación parcial”*). Sin embargo, lo que ahora dice el TS en su sentencia de 24 de febrero de 2017 es que es contrario a la Directiva *“cualquier limitación temporal de los efectos restitutorios tras la declaración de abusividad”*. Esta afirmación ha de integrarse, no obstante, con los supuestos en que sí resulte procedente la aplicación del principio de cosa juzgada material, y con los de preclusión de acciones o prescripción de derechos (lo que no concurre en el caso examinado).

Finalmente, en congruencia con el principio de primacía del Derecho comunitario y el carácter vinculante de la jurisprudencia del TJUE, el TS adapta su jurisprudencia en materia de devolución de cantidades cobradas en aplicación de una cláusula suelo abusiva a los pronunciamientos del Tribunal de Justicia, entendiendo que éste excluye cualquier limitación temporal a tales efectos.

6. Bibliografía

- CASTILLO MARTÍNEZ, C., “Negociación contractual, desequilibrio importante y protección del consumidor en la contratación bancaria”, Tirant lo Blanch, 2016.
- DÍAZ FRAILE, J.M., “La protección registral al consumidor y la Directiva sobre cláusulas contractuales abusivas de 1.993. Situación actual de la cuestión “, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (nº 633, Marzo-Abril de 1996).
- DÍAZ FRAILE, J. M., “El control de las cláusulas abusivas de las hipotecas en la calificación registral y en el procedimiento de ejecución tras la sentencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo de 14 de marzo de 2013, La Ley Unión Europea, nº 5, 2013, pags. 5-21.
- DIAZ FRAILE, J.M., “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015. Condiciones Generales de la Contratación. Contratos bancarios celebrados con consumidores. Condiciones abusivas. Control de transparencia y control de abusividad. Cláusula suelo; intereses moratorios; vencimiento anticipado; atribución de gastos de la operación al consumidor; contratación telefónica”, en Comentarios a las Sentencias de Unificación de doctrina (Civil y Mercantil), Volumen 7º (2015).

- ESTRADA ALONSO, E., y FERNÁNDEZ CHACÓN, I, “Ejecución hipotecaria y cláusulas abusivas (a propósito de la cuestión prejudicial planteada en el asunto Mohamed Aziz c. Catalunya-caixa)”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (nº 735, enero-febrero de 2013).
- ORDUÑA MORENO, F.J., y SÁNCHEZ MARTÍN, C., “Control de Transparencia y Contratación Bancaria”, Tirant lo Blanch, 2016.
- CAMARA LAPUENTE, S., “Las (seis) SS.T.S. posteriores a la S.T.J.U.E. 21 diciembre 2016. el control de transparencia sigue en construcción, muta y mutará aún más hacia La transparencia subjetiva (comentario a las SS.T.S. de 24 febrero 2017, 9 marzo 2017, 20 abril 2017 y 25 mayo 2017), *Boletín del Colegio de Registradores de España*, nº 42, 2017.

