

La restitución íntegra en las cláusulas suelo hipotecarias abusivas: Análisis de la Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo de 21 de diciembre de 2016 y su repercusión práctica*

Alejandro Platero Alcón

The entire restitution in the abusive ground clauses: Analysis of the Judgment of the European Court of Justice of 21 December 2016 and its practical effects

RESUMEN

En el presente trabajo se realiza un análisis de las consecuencias derivadas de la declaración de abusividad de una cláusula de limitación del tipo de interés variable en los préstamos hipotecarios, más comúnmente conocida como cláusula suelo. Dicho análisis se centrará en los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 21 de diciembre de 2016. También se reflexionará sobre las consecuencias de índole práctica derivadas de la sentencia comunitaria.

PALABRAS CLAVE: Cláusula suelo, limitación temporal, mecanismo extrajudicial.

ABSTRACT

In the present work an analysis of the consequences derived from the declaration of abusiveness of a clause of limitation of variable interest rate in mortgages. This analysis will focus on the pronouncements of the Court of Justice of the European Union in its judgment of 21 December 2016. It will also reflect on the practical consequences derived from the Community ruling.

KEYWORDS: Ground clause, temporal limitation, extrajudicial mechanism.

SUMARIO.- I. CONSIDERACIONES PLEMINARES.II. DESCRIPCIÓN DE LA NORMATIVA EN CONTADICCIÓN.1. Normativa propia de la Unión Europea. 2. Normativa propia del Estado de España. III. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 9 MAYO DE 2013. IV. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 25 DE MARZO DE 2015. V. LAS CONCLUSIONES EMITIDAS POR EL ABOGADO GENERAL DE LA UNIÓN. VI. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN. 1.

* Este trabajo se ha desarrollado en el marco del Programa Nacional de Formación del Profesorado Universitario del Ministerio de Educación y Ciencia del Gobierno de España.

Introducción al problema jurídico discutido. 2. La prohibición de limitar temporalmente los efectos restitutorios. VII. CONSECUENCIAS DERIVADAS DE LA SENTENCIA DEL TJUE.1. El efecto de seguridad jurídica creado por el Tribunal Comunitario. 2. Las sombras derivadas del pronunciamiento con importante trascendencia práctica. 3. El mecanismo extrajudicial de reclamación de cláusulas suelo. VII. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

I. CONSIDERACIONES PLEMINARES

En la presente obra se va a proceder al análisis de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en acrónimo STJUE) fechada el 21 de diciembre del año 2016, sentencia que resuelve la interpretación acerca de los efectos restitutorios que acontecen, de la declaración de una determinada cláusula suelo como abusiva en los contratos de préstamo hipotecario. El origen de este importante fallo, radica, como no puede deberse a otra forma, al planteamiento por parte de los tribunales españoles de una cuestión prejudicial, regulada en el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea¹ (en acrónimo TFUE), la cual tiene como objeto la interpretación de una serie de preceptos, desgranados posteriormente en el presente trabajo, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores².

El problema fáctico analizado en la STJUE de 21 de diciembre de 2016, radica en los efectos de la restitución económica que se originan cuando una cláusula de limitación de un tipo de interés variable mínimo, comúnmente conocida como cláusula suelo, es reconocida como abusiva en el seno de un contrato de préstamo hipotecario entre una entidad bancaria y un consumidor. En efecto, en España, el Tribunal Supremo (en acrónimo TS) en su sentencia de 9 de mayo de 2013 estableció que el derecho a devolver las cantidades pagadas de más por los consumidores hipotecarios, nacía a partir de la publicación de dicha sentencia, es decir, negaba efectos restitutorios desde el inicio de la vigencia del préstamo hipotecario³. Pero, para algunos tribunales menores⁴, esta restricción en el periodo de restitución de lo abonado en demasía por los consumidores, atentaba contra la normativa comunitaria de protección de consumidores, siendo necesario, por ende, una interpretación por parte del Tribunal de Justicia de la Unión.

¹ Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, «DOUE» núm. 83, de 30 de marzo de 2010.

² Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, «DOUE» núm. 95, de 21 de abril de 1993.

³ El Tribunal Supremo Español volvió a ratificar la limitación temporal dentro de la restitución de las cantidades abonadas en virtud de la cláusula suelo en su sentencia de 25 de marzo de 2015. Por tanto, el TS dejaba claro que solo existe para su criterio, derecho a solicitar las cantidades abonadas desde el día 9 de mayo de 2013.

⁴ Concretamente, la cuestión prejudicial fue planteada por el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Granada mediante auto de 25 de marzo de 2015, debido a la reclamación por parte de un cliente hipotecario frente a la entidad bancaria Cajasur, de la devolución de todas las cantidades satisfechas en virtud de dicha cláusula abusiva y, por el mismo motivo, por parte de la Audiencia Provincial de Alicante, mediante auto de 15 de junio de 2015.

Dentro de esta introducción es menester hacer referencia a la realidad de los préstamos hipotecarios existentes en la actualidad. Los mismos se otorgan a un cliente, a cambio de que este se comprometa a entregar una cantidad mensual que estará determinada por la aplicación de un tipo de interés variable, calculado en relación al índice de referencia EURIBOR, más un porcentaje concreto fijo establecido por cada entidad. Pues bien, a través de las denominadas cláusulas suelo, las entidades bancarias fijaban un tipo de interés mínimo por debajo del cual, con independencia de la bajada del EURIBOR, resultaría de aplicación para calcular la cantidad mensual a abonar por cada cliente. De suerte que los clientes hipotecarios pagarán una mayor cantidad de la que en realidad deberían abonar. Tales cláusulas “han causado un gran revuelo al impedir a los deudores hipotecarios beneficiarse de las bajadas de los tipos de interés que, a buen seguro, hubieran dado un respiro a sus economías domésticas, ya flageladas por los embistes de la crisis económica y laboral”⁵.

Las cláusulas suelo insertas en los contratos hipotecarios son condiciones generales de la contratación impuestas en contratos de adhesión, donde los consumidores tienen muy pocas posibilidades de negociar las mismas. Por esa cuestión, surgen las controversias jurídicas que serán analizadas en el presente trabajo.

En primer lugar, se analizarán los fundamentos jurídicos donde encajan las denominadas cláusulas suelo, para continuar exponiendo la declaración de abusividad por las mismas por parte del Tribunal Supremo Español en dos ocasiones. Dicha declaración, fue objeto de una enorme polémica, en relación a los efectos de la declaración de abusiva de dichas cláusulas, cuestión que fue resuelta por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016, analizada con detalle en el presente trabajo. La citada sentencia ha provocado unas repercusiones importantes desde el punto de vista práctico, las cuales también serán objeto de análisis en la presente obra.

II. DESCRIPCIÓN DE LA NORMATIVA EN CONTADICCIÓN

Toda la problemática en torno a la que giran los efectos de restitución de una cláusula suelo cuando la misma es declarada abusiva afecta fundamentalmente a las normas jurídicas de dos ordenamientos, el de carácter comunitario y, el otro, propia del ordenamiento jurídico español.

1. Normativa propia de la Unión Europea

La norma comunitaria afectada es la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. El objetivo de la citada norma viene expresado en su artículo primero, siendo concretamente, aproximar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores.

⁵ BLANCO GARCÍA, A.:” Conflictos bancarios con consumidores: ¿Un mal endémico o un mal común?, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 21, Enero, 2016, p. 236.

Es el artículo 3 de la norma comunitaria, es el que establece que se entiende por cláusula abusiva, de suerte tal que, para que una cláusula suelo, como es el caso que centra el presente trabajo, sea merecedora de tal declaración, debe tratarse de una cláusula contractual que no se haya negociado individualmente, causando en detrimento del consumidor⁶ un desequilibrio importante⁷ entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato. Además, se considera que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión⁸.

El artículo 4 establece que, el carácter abusivo de una cláusula contractual, en el presente trabajo, las cláusulas de limitación del tipo de interés variable, se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa. El punto segundo del precepto, establece 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, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible.

Además, es otra exigencia comunitaria, la redacción de manera clara y comprensible⁹ de las cláusulas por parte del profesional hacia el consumidor en los casos que éste último, no pueda condicionar el contenido de las mismas individualmente.

Pero, el precepto más sujeto a interpretación por parte del TJUE como se analizará en el presente trabajo, es concretamente el artículo 6 de la Directiva

⁶ Es el artículo 2.b) de la Directiva 93/13 la que establece el concepto de consumidor: “Toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional”. Además, cuando se haga referencia en determinadas ocasiones al término profesional en la presente obra, debe notarse que el mismo hará referencia a las entidades bancarias que imponían a sus consumidores las cláusulas suelo. Es el artículo 2.c) de la Directiva la que proporciona un concepto de profesional, siendo el mismo: “Toda persona física o jurídica que, en las transacciones reguladas por la presente Directiva, actúe dentro del marco de su actividad profesional, ya sea pública o privada”.

⁷ El concepto de desequilibrio importante aludido por la Directiva comunitaria, se encuentra desarrollado en la obra de MARTÍNEZ ESPÍN, P.: “Concepto de “Desequilibrio importante” del art. 3.1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en contratos con Consumidores”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 9, 2014, pp. 189-192.

⁸ Un concepto de contrato de adhesión puede encontrarse en la obra de BLANCO GARCÍA, A.: “Los 20 años de regulación de las cláusulas abusivas”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 15, enero, 2013, p. 69, siendo aquellos contratos donde el consumidor se “limita a dar su consentimiento en los casos en que quiera adquirir el bien o el servicio, no disponiendo de capacidad para negociar el contenido del clausulado contractual, lo que puede conllevar una situación de desequilibrio en el régimen de derechos y obligaciones entre ambas partes”.

⁹ Artículo 5 de la Directiva 93/13: “En los casos de contratos en que todas las cláusulas propuestas al consumidor o algunas de ellas consten por escrito, estas cláusulas deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensible. En caso de duda sobre el sentido de una cláusula, prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor”.

comunitaria. La citada norma añade que 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 celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas. El legislador comunitario incluyó este precepto “tratando de reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que puede establecer la igualdad entre las partes”¹⁰. En efecto, según lo anterior, son los estados miembros los queden en función de sus propias normas internas conseguir que ante una cláusula suelo declarada abusiva, sus efectos *no vinculen* al consumidor. Son, precisamente, los efectos de esta *no vinculación*, los que no vienen previstos en la normativa comunitaria, realizando la misma, una remisión a al derecho de los estados miembros.

2. Normativa propia del estado de España

Es el momento, de analizar la normativa española en relación a los efectos que se desprenden de la declaración de abusiva de una cláusula contractual. El Código civil español del año 1889, regula dicha cuestión en su artículo 1303, considerando que “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 de los intereses”¹¹. De lo anterior se desprende que, en el caso de que una cláusula suelo fuera declarada abusiva, la entidad bancaria en cuestión, deberá devolver lo pagado de más por parte del consumidor, más intereses legales correspondientes¹².

En España, la norma fundamental de defensa de los consumidores y usuarios, es el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre¹³ (en acrónimo LDCU), que establece en su artículo 82, “se considerarán abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe, causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las que partes que se deriven del contrato”. Además, en el caso del presente estudio, si una cláusula

¹⁰ PASCUAL SERRATS, R.: “La oposición a la ejecución hipotecaria y las cláusulas abusivas. comentario a la stjue de 14 de marzo de 2013 (TJCE 2013, 89). Caso Mohamed Aziz contra Catalunya Caixa (Asunto C-415/11)”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 19, enero, 2015, p. 690.

¹¹ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. «BOE» núm.. 206, de 25/07/1889.

¹² Pues bien, dicho razonamiento no es el mismo que utilizó el Tribunal Supremo en su sentencia de 9 de mayo de 2013, ya que consideró que las denominadas cláusulas suelo, solo originaban derecho a devolver las cantidades satisfechas en demasía por los usuarios desde dicha fecha y, no desde el origen del contrato hipotecario. Dicho argumento fue confirmado por el mismo órgano en su sentencia de 25 de marzo de 2015, cuestión que no fue compartida por el juzgado de lo Mercantil de Granada ni, por la Audiencia Provincial de Alicante que, consideraban que dicha limitación provocaba un incumplimiento del artículo 6 de la Directiva 93/13/CEE, emitiendo por tanto, la correspondiente cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la UE.

¹³ Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. «BOE» núm. 287, de 30/11/2007.

suelo es declarada abusiva, debe resaltarse el contenido del artículo 83, estableciendo que la misma será nula de pleno derecho y se tendrá por no puesta.

También debe destacarse el contenido de la Ley 7/1998 sobre Condiciones Generales de la Contratación, de 13 de abril de 1998¹⁴, concretamente su artículo 5 que establece que, “la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez”. De lo anterior se extrae que, las cláusulas de limitación del tipo de interés variable, concebidas en la práctica como auténticas condiciones generales¹⁵ impuestas a todos los consumidores, deben cumplir con los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez, siendo concretamente el criterio de la transparencia, donde como después se expondrá, es el más determinante para dilucidar el carácter abusivo de las denominadas cláusulas suelo.

Para analizar el fallo en profundidad es menester realizar una cronología adecuada de los acontecimientos, tanto los ocurridos con anterioridad a la Sentencia Europea, como los desencadenados con posterioridad a la misma.

III. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 9 MAYO DE 2013

El Tribunal Supremo Español, se pronunció por primera vez sobre el carácter abusivo de las denominadas cláusulas suelo, en su sentencia 241/2013, de 9 de mayo, promovida por los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por Asociación de Usuarios de los Servicios Bancarios, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección Quinta) el día siete de octubre de dos mil once, en el recurso de apelación 1604/2011, interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil número 2 de Sevilla en los autos juicio verbal 348/2010.

La sentencia de primera instancia, declaró abusivas las denominadas cláusulas abusivas al tratarse de una condición general de la contratación impuesta al consumidor hipotecario, que no reunía los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez exigidos por el artículo 5 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación Española, expuestos con anterioridad en el presente artículo. Pero, la Audiencia Provincial de Sevilla, a instancia del recurso presentado por las entidades bancarias implicadas, considera que las cláusulas suelo no deben ser considerados abusivas. Era

¹⁴ Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación. «BOE» núm. 89, de 14 de abril de 1998.

¹⁵ Una aproximación al concepto de condición general de la contratación puede encontrarse en la obra de ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: “Función económica y naturaleza jurídica de las condiciones generales de la contratación”, en AAVV., *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, (coordinador J.A., ÁGUILA-REAL), Cívitas, Madrid, 2002, p. 76, considerando a las mismas como “instrumentos de racionalización vía estandarización: reducen los costes de celebración y regulación de los contratos; favorecen la división de tareas entre los miembros de la organización empresarial; facilitan la coordinación y hacen posible el cálculo anticipado del coste de producción de los bienes y servicios que ofrece la empresa y contribuyen a la creación de un derecho supletorio y con ello a aumentar la seguridad jurídica de las transacciones”.

necesaria, una primera interpretación del Tribunal Supremo, aunque como después se expondrá, dicha interpretación fue objeto de numerosa crítica y porque no decirlo, es merecedora a juicio del que escribe estas líneas, de dicha controversia.

En su sentencia, el TS parte de la exposición de la realidad existente en los préstamos hipotecarios, los cuales, se encuentran garantizados por hipoteca, siendo préstamos retribuidos en los que el prestatario, además de obligarse a devolver al prestamista el capital prestado, se obliga a pagar intereses fijos o variables y es en estos últimos dónde el tipo de interés va modificándose a lo largo del tiempo, calculándose en base a dos sumandos, por un lado el índice de referencia (el más frecuente es el EURIBOR a un año) y por otro el diferencial¹⁶. Por lo que la fórmula para calcular el interés a pagar sería: interés de referencia + diferencial.

Las entidades bancarias, con el objeto de asegurar su rentabilidad, establecieron en los préstamos hipotecarios una serie de cláusulas que limitaban el tipo de interés variable a aplicar en el contrato, de suerte tal que, modificaban de facto la cantidad mensual resultante pagadera por los clientes hipotecarios. Dichas modificaciones podían situarse en las cotas superiores, resultando así las denominadas cláusulas *techo*, donde aunque subiera el índice de referencia, el mismo se encontraría situado en un máximo, o bien, las modificaciones podían situarse en las cotas inferiores, apareciendo así las denominadas cláusulas *suelo*. El efecto principal de las cláusulas suelo, era provocar que aunque el índice de referencia bajaría a un determinado porcentaje, el interés variable que debería satisfacer en sus cuotas el cliente bancario no se reduciría, debido a que se habían introducido una cláusula en su contrato que impediría dicha bajada por debajo de un porcentaje prefijado¹⁷.

El TS en el fundamento jurídico noveno de su sentencia, argumenta las razones para considerar una cláusula suelo como una condición general del contrato y, por ende, debe estar sujeta a los postulados que afecta a la regulación de las condiciones generales de la contratación. Ahora bien, en el caso de que dicha condición general del contrato fuera considerada como un elemento que describe el objeto principal del mismo, el artículo 4.2 de la Directiva comunitaria, ya citado anteriormente en el presente trabajo, impide la apreciación del carácter abusivo de la misma, siempre que la citada cláusula hubiera sido redactada de manera clara y comprensible.

Pues bien, para el TS el hecho de que una cláusula suelo sea una condición general que afecte al objeto del contrato no impide su control, aplicando a las mismas en su sentencia un doble control de transparencia consistente por un lado, en el control de incorporación, ello de acuerdo con lo que establece la LCGC¹⁸ y por otro en el control

¹⁶ Sentencia del Tribunal Supremo 241/2013, de 9 de mayo (Recurso Casación 485/2012), Fundamento de Derecho Primero.

¹⁷ MARQUÉS MOSQUERA, C.: “Las cláusulas suelo”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 1, 2014, pp. 251 – 254.

¹⁸ La redacción de las cláusulas generales tienen que ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez, estableciéndose que de lo contrario no quedarán incluidas en el contrato (art 5 y 7 LCGC).

de transparencia reforzado o específico de los contratos con consumidores, al amparo del LDCU¹⁹.

Son varias las sentencias que delimitan el concepto de transparencia²⁰. En este sentido, se puede determinar que la transparencia es el hecho que determina la licitud de la cláusula suelo en cuanto que el consumidor aprecie o no, que dicha cláusula forma parte del objeto principal del contrato, que la conozca o la pueda conocer con sencillez y que del mismo modo, conozca la carga económica que puede suponer en sus mensualidades. Por tanto, de acuerdo con lo expuesto, para que una cláusula suelo sea lícita, es necesario que el consumidor, con la información previa ofrecida por la entidad, tenga conocimiento de que esta cláusula, además de formar parte del funcionamiento del contrato, es un elemento definitorio importante del precio y de la carga que puede suponer en el precio final.

Sobre la importancia del control de transparencia, también se ha escrito que, “en lugar de apreciar que la falta de transparencia impedía la incorporación de la cláusula al contrato (lo que seguramente hubiera debido determinar la no inclusión de la cláusula de interés variable en su totalidad) o, alternativamente, que la oscuridad de la cláusula de interés debía propiciar una interpretación favorable al consumidor (por ejemplo, haciendo prevalecer el descenso del tipo que correspondiese sobre el límite de la cláusula suelo), el Tribunal Supremo se decanta por la considerar que la falta de transparencia es determinante de abusividad de la cláusula”²¹.

De acuerdo con la mencionada STS de 9 de mayo de 2013²², las cláusulas suelo, cumplen el requisito de transparencia formal exigido en el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, en cuanto que resultan inteligibles para los consumidores, pues cumplen con el requisito de redacción clara y comprensible. Sin embargo, basándose en los principios formulados por el Tribunal de Justicia en la sentencia de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb²³, el TS considera que la exigencia de transparencia del

¹⁹ Además del control de incorporación el Texto Refundido de Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios establece la necesidad de que el consumidor sea conocedor de la carga económica y jurídica de la cláusula.

²⁰ Entre otras, la Sentencia nº 406/2012 de TS, Sala 1ª, de lo Civil, 18 de Junio de 2012, Sentencia nº 464/2014 de TS, Sala 1ª, de lo Civil, 8 de Septiembre de 2014, Sentencia nº 139/2015 de TS, Sala 1ª, de lo Civil, 25 de Marzo de 2015, Sentencia nº C-92/11 de Tribunal de Justicia, 21 de Marzo de 2013, Sentencia nº C-143/13 de Tribunal de Justicia, 26 de Febrero de 2015.

²¹ CORDERO LOBATO, E.: “Nulidad de cláusulas suelo no transparentes: ¿Puede el consumidor recuperar los pagos excesivos? (STS, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2013)”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 6, 2012, pp. 129-134.

²² Un extenso comentario sobre la citada sentencia puede encontrarse en la obra de PERTÍÑEZ VILCHE, F.: “Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario”, *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, núm. 3, 2013, pp. 1 - 28. Obsérvese también la interesante obra de CAMARA LAPUENTE, S.: “El control de cláusulas abusivas sobre el precio: De la STJUE 3 junio 2010 (Caja Madrid) a la STS 9 mayo 2013 sobre cláusulas suelo”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 6, 2013, pp. 98 - 115.

²³ En esta sentencia se cuestiona cláusula contractual en la que una empresa se reserva el derecho a modificar el coste del suministro de gas y si la misma cumple las exigencias de los artículos 3 y 5 de la Directiva 93/13/CEE en cuanto a la buena fe, equilibrio y transparencia. Para determinar si el contrato expone de manera transparente el motivo y el modo de variación del coste, a fin de que el consumidor pueda prever las eventuales modificaciones, se cuestiona la falta de información sobre tal extremo antes

mencionado artículo de la Directiva 93/13, debe entenderse también en el aspecto material.

El Tribunal Supremo, consideró que se produjo una falta de transparencia material en base a los siguientes motivos²⁴: a) no existía información suficientemente clara de que se trataba de un elemento definitorio del objeto principal del contrato; b) la inserción en el contrato de las cláusulas suelo se hacía de forma conjunta con las cláusulas techo, aparentando que existía una cierta contraprestación entre ellas; c) se daba una ausencia de simulaciones de diversos escenarios relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar; d) la ausencia de información previa, clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras posibles modalidades de préstamos de la propia entidad o advertencia de que el concreto perfil de cliente no se le ofertaban las mismas; e) la ubicación de la cláusula suelo era entre una abrumadora cantidad de datos, de forma tal que quedaba enmascarada y se diluía la atención del consumidor.

La principal crítica de la presente sentencia y su debate posterior se origina en relación a los efectos que a juicio del Tribunal, deben desprenderse de la declaración de abusividad de la cláusula suelo. Es el momento de recordar dos preceptos descritos con anterioridad en el presente trabajo y que condiciona dichos efectos: El primero de ellos, es el artículo 6 de la Directiva 93/13 estableciendo que, “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 celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas” y, el segundo el artículo 1303 del CC de España, “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 de los intereses”.

Pues bien, para el TS interpretando dichos preceptos, el efecto de la declaración de abusiva de una cláusula suelo debía ser la devolución de las cantidades pagadas en demasía por los clientes bancarios, pero solamente, desde la fecha de publicación de su sentencia. Es decir, de forma sorprendente, los efectos restitutorios fueron limitados²⁵ a la fecha de publicación de la sentencia con fundamento en el principio de seguridad jurídica y la alteración del denominado orden publico²⁶ económico, basándose en la

de la celebración del contrato. Determinándose falta de transparencia material, debido a que esta falta de información inicial no es ni compensada con información “*a posteriori*” del cambio del coste, ni con el derecho a rescindir el contrato en caso de no querer tal modificación.

²⁴ Según un Auto de aclaración de la STS, esta relación de circunstancias no supone una lista cerrada.

²⁵ Una crítica a esta limitación temporal de los efectos retroactivos puede verse en la obra de HERNÁNDEZ GUARCH, C.: “La sentencia del tribunal supremo de 9 de mayo de 2013. La sorpresiva declaración de irretroactividad de las cantidades abonadas”, *Revista CESCO de derecho de consumo*, núm. 6, 2013, pp.134-169.

²⁶ LLAMAS POMBO, E, en su obra “La nulidad de las clausulas suelo”, *Ars Iuris Salmanticencis*, núm. 1, 2013, pp.11-17, se pregunta sobre si la no devolución de todas las cantidades satisfechas en demasía por parte de los clientes bancarios no supondría también una alteración del orden publico

STS de 13 de marzo de 2012²⁷ en la que también se limitaban los efectos de nulidad de las cláusulas objeto del litigio. Parecía bastante desacertada dicha decisión, debido al posible incumplimiento del artículo 6.1 de la Directiva Comunitaria, ya que, al establecer dicha decisión, lógicamente dicha cláusula abusiva estaba *vinculando* al consumidor.

Mediante un ejemplo práctico se observa mejor el perjuicio al consumidor: Si una persona contenía en su contrato de préstamo hipotecario una cláusula suelo que limitaba el tipo de interés variable a un 3%, y el índice de referencia utilizado, imagínense el EURIBOR, se encontraba a un 1%, la diferencia del 2%, abonada en demasía por los clientes mensualmente, solo podría ser devueltas desde el día 9 de mayo de 2013, fecha de publicación de su sentencia y, no desde la fecha de suscripción del contrato. De lo anterior se extrae, por ejemplo que, si dicha persona lleva desde el año 2008 pagando más de lo que debería, se le prohíbe recuperar esas cuantías correspondientes a 5 años, es decir, cantidades relativas a 60 meses.

IV. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 25 DE MARZO DE 2015

El Tribunal Supremo de España vuelve a pronunciarse sobre las cláusulas suelo en su sentencia 139/2015 de 25 de marzo²⁸, ratificándose en lo expuesto en su sentencia de 2 años atrás. En la misma, lo más novedoso que se debe destacar respecto a la anterior, es que resuelve el ejercicio de una acción individual de declaración de nulidad de la cláusula suelo de un contrato de préstamo hipotecario, frente a la anterior que se trataba de una acción colectiva interpuesta por una asociación de defensa de consumidores y usuarios. En el caso concreto, se dictó en primera instancia sentencia estimatoria de la pretensión del prestatario, la cual fue confirmada en apelación por sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, que desestimó el recurso interpuesto por la entidad bancaria. Contra esta segunda sentencia, la entidad demandada interpuso ante el Tribunal Supremo recursos extraordinario por infracción procesal y de casación.

económico. Concretamente, establece la siguiente pregunta, “¿O es que el pago por un ciudadano, durante años, de un tipo de interés que la propia resolución declara abusivo (puesto que la cláusula que lo establece lo es), no ha afectado, y de qué manera, al orden público económico?”, p. 18. En otros ordenamientos distintos al español, se utiliza el concepto de orden público como herramienta de protección al consumidor, como muestra el interesante análisis de la normativa argentina de protección a los consumidores realizado en la obra de EDUARDO TAMBUSI, C.: “El principio de orden público y el régimen tuitivo consumidor en el derecho argentino”, *Lex*, núm. 14, 2016, pp. 65 - 85.

²⁷ La STS 118/2012, de 13 de marzo, analiza un caso de nulidad de condiciones abusivas en las que se impone junto con la contratación de suministros de canales y servicios digitales ofertados, el uso oneroso de un instrumento accesorio no solicitado (el descodificador). El alto Tribunal determina la nulidad de las cláusulas, sin que proceda la devolución por la parte actora de las cantidades reclamadas, debido a que estas, constituyeron la adecuada contraprestación por el continuado uso de los aparatos de los que disfrutaron los abonados.

²⁸ Una opinión cualificada sobre la presente sentencia puede encontrarse en la obra de la magistrada MARTÍNEZ GALLEGU, E.: “Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Pleno), de 25 de marzo”, *Ars Iuris Salmanticensis*, núm. 3, diciembre, 2015, pp. 306 - 308.

La sentencia del año 2015, “pretendía poner fin, de esta manera, al debate que se había abierto sobre si la irretroactividad que fue acordada en la Sentencia de 9 de mayo de 2013 era predicable únicamente cuando se trataba del ejercicio de una acción colectiva de cesación o, si también resultaba de aplicación en caso de entablarse por el consumidor una acción individual de declaración de nulidad, y que había dado lugar a soluciones dispares por parte de los Juzgados y Tribunales”²⁹.

En su fundamento jurídico noveno, el TS vuelve a razonar sobre la limitación de los efectos restitutorios de una cláusula suelo declarada abusiva, considerando que, existen una serie de ejemplos normativos en el ordenamiento jurídico donde se reconocen dichas limitaciones, como pudiera ser la legislación administrativa o incluso, destacando la existencia de sentencias del Tribunal Constitucional en dicho sentido.

Las críticas siguieron incrementándose en relación a la interpretación de la restitución limitada de las cantidades pagadas por los consumidores hipotecarios, algunas de las cuales consideraban que, “la propia naturaleza de la invalidez, en grado de nulidad, de la cláusula suelo –que por ello ha de tenerse por no puesta, según la legalidad protectora de los consumidores–, comporta la consecuencia de la restitución de las cantidades pagadas por el prestatario del crédito hipotecario por efecto de dicha cláusula, conforme al Código Civil (art. 1303), que así lo establece en cumplimiento de un estricto deber de justicia. Por ello, y dado que el fundamento de la restitución –según reiterada jurisprudencia del propio TS citada anteriormente– es evitar el enriquecimiento injusto –que en este caso, se produciría evidentemente a favor de la entidad bancaria–,”³⁰.

Fruto de lo anterior, y considerando por parte de parte de los académicos y de los Tribunales menores existentes en el orden jurisdiccional de España, la existencia de una posible vulneración del artículo 6.1 de la Directiva 93/13, en el sentido de la *no vinculación* de los efectos de una cláusula abusiva al consumidor, se decide presentar una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. La cuestión prejudicial fue planteada por el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Granada mediante auto de 25 de marzo de 2015, debido a la reclamación por parte de un cliente hipotecario frente a la entidad bancaria Cajasur, de la devolución de todas las cantidades satisfechas en virtud de dicha cláusula abusiva y, por el mismo motivo, por parte de la Audiencia Provincial de Alicante, mediante auto de 15 de junio de 2015.

V. LAS CONCLUSIONES EMITIDAS POR EL ABOGADO GENERAL DE LA UNIÓN

El Abogado General del TJUE analiza en sus conclusiones aportadas el 13 de julio de 2016, la cuestión prejudicial citada con anterioridad, relativa a la interpretación

²⁹ COHEN BENCHETRIT, A.: “Cláusula suelo: a vueltas con la devolución de cantidades”, *Revista Lex Mercatoria*, núm. 1, 2015, p. 15.

³⁰ LÓPEZ CANOVAS, A.:” La sentencia del Tribunal Supremo nº 139/2015, de 25 de marzo, denegatoria del efecto restitutorio de la declaración de nulidad de la cláusula suelo”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm.5, 2015, p. 5.

del artículo 6 de la Directiva 93/13 CEE, en relación a la posibilidad de los ordenamientos jurídicos de los estados miembros, de limitar los efectos restitutorios cuando una cláusula es declarada abusiva.

En su conclusión número 61, el Abogado General, considera que la normativa comunitaria en discusión, establece la obligación de que cuando una cláusula impuesta a un consumidor es declarada abusiva, la misma *no vinculará* la relación jurídica subyacente, pero que, “el Tribunal de Justicia de la Unión no ha hecho mayores precisiones en cuanto al modo en que los ordenamientos jurídicos nacionales deban configurar la falta de fuerza vinculante. Probablemente no les corresponda hacerlo, ya que las particularidades de esa organización deben ser decididas por los propios Estados miembros”³¹.

Continuando con la anterior argumentación, el Abogado General considera que será el ordenamiento jurídico interno de España, el que determine el grado de sanción de una cláusula abusiva interpuesta a un consumidor, siempre y cuando, dicho ordenamiento respete el contenido de dos principios fundamentales, como son el principio de *equivalencia*³² y el denominado principio de *efectividad*. En este mismo sentido se pronuncia algún autor, “correspondía al ordenamiento jurídico interno precisar las condiciones de eficacia de las declaraciones de nulidad, garantizando, en todo caso, el respeto de los principios de equivalencia y de efectividad del Derecho de la Unión Europea”³³.

El principio de *equivalencia* exige que, “la norma nacional de que se trate se aplique indistintamente a los recursos basados en la vulneración del Derecho de la Unión y a los que se fundamentan en el incumplimiento del Derecho interno y que tengan un objeto y una causa semejantes”³⁴. En función de lo expresado con anterioridad, el Abogado General considera probado que la interpretación realizada por el Tribunal Supremo de España en sus sentencias del año 2013 y del año 2015, de limitar los efectos de la restitución de las cantidades a devolver por las entidades bancarias por la aplicación de las cláusulas abusivas suelo, no supone una vulneración del principio de equivalencia, ya que, “el Tribunal Supremo no reserva la posibilidad de limitar los efectos en el tiempo de sus sentencias a los litigios en los que resulta aplicable el Derecho de la Unión y que ya ha recurrido esa posibilidad en controversias puramente internas”³⁵.

³¹ Conclusiones del Abogado General de la Unión Europea de 13 de julio de 2016.

³² Algunas referencias más exactas al principio de equivalencia, pueden encontrarse en la obra de MUÑOZ MACHADO, S.: “Los tres niveles de garantías de los derechos fundamentales en la unión europea: Problemas de articulación”, *Revista de Derecho Comunitario*, núm. 50, enero-abril, 2015, pp. 195 - 230.

³³ TAPIA HERMIDA, A.: “Cláusulas suelo: la retroactividad de las declaraciones judiciales de nulidad, por abusivas, de dichas cláusulas al momento de la contratación de los préstamos”, *La Ley Unión Europea*, núm. 45, febrero, 2017, p. 2.

³⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 27 de febrero de 2014. Asunto “Pohotovost”, apartado 47.

³⁵ Conclusión 69 del Abogado General de la Unión Europea de 13 de julio de 2016.

El principio de *efectividad* por su parte, establece la necesidad de que, “en los casos que se plantee la cuestión de si una disposición procesal nacional hace imposible o excesivamente difícil en la práctica el ejercicio de los derechos que atribuye a los particulares el ordenamiento jurídico comunitario deben también analizarse teniendo en cuenta el lugar que ocupa dicha disposición dentro del conjunto del procedimiento, de su desarrollo y de sus peculiaridades ante las distintas instancias nacionales. Desde esta perspectiva, procede tomar en consideración, en su caso, los principios sobre los que se basa el sistema jurisdiccional nacional, tales como la protección del derecho de defensa, el principio de seguridad jurídica y el buen desarrollo del procedimiento”³⁶. Para el Abogado General de la Unión, dicho principio no queda vulnerado por la limitación en el tiempo de los efectos de la restitución, ya que, “no se hace evidente que, para restablecer el equilibrio entre el consumidor y el profesional, resultara necesario, o incluso posible, en cada caso, devolver todas las cantidades abonadas en virtud de una cláusula suelo”³⁷.

En función de los criterios expresados con anterioridad, el Abogado General en su conclusión número 75 estableció como valoración personal que, la decisión del Tribunal Supremo Español de limitar en el tiempo los efectos de la declaración de nulidad de las cláusulas abusivas no provoca una vulneración de la normativa comunitaria, en concreto, de los postulados establecidos en la Directiva 93/13 CEE.

VI. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN

1. Introducción al problema jurídico discutido

El 21 de diciembre del año 2016, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea emite su sentencia³⁸, en relación a la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Granada mediante auto de 25 de marzo de 2015, debido a la reclamación por parte de un cliente hipotecario de la devolución de todas las cantidades satisfechas en virtud de dicha cláusula abusiva y, por el mismo motivo, por parte de la Audiencia Provincial de Alicante, mediante auto de 15 de junio de 2015.

El objeto fundamental de la cuestión prejudicial era, como ha quedado de relieve en el presente artículo, la interpretación del alcance del artículo 6.1 de la Directiva 93/13, en el sentido de la obligación de *no vinculación* de los efectos que una cláusula

³⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de octubre de 2009. Asunto “Pontin”, apartado 47.

³⁷ Conclusión 73 del Abogado General de la Unión Europea de 13 de julio de 2016.

³⁸ Un exhaustivo análisis de la Sentencia puede encontrarse en la obra del catedrático CÁMARA LAPUENTE, S.: “Doce tesis sobre la STJUE de 21 de diciembre de 2016: Su impacto en la jurisprudencia del TJUE y del TS, no sólo sobre la retroactividad de las cláusulas suelo”, *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, núm.1, 2017, pp. 1 - 31. Del mismo modo, obsérvese también la obra del Director General de los Registros y del Notario de España, GÓMEZ GÁLLIGO, J.: “Comentarios a la sentencia del tribunal de justicia de la unión europea de 21 de diciembre de 2016”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, núm. 1, marzo, 2017, pp. 430-443.

declarada abusiva puede provocar a los consumidores³⁹. En el caso objeto de la sentencia, se debe recordar que el Tribunal Supremo Español consideró en dos ocasiones que una limitación en los efectos temporales de la restitución económica que deben realizar las entidades bancarias frente a los clientes afectados por una cláusula suelo abusivo, no era contrario a las exigencias comunitarias comprendidas en el artículo 6.1 analizado anteriormente.

El TJUE después de analizar los antecedentes que han provocado su sentencia, empieza a analizar el alcance del tal artículo comunitario en contradicción, es decir, el artículo 6.1 de la Directiva 93/13. Para el Tribunal, dicho precepto tiene la naturaleza de una norma de orden público y, se trata de una norma de carácter imperativo que “pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda reestablecer la igualdad entre éstas”⁴⁰.

Para el TJUE, las implicaciones de que una cláusula suelo sea declarada abusiva, en función de lo establecido en el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, es la consideración de que la misma nunca ha existido, de suerte tal que, “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”⁴¹. Es decir, de lo anterior se puede extraer que, las entidades bancarias deben devolver a los clientes bancarios las cantidades afectadas por las cláusulas suelos abusivas, cuestión compartida por el Tribunal Supremo de España en sus sentencias.

2. La prohibición de limitar temporalmente los efectos restitutorios

Una vez establecido el principal efecto que lleva consigo la declaración de abusividad de una cláusula, el Tribunal debía argumentar en relación a la limitación de los efectos de la restitución económica establecida por el Tribunal Supremo. Lo cierto es, que de acuerdo con el contenido del artículo 6.1 de la Directiva 93/13, los efectos de la ya famosa, *no vinculación*, deben establecerse en las condiciones estipuladas por los Derechos de los estados miembros. ¿Era para el TJUE comprensible dicha limitación temporal restitutoria, de acuerdo con la remisión al Derecho de los estados miembros

³⁹ Artículo 6.1 de la Directiva 93/13 CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores: “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 celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas”.

⁴⁰ Considerando 55 de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 21 de diciembre de 2016, en los asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15 en el procedimiento de cláusulas suelo.

⁴¹ Considerando 61 de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016.

del precepto comunitario? La respuesta otorgada por el TJUE no puede ser más clara, NO⁴².

En efecto, aunque corresponda a los Derechos nacionales, precisar las condiciones por las que se materialicen los efectos jurídicos derivados de la declaración de abusividad de una determinada cláusula contractual, “no es menos cierto que la declaración del carácter abusivo de la cláusula 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 en detrimento del consumidor en virtud de la cláusula abusiva”⁴³. Como considera algún autor, “la consecuencia inevitable de este razonamiento es la restitución total de las cantidades indebidamente satisfechas por el consumidor, es decir la *restitutio in integrum*”⁴⁴.

De lo anterior se extrae que, para el TJUE una limitación temporal de la cantidad que debe ser devuelta por las entidades bancarias a los consumidores afectados, no produciría una verdadera eliminación de las condiciones de vinculación de la cláusula en los contratos hipotecarios. Es decir, si se recuerda el ejemplo práctico expuesto en el apartado referido a la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, para el TJUE el consumidor debe poder reclamar y tiene derecho a que se le devuelvan todas las cantidades satisfechas en demasía por aplicación de la cláusula suelo abusiva, desde el mismo momento de constitución de su préstamo hipotecario y, no desde el día 9 de mayo de 2013, fecha de entrada en vigor de la Sentencia del Tribunal Supremo. Además, toda declaración que permitiera dicha limitación restitutoria supondría en la práctica un beneficio para el autor del perjuicio económico, es decir, la entidad bancaria. Así se pronuncia también, algún autor al considerar que, “la admisión de una nulidad sin plenos efectos restitutorios, lejos de disuadir la inclusión de cláusulas abusivas en sus contratos, podría ser un incentivo para los profesionales para lo contrario, puesto que podrían esperar que si una cláusula incluida en sus contratos fuera declarada abusiva por una resolución judicial, al menos habría producido el efecto querido por el profesional hasta ese momento”⁴⁵.

⁴² Obsérvese también la obra de CALLEJO CARRIÓN, S.: “A propósito de la cláusula suelo y la historia de un desencuentro: Tribunal de Justicia de la Unión Europea vs. Tribunal Supremo”, *Revista Lex Mercatoria*, núm. 4, 2017, pp. 21-24, se califica la respuesta del TJUE como *contundente*: “La Sentencia del Tribunal de Luxemburgo es *contundente*: la retroactividad media que declara el TS en su sentencia de 25 de marzo de 2015, confirmando la de 9 de mayo de 2013 en cuanto a las condiciones de nulidad de la cláusula suelo, es contraria al Derecho de la Unión porque equivale a privar con carácter general a todo consumidor que haya celebrado un contrato de préstamo hipotecario antes de la STS de 9 de mayo de 2013 a obtener la restitución íntegra de las cantidades que haya abonado indebidamente a la entidad bancaria.

⁴³ Considerando 66 de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016.

⁴⁴ TÁSIES, R.: “Retroactividad de las cláusulas suelo”, *Diario La Ley*, núm. 8887, diciembre, 2016, p. 6.

⁴⁵ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F.: “Algunas notas sobre la STJUE 21 de diciembre 2016”, *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, núm. 1, 2017, p. 7.

Así, en su considerando 75, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea resolvió la cuestión prejudicial indicando la interpretación correcta del artículo 6.1 de la Directiva 93/13, debiendo 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, 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”. Se debe recordar como establece algún autor que, dicha interpretación es obligatoria para todos los estados miembros, de suerte tal que, “la aplicación uniforme y general del Derecho en la UE, exige que el TJUE sea el único que pueda 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”⁴⁶.

VII. CONSECUENCIAS DERIVADAS DE LA SENTENCIA DEL TJUE

1. El efecto de seguridad jurídica creado por el Tribunal Comunitario

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión, ha resuelto un problema jurídico de importante índole práctica existente en los contratos hipotecarios en España. En efecto, la declaración de ser contraria a la normativa comunitaria de protección de consumidores, una limitación de los efectos restitutorios de las cantidades abonadas por los clientes hipotecarios como consecuencia del establecimiento de una cláusula suelo, no puede ser más acertada, a juicio del que escribe el presente artículo. La razón es muy simple, ya que, cualquier solución que hubiera permitido tal limitación, hubiera correspondido atentar contra un principio consagrado en todos los ordenamientos jurídicos civilizados del mundo, el *principio de seguridad jurídica*⁴⁷. ¿Qué nivel de protección de un consumidor se desprendería de una decisión que no compeliere a las entidades bancarias a devolver a sus clientes, todas las cantidades abonadas injustamente por los mismos? Realmente, el fallo del TJUE es más propio de unos juzgadores con sentido común, cualidad que, parece ser menos habitual en los miembros de un Tribunal.

Ahora bien, a pesar de que la mayoría de la doctrina celebra la sentencia objeto de estudio, como no, existen voces discordantes con la misma. En efecto, algún autor considera que la misma adolece de dos fallos considerables: El primero de ellos, referido a la falta de argumentación de la sentencia a las excepciones de orden público económico, como elementos justificativo de la restricción de la restitución, alegada por

⁴⁶ GONZÁLEZ CARRASCO, C.: “STUE 21.12.2016: Retroactividad ¿Absoluta? De efectos de la declaración de nulidad de cláusulas abusivas”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 20, 2016, p. 40.

⁴⁷ Artículo 9.3 de la Constitución Española. «BOE» núm. 311, de 29 de diciembre de 1978: “La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.

la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 y, el segundo, relativo a la posible extralimitación del TJUE al responder las cuestiones prejudiciales, ya que, podrían no haber entrado dentro de su competencia⁴⁸.

No puede el autor de estas líneas, estar de acuerdo con la anterior opinión, ya que, en relación con el primer motivo, parece lógico pensar que, el propio sentido común de los juzgadores evitan que se pronuncien sobre una justificación tan pobre legalmente, como es la relativa al orden público económico, como causa de las restricción de la limitación de la restitución económica. Y en lo referente al segundo motivo, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea confiere en su artículo 267, ya expuesto con anterioridad en el presente trabajo, la facultad de interpretar el Derecho de la Unión, cuando un Tribunal Nacional albergue dudas sobre su aplicación y, en el caso del presente estudio, las dudas suscitadas por la decisión del Tribunal Supremo eran públicas y notorias.

2. Las sombras derivadas del pronunciamiento con importante trascendencia práctica

Ahora bien, con independencia de lo anterior, existen una serie de sombras que pueden desprenderse de la sentencia, siendo la más importante, la siguiente, ¿Qué ocurrirá con las personas que hubieran demandado a sus entidades bancarias antes del fallo del TJUE y se les hubiera reconocido el derecho a la restitución de las cantidades abonadas desde el día 9 de mayo de 2013? La respuesta a esta cuestión es compleja y quedará supeditada a la forma de entender la cuestión por parte de los Tribunales Nacionales Españoles. En efecto, podría entenderse que si dichos clientes con una sentencia favorable, aunque con efectos restitutivos limitados, deciden volver a presentar otra demanda reclamando el resto de cantidades desde el inicio de constitución del préstamo hipotecario, la misma sea inadmitida por la regla procesal de los efectos de *cosa juzgada*⁴⁹ con anterioridad. Algún autor considera que dichos efectos de cosa juzgada pueden ser evitados, de suerte tal que, “a la vista de la configuración de la nueva demanda y, particularmente, de su suplico, pondrían plantearse dudas sobre la identidad objetiva entre ambos procesos como requisito esencial para apreciar aquel obstáculo a la demanda”⁵⁰.

Otra de las posibles sombras pueden encontrarse en los casos donde el consumidor hubiera llegado a un acuerdo con la entidad bancaria⁵¹, antes de conocer el

⁴⁸ Véase la obra de PAZOS CASTRO, R.: “La retroactividad de la nulidad de la cláusula suelo según el TJUE: Luces y sombras”, *La Ley Unión Europea*, núm. 45, febrero, 2017, pp. 1 a 20.

⁴⁹ Artículo 222 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. «BOE» núm. 7, de 08/01/2000. La cosa juzgada de las sentencias firmes, sean estimatorias o desestimatorias, excluirá, conforme a la ley, un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquélla se produjo.

⁵⁰ TAPIA HERMIDA, A.: “Cláusulas suelo: La retroactividad de las declaraciones judiciales de nulidad, por abusivas, de dichas cláusulas al momento de la contratación de los préstamos”, *La Ley Unión Europea*, núm. 45, febrero, 2017, p. 9.

⁵¹ Esta cuestión es tratada en mayor profundidad en la obra de HERRERA SÁNCHEZ, J.: “De la sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016, al Real Decreto Ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo, ¿Y ahora qué?”, *Diario la Ley*, núm.8928, febrero, 2017, pp. 1 a 13.

mismo que, ostentaba el derecho a reclamar las cantidades desde el inicio del préstamo hipotecario y no desde el día 9 de mayo de 2013. Realmente, este supuesto, debería resolverse a través de las normas de Derecho de Contratos existentes en el Código civil Español de 1889, ya que, se trataría de un contrato privado entre dos partes, el cual podría ser objeto de rescisión en caso de apreciarse la concurrencia de dolo por parte de las entidades de crédito. Tampoco se debe olvidar el contenido del artículo 1288 del CC que establece “la interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad”.

Tampoco se deben obviar los casos de procedimiento judiciales ya iniciados donde la defensa técnica de los clientes bancarios hubieran pedido en sus demandas la devolución de las cantidades desde el 9 de mayo de 2013 y no en su totalidad. En este caso, como establecen voces destacadas, “cuestión diferente es, si el tribunal podría acordar la devolución íntegra si solo se hubiera pedido con efectos desde el 9 de mayo de 2013. Parece que en estos casos, la jurisprudencia del TJUE no puede servir, de forma sobrevenida, para que un tribunal conceda, de oficio, más de lo pedido; de hacerlo, la sentencia sería incongruente (*ultra petitum*)”⁵². Realmente, en este caso los Tribunales si están realizando pequeñas excepciones, destacando por ejemplo el contenido de la sentencia 61/2017 de 1 de marzo, del juzgado de primera instancia número 3 de Badajoz, donde a pesar de que la actora solo solicitó los efectos restitutorios desde la fecha señalada por el Tribunal Supremo, el Juzgado abrió de oficio un trámite de alegaciones por si alguna de las partes quería realizar algún comentario respecto de la sentencia del TJUE que había surgido durante la pendencia del proceso.

3. El mecanismo extrajudicial de reclamación de cláusulas suelo

Otras de las consecuencias de la STJUE de 21 de diciembre de 2016, fue la promulgación del Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo⁵³ (en adelante RDL 1/2017), el cual, tiene como objeto el establecimiento de medidas que faciliten la devolución de las cantidades indebidamente satisfechas por el consumidor a las entidades de crédito en aplicación de determinadas cláusulas suelo contenidas en contratos de préstamo o crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria⁵⁴. El motivo de su creación, estriba en que el reciente pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea suponga el incremento de las demandas de consumidores afectados solicitando la restitución de las cantidades pagadas en aplicación de las cláusulas suelo, resultando de urgente necesidad arbitrar un cauce sencillo y ordenado, de carácter voluntario para el consumidor, que facilite que pueda llegar a un acuerdo con la entidad de crédito que les

⁵²CAÑIZARES LASO, A.: “Efectos restitutorios de la nulidad de la cláusula suelo. STJUE de 21 de diciembre de 2016”, *Revista de Derecho Civil*, núm. 4, octubre-diciembre, 2016, p. 120.

⁵³ Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo. «BOE» núm. 18, de 21 de enero de 2017.

⁵⁴ Un comentario sobre la repercusión práctica del RDL, puede encontrarse en la obra del abogado, VILLAPLANA RUIZ, J.: “Espejismos normativos: apuntes críticos al Real Decreto-Ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de Cláusulas Suelo”, *Diario La Ley*, núm. 8907, enero, 2017, pp. 1-6.

permita solucionar sus diferencias mediante la restitución de dichas cantidades, como se desprende del propio RDL 1/2017.

Mediante el mismo, se articula un sistema extrajudicial de reclamación ante las entidades bancarias por parte de los clientes hipotecarios afectados por la presencia de cláusulas suelo en sus contratos hipotecarios. En efecto, el RDL 1/2017 establece en su artículo tercero que una vez aportada reclamación por parte del consumidor, la entidad de crédito deberá efectuar un cálculo de la cantidad a devolver y remitirle una comunicación al consumidor desglosando dicho cálculo; en ese desglose la entidad de crédito deberá incluir necesariamente las cantidades que correspondan en concepto de intereses. El plazo máximo para llegar a un acuerdo entre el hoy aquí solicitante y la entidad bancaria será de 3 de meses desde la presentación de la reclamación, como marca el punto cuarto del artículo 3 del Real Decreto citado con anterioridad.

Ahora bien, existe la posibilidad de que las entidades bancarias rechacen por completo la solicitud del consumidor hipotecario, al considerar por ejemplo que la cláusula suelo existente en su préstamo sí supera los límites de la transparencia expresados por el Tribunal Supremo Español de su sentencia de 9 de mayo de 2013. En dichos casos, en virtud del artículo 3.4 del RDL 1/2017, se extinguiría el proceso y se podría interponer demanda ante los Tribunales; eso sí, en caso de que se produjera una condena fallando a favor del consumidor, la entidad bancaria probablemente será condenada a abonar las costas del proceso, debido a la posible apreciación de mala fe por su parte⁵⁵.

A pesar de que buena parte de la doctrina valora positivamente el RDL 1/2017, existe también una crítica fundada en la escasa obligatoriedad del mismo a las entidades bancarias, ya que como se expresó anteriormente, pueden rechazar valorar la solicitud del cliente, sin necesidad de motivar en demasía dicha decisión. Así, aparecen voces que consideran “creemos en opinión subjetiva que posiblemente este mecanismo introducido no será plenamente eficaz para los fines que persigue. A pesar de su sencillez, de su voluntariedad, de su gratuidad... se deja en manos de una de las partes con intereses contrapuestos la de posición más fuerte la confección y estudio de cada reclamación, se le confía la transmisión al consumidor parte débil del contrato de la precisa información a quien así le convendría a buen seguro la asistencia técnico-jurídica, ya no gratuita; y en suma no se prevé la existencia de una intervención supervisora de un tercero, que corrija eventuales excesos, que vele por la igualdad de partes”⁵⁶.

⁵⁵ Una interesante disertación sobre las costas del proceso derivadas de un litigio de las cláusulas suelo, puede encontrarse en la obra de ANCHÓN BRUÑEN, M.: “Real Decreto-Ley 1/2017, de 20 de enero: supuestos en que va a ser necesario acudir a los Tribunales para recuperar todas las cantidades indebidamente abonadas por la cláusula suelo”, *Diario La Ley*, núm. 8907, enero, 2017, p. 9.

⁵⁶ SÁNCHEZ ÁLVAREZ, E.: “Algunas consideraciones respecto al Real Decreto-Ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo”, *Diario La Ley*, núm. 8907, enero, 2017, pp. 1-13.

VII. CONCLUSIONES

Es menester realizar una serie de conclusiones que sinteticen el contenido analizado en el presente trabajo. Como se ha expuesto, la realidad de los préstamos hipotecarios en que imperaban en la práctica una serie de limitaciones de los tipos mínimos de interés variables, mediante la introducción en los mismos de las denominadas cláusulas suelo, ha provocado una enorme controversia jurídica.

En efecto, las limitaciones del tipo de interés variable mínimo, las cuales como se ha demostrado en forma de ejemplo en el presente trabajo, se introdujeron por parte de las entidades de crédito para garantizarse una rentabilidad, provocaban en el consumidor un detrimento importante en relación a la cuantía que debían abonar mensualmente en sus cuotas. Dichos efectos fueron considerados abusivos por parte del Tribunal Supremo Español el 9 de mayo de 2013, debido a la falta de transparencia con las que dichas cláusulas fueron introducidas en los contratos de préstamos hipotecarios. El 25 de marzo de 2015, el Tribunal Supremo Español volvió a ratificarse y consideró que dichas cláusulas revestían el carácter de abusivas.

A pesar de las declaraciones anteriores, como se desprende del contenido del presente trabajo, el Tribunal Supremo limitó de forma temporal, los efectos restitutorios asociados a la declaración de abusividad de una cláusula suelo, ya que consideró que las entidades bancarias solo debían devolver lo pagado de más por sus clientes desde el día 9 de mayo de 2013, y no desde el momento de constitución de sus préstamos hipotecarios.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su sentencia de 21 de diciembre de 2016, realizó una interpretación del artículo número 6 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, que establece la obligación de que una cláusula abusiva *no vincule* en sus efectos a los consumidores. Para el TJUE la restricción temporal efectuada por el TS provocaba en la práctica que los efectos de las cláusulas abusivas vincularan al consumidor, ya que no podrían reclamar las cantidades abonadas de más desde la fecha de constitución de su préstamo hipotecario hasta el día 9 de mayo de 2013.

Las consecuencias de este pronunciamiento han provocado un aluvión de demandas ante las entidades de crédito invocando dicho fallo, condenándose en una gran mayoría de los casos a devolver las citadas cantidades desde el inicio de la vida del préstamo hipotecario. Para evitar el colapso de los Juzgados, se dictó el Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo, que tiene por objeto la regulación de un mecanismo de reclamación extrajudicial, por el cual el cliente hipotecario se pueda dirigir a la entidad bancaria de forma directa.

De lo anterior se podría extraer que la STJUE sobre cláusulas suelo ha provocado una pacificación de la cuestión, y en cierta forma podría parecer así. Pero, como se ha expuesto en el presente trabajo, se desprenden una serie de consecuencias en

forma de sombras, que provocarán un debate jurisprudencial intenso e incluso en ocasiones contradictorio. ¿Qué ocurrirá con los clientes hipotecarios que con anterioridad al fallo del TJUE, hubieran obtenido una sentencia a su favor reconociéndose el abono de las cantidades solo desde el 9 de mayo de 2013? ¿Qué ocurrirá igualmente con los clientes que han llegado a un acuerdo extrajudicial con sus entidades de crédito, sin conocer que tenían derecho a reclamar todas las cantidades desde el inicio del préstamo hipotecario?

Las anteriores cuestiones provocan que no se pueda dar por cerrado el debate sobre los efectos de las cláusulas suelo, ya que, probablemente, se encuentre en su momento álgido y decisivo desde el punto de vista de su aplicación ante los Tribunales de Justicia.

BIBLIOGRAFÍA

ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: “Función económica y naturaleza jurídica de las condiciones generales de la contratación”, en AAVV., *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, (coordinador J. ÁGUILA-REAL), Cívitas, Madrid, 2002, p. 76 y ss.

ANCHÓN BRUÑEN, M.: “Real Decreto-Ley 1/2017, de 20 de enero: supuestos en que va a ser necesario acudir a los Tribunales para recuperar todas las cantidades indebidamente abonadas por la cláusula suelo”, *Diario La Ley*, núm. 8907, enero, 2017, pp.1-9.

BLANCO GARCÍA, A.: “Los 20 años de regulación de las cláusulas abusivas”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 15, enero, 2013, pp.50-75.

-”Conflictos bancarios con consumidores: ¿Un mal endémico o un mal común?, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 21, enero, 2016, pp. 230-253.

CALLEJO CARRIÓN, S.: “A propósito de la cláusula suelo y la historia de un desencuentro: Tribunal de Justicia de la Unión Europea vs. Tribunal Supremo”, *Revista Lex Mercatoria*, núm. 4, 2017, pp. 21 - 24.

CÁMARA LAPUENTE, S.: “Doce tesis sobre la STJUE de 21 de diciembre de 2016: Su impacto en la jurisprudencia del TJUE y del TS, no sólo sobre la retroactividad de las cláusulas suelo”, *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, núm. 1, 2017, pp.1-31.

-“El control de cláusulas abusivas sobre el precio: De la STJUE 3 junio 2010 (Caja Madrid) a la STS 9 mayo 2013 sobre cláusulas suelo”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 6, 2013, pp.98-115.

CAÑIZARES LASO, A.: “Efectos restitutorios de la nulidad de la cláusula suelo. STJUE de 21 de diciembre de 2016”, *Revista de Derecho Civil*, núm. 4, octubre-diciembre, 2016, pp. 103-123.

COHEN BENCHETRIT, A.: “Cláusula suelo: a vueltas con la devolución de cantidades”, *Revista Lex Mercatoria*, núm.1, 2015, pp.11-16.

CORDERO LOBATO, E.: “Nulidad de cláusulas suelo no transparentes: ¿Puede el consumidor recuperar los pagos excesivos? (STS, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2013)”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, número 6, 2012, pp. 129-134.

EDUARDO TAMBUSSI, C.: “El principio de orden público y el régimen tuitivo consumidor en el derecho argentino”, *Lex*, vol.18, núm 14, 2016, pp. 65 - 85.

GÓMEZ GÁLLIGO, J.: “Comentarios a la sentencia del tribunal de justicia de la unión europea de 21 de diciembre de 2016”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, núm. 1, marzo, 2017, pp. 430-443.

GONZÁLEZ CARRASCO, C.: “STUE 21.12.2016: Retroactividad ¿Absoluta? De efectos de la declaración de nulidad de cláusulas abusivas”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 20, 2016, pp.37-41.

HERNÁNDEZ GUARCH, C.: “La sentencia del tribunal supremo de 9 de mayo de 2013. La sorpresiva declaración de irretroactividad de las cantidades abonadas”, *Revista CESCO de derecho de consumo*, núm. 6, 2013, pp.134-169.

HERRERA SÁNCHEZ, J.: “De la sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016, al Real Decreto Ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo, ¿Y ahora qué?”, *Diario la Ley*, núm. 8928, febrero, 2017, pp. 1-13.

LÓPEZ CANOVAS, A.: "La sentencia del Tribunal Supremo nº 139/2015, de 25 de marzo, denegatoria del efecto restitutorio de la declaración de nulidad de la cláusula suelo", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm 5, 2015, pp.1-13.

LLAMAS POMBO, E.: "La nulidad de las cláusulas suelo", *Ars Iuris Salmanticensis*, núm. 1, 2013, pp. 11-17.

MARQUÉS MOSQUERA, C.: "Las cláusulas suelo", *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 1, 2014, pp. 251 – 254.

MARTÍNEZ ESPÍN, P.: "Concepto de "Desequilibrio importante" del art. 3.1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en contratos con Consumidores", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 9, 2014, pp. 189-192.

MARTÍNEZ GALLEGO, E.: "Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Pleno), de 25 de marzo", *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 3, diciembre, 2015, pp. 306-308.

MUÑOZ MACHADO, S.: "Los tres niveles de garantías de los derechos fundamentales en la unión europea: Problemas de articulación", *Revista de Derecho Comunitario*, núm. 50, enero-abril, 2015, pp. 195-230.

PASCUAL SERRATS, R.: "La oposición a la ejecución hipotecaria y las cláusulas abusivas. Comentario a la STJUE de 14 de marzo de 2013 (TJCE 2013, 89). Caso Mohamed Aziz contra Catalunya Caixa (asunto C-415/11)", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 19, enero, 2015, pp.686-705.

PAZOS CASTRO, R.: "La retroactividad de la nulidad de la cláusula suelo según el TJUE: Luces y sombras", *La Ley Unión Europea*, núm. 45, febrero, 2017, pp. 1-13.

PERTÍÑEZ VILCHE, F.: "Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario", *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, núm. 3, 2013, pp.1-28.

- "Algunas notas sobre la STJUE 21 de diciembre 2016", *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, núm. 1, 2017, pp.1-15.

SÁNCHEZ ÁLVAREZ, E.: "Algunas consideraciones respecto al Real Decreto-Ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo", *Diario La Ley*, núm. 8907, enero, 2017, pp.1-13.

TAPIA HERMIDA, A.: "Cláusulas suelo: la retroactividad de las declaraciones judiciales de nulidad, por abusivas, de dichas cláusulas al momento de la contratación de los préstamos", *La Ley Unión Europea*, núm. 45, febrero, 2017, pp. 1-10.

TÁSIES, R.: "Retroactividad de las cláusulas suelo", *Diario La Ley*, núm. 8887, diciembre, 2016, pp.1-15.

VILLAPLANA RUIZ, J.: "Espejismos normativos: apuntes críticos al Real Decreto-Ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de Cláusulas Suelo", *Diario La Ley*, núm. 8907, enero, 2017, pp.1-10.