

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE
LA UNIÓN EUROPEA DE 21 DE DICIEMBRE DE
2016. UN GIRO JURISPRUDENCIAL PARA TUMBAR
LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE
LA RETROACTIVIDAD PARCIAL DE LA
DECLARACIÓN DE ABUSIVIDAD DE LAS
CLÁUSULAS SUELO

THE JUDGEMENT OF THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE OF
21ST DECEMBER 2016. A JURISPRUDENTIAL SHIFT TO
INVALIDATE THE RULING OF THE SPANISH SUPREME COURT
PLACING A TEMPORAL LIMITATION ON THE EFFECTS OF THE
INVALIDITY OF FLOOR CLAUSES

PILAR TRAVESEDO DE CASTILLA

Doctoranda de Derecho UNED

Resumen: El Tribunal Supremo en sentencias de Pleno núm. 241/2013 de 9 de mayo de 2013 y núm. 139/2015 de 25 de marzo del 2015 declaró nulas por abusivas las cláusulas suelo incluidas en unos contratos de préstamo hipotecario suscritos con consumidores, si bien limitó el derecho del consumidor a la restitución de las cantidades pagadas en virtud de la cláusula abusiva a partir de su Sentencia de 9 de mayo de 2013.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su reciente sentencia de 21 de diciembre de 2016 (asuntos acumulados C154/15 y C307/15), ha declarado que la doctrina del Tribunal Supremo que limita el efecto retroactivo de la declaración de nulidad por abusividad de las cláusulas suelo incluidas en contratos suscritos por consumidores, es contraria a la Directiva 93/13/CEE de 5 de abril.

Esta sentencia del TJUE supone un giro jurisprudencial de su doctrina sobre los efectos de la declaración de abusividad al amparo del artículo 6 de la Directiva 93/13/CEE, ya que hasta la fecha no había interpretado el concepto de «no vinculación» como una *restitutio in integrum*, esto es, con una eficacia *ex tunc*. Hasta el dictado de esta sentencia, el TJUE venía declarando que la sanción de nulidad contenida en una normativa nacional que determinaba el cese del uso de dichas cláusulas cumplía con las exigencias del artículo 6, correspondiendo a cada Estado, «en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales», extraer las consecuencias de la comprobación de dicho carácter abusivo, ya que la función de la Directiva no era la de perseguir la armonización de las sanciones aplicables en el supuesto de la declaración del carácter abusivo de una cláusula, sino la existencia de medios adecuados y eficaces para el cese en el uso de las mismas en los contratos celebrados con consumidores.

En esta sentencia el TJUE da una nueva interpretación al artículo 6 de la Directiva 93/13/CEE para fundamentar la revocación de las sentencias del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 y 25 de marzo de 2015, en cuanto a su doctrina sobre la limitación del efecto retroactivo de la declaración de nulidad, doctrina que, como argumentamos en este artículo, no se oponía a esta Directiva comunitaria ni a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Abstract: The Spanish Supreme court declared in his rule n.º 241/2013 9th of May and n.º 139/2015 25th of March, that the (floor clauses) contained in a contract between a consumer and a seller or supplier were unfair but in his rule of 2015 limited the effects of that declaration, by allowing the right to repayment of the amounts improperly paid by the consumer on the basis of the unfair term to arise only from the date of the decision of that court confirming that the term in question was unfair, that is 9th of May 2013.

The European Court of Justice in his judgment of 21st December 2016 has declared that the ruling of the Spanish Supreme Court placing a temporal limitation on the effects of the invalidity of 'floor clauses' included in contracts signed by a consumer mortgage loan contracts in Spain is incompatible with Article 6.1 of Directive 93/13.

The European Court of Justice declares in this rule that the situation of unfairness must have the effect of restoring the consumer to the situation that consumer(s) would have been in if that term had not existed. The ECJ said: «Consequently, the finding that 'floor clauses' are unfair must allow the restitution of advantages wrongly obtained by the seller or supplier to the consumer's detriment.»

Palabras clave: Consumidores, cláusulas abusivas, cláusula suelo, nulidad, irretroactividad.

Keywords: Consumer contracts, unfair terms, declaration of invalidity, non-retroactivity, «floor clauses».

Recepción original: 07/09/2017

Aceptación original: 27/10/2017

Sumario: I. Introducción. II. Sentencia del Tribunal Supremo en pleno núm. 241/2013 de 9 de mayo de 2013: 1. *Fundamentación de la declaración de abusividad de las cláusulas suelo. Control de la transparencia real en los elementos principales del contrato.* 2. *Efectos de la declaración de abusividad. Eficacia irretroactiva de la declaración de nulidad.* 3. *Corrientes jurisprudenciales.* III. Sentencia del Tribunal Supremo núm. 139/2015 de 25 de marzo de 2015. Retroactividad parcial. IV. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016: 1. *Cuestiones prejudiciales. Competencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la interpretación de la Directiva 93/13/CEE.* 2. *Fundamentación de la Sentencia.* 3. *Análisis de la jurisprudencia del TJUE sobre los efectos de la declaración de abusividad.* 4. *Dictamen del Abogado General.* V. Conclusiones. El Tribunal Supremo, en sus sentencias de 9 de mayo de 2013 y 25 de marzo de 2015 no infringió la Directiva 93/13/CEE.

I. INTRODUCCIÓN

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en su sentencia de 21 de diciembre de 2016, resolviendo sobre dos cuestiones prejudiciales planteadas por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Granada y la Audiencia Provincial de Alicante (Autos de 25 de marzo de 2015 y 15 de octubre de 2015 respectivamente), ha anulado, por ser contraria a la Directiva 93/13/CEE, la doctrina del Tribunal Supremo contenida en sus sentencias de pleno núm. 241/2013 de 9 de mayo de 2013, aclarada por Auto de 3 de junio de 2013 y núm. 139/2015 de 25 de marzo de 2015, que limitó en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración judicial del carácter abusivo de las cláusulas suelo desde la fecha de la publicación de su Sentencia de 9 de mayo de 2013.

Esta sentencia, en virtud del principio de supremacía del Derecho de la Unión, afectará a todos los procesos judiciales pendientes en reclamación de las cantidades indebidamente cobradas en virtud de dicha cláusula, ya que, como señala expresamente el TJUE en el apartado 74 de su sentencia, «dichos órganos jurisdiccionales deberán abstenerse de aplicar, en el ejercicio de su propia autoridad, la limita-

ción de los efectos en el tiempo que el Tribunal Supremo acordó en la Sentencia de 9 de mayo de 2013».

El TJUE no ha asumido las conclusiones del Abogado General, Sr. Paolo Mengozzi, de 13 de julio de 2016, en las que declaró que la doctrina del Tribunal Supremo, entendida a la luz de los principios de equivalencia y de efectividad, no se oponía al apartado 1, del artículo 6 de la Directiva 93/13/CEE.

En este artículo sostenemos que el Tribunal Supremo, en sus sentencias de 9 de mayo de 2013 y 25 de marzo de 2015, al limitar el efecto retroactivo de la declaración de nulidad de la cláusula suelo por abusiva, no infringió la Directiva 93/13/CEE ni la jurisprudencia del TJUE. Analizaremos la fundamentación jurídica contenida en dichas sentencias para limitar el efecto retroactivo de la declaración de nulidad por abusividad de la cláusula suelo. A continuación nos detendremos en el mecanismo de las cuestiones prejudiciales que han dado lugar a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016 y, por último, su jurisprudencia sobre la aplicación del art. 6 de la Directiva 93/13/CEE hasta dicha fecha que, como sostenemos, no fue infringida por el Tribunal Supremo.

No obstante, no queremos dejar de mencionar que a partir del dictado de esta sentencia del TJUE, con su novedosa interpretación sobre los efectos de la declaración de abusividad, la sanción que deberán aplicar todos los Estados miembros, sobre el efecto no vinculante que establece el artículo 6 de la Directiva 93/13/CEE de 5 de abril, será la de nulidad con efectos *ex tunc*.

II. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO EN PLENO NÚM. 241/2013 DE 9 DE MAYO DE 2013

En esta sentencia, dictada en respuesta a una acción colectiva ejercitada contra varias entidades bancarias, el Tribunal Supremo declaró que las cláusulas suelo contenidas en las escrituras de préstamo hipotecario de dichas entidades eran nulas de pleno derecho al ser abusivas por falta de transparencia. No obstante dicha declaración de nulidad, acordó la eficacia irretroactiva de sus efectos, por lo que no afectaría «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».

Aunque la profusión de noticias al respecto tal vez lo haga innecesario, recordamos que la cláusula suelo consiste en introducir, en los pactos de interés remuneratorio variable, un inciso que fije un tope o

límite mínimo (suelo) al tipo de interés a aplicar al principal objeto de devolución por el prestatario, de modo que, pese a que los tipos de interés bajen, esa bajada no se trasladará a ese deudor, debiendo soportar ese mínimo que se convierte ya en un tipo fijo.

1. Fundamentación de la declaración de abusividad de las cláusulas suelo. Control de la transparencia real en los elementos principales del contrato

El Tribunal Supremo califica estas cláusulas como condiciones generales de la contratación que se refieren al objeto principal del contrato (precio), por lo que, en principio estarían excluidas del control de abusividad, de conformidad con el considerando decimonoveno y el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, que excluyen de dicho control las cláusulas que describan el objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible.

Como señala Pertiñez-Vilchez¹, hay tres razones básicas que inspiran el artículo 4.2 de la Directiva y justifican que el juez no deba controlar el equilibrio entre el precio y la contraprestación: a) el control del equilibrio del precio supone una violación del principio de autonomía de la voluntad, pilar básico de la economía de mercado; b) la ausencia de un parámetro normativo conforme al cual valorar si el precio es justo, ya que la equivalencia entre el precio y la contraprestación viene determinada por el mercado y no por el derecho; y c) la innecesariedad de un control de precios, puesto que la competencia es garantía del equilibrio económico.

No obstante dicha afirmación inicial, el Tribunal Supremo consideró que el hecho de que el juez no deba controlar el equilibrio de las contraprestaciones no veda el control de contenido de forma absoluta, ya que la Directiva sujeta a un límite dicha exclusión del control de contenido para las cláusulas que se refieran al objeto principal del contrato, cual es que las cláusulas hayan sido redactadas de manera clara y comprensibles², e interpreta dicha exclusión no sólo como una transparencia for-

¹ Vid. PERTIÑEZ VILCHEZ, 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, pág. 28.

² Cita al efecto la STJUE de 3 de junio de 2010 Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C-484/08; STJUE (Sala primera) de 21 de marzo de 2013, C-92/11, RWE Vertrieb AG, que declaró, al amparo de los arts. 3 y 5 de la Directiva 93/13/CEE, la necesidad de una transparencia real de los contratos suscritos con consumidores sobre la base de criterios claros y comprensibles, así como sus Sentencias núms.

mal (que resulten gramaticalmente inteligibles), sino igualmente como una transparencia material: que sea suficiente la información facilitada al consumidor en el momento de celebración del contrato.

En esta sentencia, el Tribunal Supremo configura un nuevo control de transparencia de las cláusulas contenidas en contratos suscritos por consumidores con un doble filtro:

a) Un primer control de incorporación dirigido a garantizar que el adherente ha conocido –o al menos ha podido conocer– que el contrato contiene una cláusula de limitación a la variabilidad de los tipos de interés; control que atiende a la transparencia documental y gramatical de la cláusula.

b) Un segundo control de transparencia reforzado, dirigido a garantizar que, al tiempo de celebrarse el contrato, el cliente conocía las consecuencias económicas que conllevaba la inclusión de dicha cláusula en el contrato, y que el mismo se encontraba en condiciones de comparar y elegir entre distintas alternativas de préstamo hipotecario que incluyeran o no la cláusula en cuestión.

El Tribunal Supremo, tras analizar el contenido de las cláusulas suelo contenidas en las escrituras de préstamos hipotecarios sometidos a su consideración, declaró que dichas cláusulas, pese a ser lícitas y superar el control de transparencia a efectos de su inclusión como condición general en los contratos (control de incorporación exigido por la LCGC), no superaban el de claridad y «comprensibilidad real de su importancia» exigible en los supuestos de contratos suscritos con consumidores.

En el apartado séptimo del fallo (párrafo 296) el Tribunal Supremo enumera las circunstancias que fueron tomadas en cuenta para valorar esta falta de transparencia reforzada que determinaban la nulidad de las cláusulas por abusivas:

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 trataba de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.

c) La creación de la apariencia de que el suelo tenía como contraprestación inescindible la fijación de un techo.

401/2010, de 1 de junio; 663/2010, de 4 de noviembre; y 861/2010, de 29 de diciembre, que apuntaron *obiter dicta* la posibilidad de control de contenido de las cláusulas referidas al objeto principal del contrato.

d) Su ubicación entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedaban enmascaradas y que diluían 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.

El Tribunal Supremo, en su Auto de 3 de junio de 2013, aclaró que no se trataba de una relación exhaustiva de circunstancias a tener en cuenta con exclusión de cualquier otra, ni que la presencia aislada de alguna o algunas de ellas fuera suficiente para que pudiera considerarse no transparente una cláusula a efectos de control de su carácter eventualmente abusivo. Señala que no existen medios tasados con los que controlar la superación de este control de transparencia, sino que habrá que atenerse a las circunstancias del caso sobre la base de los criterios expuestos en su sentencia; en unos casos, se podrá apreciar una circunstancia que constituya un especial factor de distorsión en orden a la transparencia exigible y, en otros, esa falta de transparencia podrá fundarse en alguna circunstancia relevante no expresamente contemplada en la sentencia³.

³ El Tribunal Supremo ha venido a aclarar y matizar en sentencias posteriores la fundamentación y el alcance de este control de transparencia. Así, la sentencia de 8 de septiembre de 2014, precisó que el control de transparencia, como parte integrante del control general de abusividad, no puede quedar reconducido o asimilado a un mero criterio o contraste interpretativo acerca de la claridad o inteligibilidad gramatical de la formulación empleada, ya sea en la consideración general o sectorial de la misma, sino que requiere de un propio enjuiciamiento interno de la reglamentación predisuelta a los efectos de contrastar la inclusión de criterios precisos y comprensibles en orden a que el consumidor y usuario pueda evaluar, directamente, las consecuencias económicas y jurídicas que principalmente se deriven a su cargo de la reglamentación contractual ofertada. En esta sentencia conceptúa el control de transparencia como un control de legalidad y un principio jurídico general que debe informar el desarrollo de nuestro Derecho contractual; en su sentencia núm. 138/2015 de 24 marzo el Tribunal Supremo declara que el control de transparencia sobre elementos esenciales del contrato no es una labor de «creación judicial del Derecho» que exceda de su función de complemento del ordenamiento jurídico que le asigna el artículo 1.6 del Código Civil sino que deriva de la interpretación de la normativa interna a la luz de la letra y la finalidad de la Directiva 93/13/CEE, y por último la sentencia en Pleno núm. 171/2017 de 9 marzo en la que el Tribunal Supremo ha declarado la no abusividad de la cláusula suelo en aquellos supuestos en los que no ha apreciado la falta de transparencia por haber acreditado el banco que dicha cláusula fue objeto de negociación individual y la misma estaba inserta en el contrato de manera clara y visible.

Esta doctrina del Tribunal Supremo sobre el alcance del concepto de transparencia en contratos celebrados entre un profesional y un consumidor fue criticada por un amplio sector de la doctrina civilista. Como señala Carrasco Perera, «nos encontramos frente a una sentencia singular. No porque haya terciado en la polémica judicial sobre las cláusulas suelo (precisamente para declarar su validez con carácter general), sino por el hecho de haber formulado y aplicado un criterio de validez de condiciones generales de la contratación, el llamado «control de transparencia», que es autónomo con respecto al control de inclusión (de los arts. 5 LCGC y 80.1 b) TRLCU), al control de abusividad (de los arts. 82 y ss. TLCU) y que tampoco es coincidente con los controles propios relacionados con los defectos de información en el Derecho general de contratos, significativamente, el error vicio del art. 1266 CC. (...) La sentencia comentada aplica un tercer filtro de control de validez de cláusulas contractuales, el control de transparencia, que puede conducir (es lo que se ha concluido en el caso enjuiciado) a la declaración de nulidad de las cláusulas que no sean transparentes. De este modo, una sentencia que en principio sólo estaba llamada a ser relevante en sede de cláusulas suelo en los contratos de financiación con consumidores, ha pasado a serlo en cualesquiera ámbitos negociales en los que se utilicen condiciones generales de la contratación, que, además de cumplir los correspondientes requisitos de incorporación y no abusividad, deberán ser «sustancialmente» transparentes, de modo que sea posible un «control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato»⁴.

Como adelantó Carrasco Perera en este artículo, la falta de transparencia real, entendida como una ausencia de información previa, está sirviendo de fundamento para declarar la nulidad de multitud de cláusulas predispuestas contenidas en contratos con condiciones generales de contratación suscritas por consumidores.

2. Efectos de la declaración de abusividad. Eficacia irretroactiva de la declaración de nulidad

El Tribunal Supremo analiza los efectos de esta declaración de nulidad por abusividad en los fundamentos de derecho decimosexto y decimoséptimo.

⁴ CARRASCO PERERA, A., «El espurio Control de Transparencia sobre condiciones generales de la contratación», *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, núm. 7/2013, págs. 164-183 (<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/346818>).

Recuerda que la ineficacia de los contratos, o de alguna de sus cláusulas, si el contrato subsiste, exige destruir sus consecuencias y borrar sus huellas como si no hubiesen existido y evitar así que de los mismos se deriven efectos de acuerdo con la regla clásica *quod nullum est nullum effectum producit* (lo que es nulo no produce ningún efecto), al disponerlo así el artículo 1303 de nuestro Código Civil, a cuyo tenor «declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses.»

Tras exponer los efectos de la declaración de nulidad de una cláusula abusiva en nuestro derecho interno, analiza las circunstancias especiales que concurrieron para la inclusión de estas cláusulas en los préstamos hipotecarios para acordar, en atención a estas circunstancias especiales y con fundamento en los principios generales de nuestro derecho (seguridad jurídica, buena fe y riesgo de trastornos graves para el orden público económico), limitar la eficacia temporal de dicha declaración de nulidad, que no afectará «a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esta sentencia».

Estas circunstancias especiales que el Tribunal Supremo tuvo en cuenta para limitar la eficacia retroactiva de la declaración de nulidad fueron las siguientes: las cláusulas eran lícitas; respondían a razones objetivas; no se trataba de cláusulas inusuales o extravagantes; su utilización había sido tolerada largo tiempo por el mercado de préstamos inmobiliarios; las entidades crediticias habían observado las exigencias reglamentarias de información; la finalidad de la fijación del tope mínimo respondía a la necesidad de mantener un rendimiento mínimo de los referidos préstamos hipotecarios que permitiera a las entidades bancarias resarcirse de los costes de producción y mantenimiento de estas financiaciones; las cláusulas suelo se calculaban para que no implicasen cambios significativos en las cuotas iniciales a pagar; y, por último, que la condena a cesar en el uso de las cláusulas y a eliminarlas por abusivas, no se basaba 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 por insuficiencia de la información suministrada.

Para el Tribunal Supremo la ineficacia de estas cláusulas viene dada de las peculiares condiciones en que se incorporaron al contrato y de las singulares exigencias de protección de la información proporcionada a la parte más débil de la relación jurídica. No se está, por

tanto, ante una nulidad estructural que afecta a un elemento esencial del negocio o de la estipulación en cuestión, como sucede con la nulidad general que contempla el artículo 1303, sino ante una nulidad funcional derivada de la exigencia de protección de la parte más débil de la relación jurídica. Sobre estas consideraciones el Tribunal Supremo fundamenta la limitación de los efectos de la nulidad por la necesidad de garantizar la seguridad jurídica, partiendo de relaciones establecidas de buena fe, y de la conveniencia de evitar riesgos de trastornos graves con trascendencia de orden público económico.

Por último, y como apoyo a dicha limitación de la eficacia retroactiva, cita una serie de normas y resoluciones judiciales: el artículo 106 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que admitía dicha limitación 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»; Artículos 114.2 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Régimen Jurídico de Patentes de Invención y Modelos de Utilidad; artículo 54.2 de la Ley 17/2001 de diciembre, de Marcas; artículo 68 de la Ley 20/2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial; Sentencias del Tribunal Constitucional núm. 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, en las que por exigencias del principio de seguridad jurídica, se había limitado los efectos retroactivos de la declaración de inconstitucionalidad y, por último, su propia jurisprudencia sobre el enriquecimiento injusto: «también esta Sala 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».

Cita por último, como fundamento de la declaración de irretroactividad, la STJUE (Sala primera) de 21 de marzo de 2013 (C-92/11), Caso RWE Vertrieb AG, en la que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su apartado 59, declaró con fundamento en el principio general de seguridad jurídica inherente al ordenamiento jurídico de la Unión, que se podía limitar la posibilidad de que los interesados invocasen una disposición por él interpretada con el fin de cuestionar re-

laciones jurídicas establecidas de buena fe, siempre que concurrieran dos criterios esenciales, a saber, la buena fe de los círculos interesados y el riesgo de trastornos graves⁵.

3. Corrientes jurisprudenciales tras el dictado de la sentencia del Tribunal Supremo

Como señala el magistrado Edmundo Rodríguez Achútegui⁶, tras el dictado de esta sentencia se produjo una importante división en las Audiencias Provinciales respecto del alcance y aplicación de esta doctrina en los casos en que las reclamaciones eran interpuestas por consumidores personas físicas.

Un primer grupo decidió aplicar semejantes consideraciones que la STS de 9 de mayo de 2013, concluyendo que aunque se declarara la nulidad por abusiva de la cláusula, no había que restituir ninguna cantidad como consecuencia de su previa aplicación. Así lo consideraron, entre otras, las SAP de Córdoba, secc. 3.^a, 18 de junio de 2013; SAP de Tarragona, Secc. 1.^a, 18 de noviembre de 2013; SAP de Pontevedra, Secc. 1.^a, 9 de abril de 2014 y 17 de noviembre de 2014; SAP de Granada, Secc. 3.^a, 23 de mayo de 2014; SAP de Ourense, Secc. 1.^a, 22 de mayo de 2014 y 22 de septiembre de 2014; SAP de León, Secc. 1.^a, 5 de junio de 2014; SAP de Palencia, Secc. 1.^a, 12 de junio de 2014; SAP de Almería, Secc. 1.^a, 30 de junio de 2014; SAP de Bizkaia, Secc. 4.^a, 24 de julio de 2014; SAP de Badajoz, Secc. 3.^a, 12 de septiembre de 2014; SAP de Palencia, Secc. 1.^a, 20 de octubre de 2014; SAP de A Coruña, Secc. 4.^a, 22 de octubre de 2014; SAP de Cádiz, Secc. 5.^a, 20 de noviembre de 2014 y SAP de Ávila, Secc. 1.^a, 26 de enero de 2015.

Un segundo grupo consideró que la aplicación del artículo 1.303 del Código Civil obligaba a la restitución de lo indebidamente abonado al aplicar la cláusula declarada nula por abusiva. Pero disponían tal restitución a partir del momento del dictado de la STS de 9 de mayo de 2013. Entre otras lo entendieron así las SAP de Zaragoza, Secc. 4.^a, de 7 de julio de 2014; SAP de León, Secc. 1.^a, de 19 de septiembre de 2014; SAP de Palma de Mallorca, Secc. 5.^a, de 22 de diciembre de 2014 y SAP de Lugo, Secc. 1.^a, de 4 de febrero de 2015.

⁵ Cfr. en este mismo sentido STJUE, Skov y Bilka, asunto C-402/03, apartado 51. TJCE 2006\3; Brzeziński, C-313/05, apartado 56. TJCE 2007\13, Kalinchev, C-2/09, apartado 50. TJCE 2010\164 y Rçdlihs, C-263/11, apartado 59. TJCE 2012\220.

⁶ «El inacabable debate sobre las cláusulas suelo: el turno del TJUE», *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 10/2015 *parte Comentario*. Editorial Aranzadi, S. A. U., Cizur Menor. 2015. BIB 2015\16759.

Un tercer grupo consideró que la STS de 9 de mayo de 2013 resolvía una acción colectiva, no individual, cuyos efectos no podían extenderse a los titulares de derechos que actuaban ejercitando una acción propia. Este fue el camino que siguieron, entre otras, la SAP de Álava, Secc. 1.^a, de 9 de julio de 2013; la SAP Alicante, Secc. 8.^a, de 12 de julio de 2013; SAP de Cuenca, Secc. 1.^a, 30 de julio de 2013; SAP de Murcia, Secc. 4.^a, 12 de septiembre de 2013; SAP de Barcelona, Secc. 15.^a, 16 de diciembre de 2013; SAP de Málaga, Secc. 6.^a, 29 de diciembre de 2014⁷; SAP de Albacete, Secc. 1.^a, 17 de marzo de 2014; SAP de Jaén, Secc. 1.^a, 27 de marzo de 2014; SAP de Huelva, Secc. 3.^a, 21 de marzo de 2014; SAP de Asturias, Secc. 4.^a, 8 de mayo de 2014 y Secc. 5.^a, 1 de julio de 2014; SAP de Valencia, Secc. 9.^a, 9 de junio de 2014 y 2 de octubre de 2014, SAP de Gipuzkoa, Secc. 2.^a, 30 de julio de 2014 y 28 de octubre de 2014, SAP de Albacete, Secc. 1.^a, 23 de septiembre de 2014; SAP de Lleida, Secc. 2.^a, 24 de septiembre de 2014, SAP de Ciudad Real, Secc. 1.^a, 13 de octubre de 2014; SAP de Zamora, Secc. 1.^a, 22 de octubre de 2014; SAP de Las Palmas, Secc. 4.^a, 26 de noviembre de 2014; y los Autos de la AP de Barcelona,

⁷ Esta sentencia recoge la doctrina científica que discrepó abiertamente de los argumentos jurídicos contenidos en la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013: «no siendo baladí traer a colación como la doctrina científica con los máximos respetos al Alto Tribunal, discrepa abiertamente de los argumentos jurídicos en ella contenidos por cuanto que la cita de aplicación analógica de normativa para dar cobertura a la declaración de irretroactividad, como lo son las Leyes 30/92 (RJAPPAC), 11/86 (Patentes), 20/03 (Marcas) y Ley 20/2003 (Protección Jurídica del Diseño Industrial), se dice sólo ser posible, de conformidad con el artículo 4 del Código Civil, cuando exista una laguna legal, lo que aquí no sucede,... y si bien es cierto que como expresa la comentada sentencia la nulidad tiene límites, y que en alguna ocasión el Tribunal Constitucional, por exigencias del principio de seguridad jurídica, aplicando la denominada «doctrina prospectiva» ha limitado los efectos retroactivos de la declaración de inconstitucionalidad...-, no puede pasar por alto que dicha aseveración como excepción a la regla general, debe ser interpretada restrictivamente y avalada por una sólida fundamentación,... pero siempre y cuando concurren cumulativamente dos requisitos (i) buena fe y (ii) el riesgo de trastornos graves para el orden público..., y aunque la buena fe se presume, es lo cierto que: 1.º Quienes impusieron de forma ficticia una cláusula que aparentemente protegía a ambas partes frente a la aleatoriedad de una subida o bajada de los tipos de interés, en realidad lo hacían sabiendo de que el techo -en los casos de haberlo- jamás se rebasaría y, que el suelo, con toda probabilidad se activaría, según indicaban todas las previsiones de las que disponían, y 2.º Que a pesar de que, desde finales de 2010, dichas entidades habían ido comprobando como numerosas sentencias, varias de ellas firmes, declaraban la nulidad de tales cláusulas, ni siquiera ello motivó que dejaran de aplicarlas «ad cautelam», en los contratos ya suscritos, ni cesase su inclusión en los nuevos, criterios que vienen a avalar la decisión de retroactividad a favor de los consumidores afectados a título individual,... siendo además impensable que la devolución al consumidor de ejercite una acción individual acumulada de nulidad y reclamación de las cantidades indebidamente satisfechas que con ello altere el orden económico o cause un grave trastorno;...».

Secc. 14.^a, 9 de mayo de 2014 y Secc. 17.^a, 1 de octubre de 2014; AAP de Pontevedra, Secc. 6.^a, 9 de mayo de 2014 y AAP de Tarragona, Secc. 3.^a, 13 de junio de 2014⁸.

III. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO PLENO NÚM. 139/2015, DE 25 DE MARZO. RETROACTIVIDAD PARCIAL

Esta sentencia se dicta en el primer asunto que llega a manos del Tribunal Supremo en el que la acción de reclamación de restitución de las cantidades indebidamente pagadas por la cláusula suelo había sido interpuesta en una acción individual de un consumidor.

El Tribunal Supremo, consciente de la situación de inseguridad generada tras su sentencia de 9 de mayo de 2013⁹, zanja esta cuestión, o así lo cree, declarando que si las cláusulas suelo adoleciesen de tal insuficiencia (falta de transparencia) y fuesen declaradas abusivas por ese concreto motivo, que no por otro ajeno al debate, las sentencias tendrían efecto retroactivo desde la fecha de publicación de su Sentencia de 9 de mayo de 2013:

«Cuando en aplicación de la doctrina fijada en la sentencia de Pleno de 9 de mayo de 2013, ratificada por la de 16 de julio de 2014 y la de 24 de marzo de 2015, se declare abusiva y, por ende, nula la denominada cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo con tipo de interés variable, procederá la restitución al prestatario de los intereses que hubiese pagado en aplicación de dicha cláusula a partir de la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013.»(Apartado 4, del fallo de la Sentencia).

El Tribunal Supremo aclara en esta sentencia los fundamentos jurídicos que le sirvieron para declarar la eficacia no retroactiva de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo, a saber: el principio de

⁸ Vid. RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E. «Cláusulas suelo: ¿de la transparencia al error?» Publicación: *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 6/2015 parte Comentario. Editorial Aranzadi, S. A. U., Cizur Menor. 2015. BIB 2015\1834.

⁹ Vid. Fundamento de derecho Octavo: «Con las anteriores consideraciones el singular recurso que se somete a nuestro conocimiento tendría respuesta en sentido estimatorio. No obstante, en él se plantea la eficacia irretroactiva de la Sentencia de Pleno de la Sala de 9 de mayo de 2013, que viene mereciendo respuestas dispares por parte de nuestros Tribunales en cuanto a la devolución o no de las cuotas percibidas por las entidades prestamistas en aplicación de la cláusula suelo declarada abusiva. Teniendo como guía el respeto a nuestra doctrina, a la unificación que debe hacerse de ella en su aplicación y, a la postre, la seguridad jurídica, principio informador del ordenamiento jurídico (Art. 9.3. CE), entendemos necesario ofrecer respuesta a tan debatida cuestión, no revisando la fijada sino despejando dudas y clarificando su sentido».

seguridad jurídica, trastorno grave con trascendencia al orden público económico y la buena fe de los interesados.

Se reproduce una vez más, como fundamento de la declaración de irretroactividad, la sentencia del TJUE de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb, añadiendo que en ella «se encuentran los elementos básicos en los que la Sala, en su Sentencia de Pleno, fundó la irretroactividad de la misma, a saber, seguridad jurídica, buena fe y riesgo de trastornos graves».

Respecto a la afectación al orden público económico aclara, ante las críticas recibidas, que la misma no nace de la suma a devolver en un singular procedimiento, que podía resultar ridícula en términos macroeconómicos, sino por la suma de los muchos miles de procedimientos tramitados y en tramitación con análogo objeto¹⁰.

Respecto a la buena fe de las entidades bancarias, aclara que la misma derivaba del hecho de que éstas ignoraban que la información que suministraban no cubría en su integridad la que fue exigida y fijada posteriormente por su sentencia de 9 de mayo de 2013.

No obstante, añade el Tribunal Supremo, desde la publicación de dicha sentencia, la buena fe desaparece «pues una mínima diligencia permitía conocer las exigencias jurisprudenciales en materias propias del objeto social», concluyendo que a partir de la fecha de publicación de dicha sentencia ya no es posible la alegación de buena fe por los círculos interesados, pues «esta sentencia abre los ojos y las mentes de las partes contratantes, pudiendo éstas indagar y esclarecer si las cláusulas suelo insertas en contratos de préstamo con tipo de interés variable, en principio lícitas, carecen de transparencia, no por oscuridad interna, sino por insuficiencia de información, en los términos indicados en el párrafo 225 de la sentencia».

Los magistrados Sr. Orduña Moreno y Sr. O'Callaghan Muñoz, emitieron Voto Particular, denunciando la falta de fundamentación técnica para limitar los efectos de la declaración de nulidad. Afirman, que debería haber sido estimado el pleno efecto devolutivo de las can-

¹⁰ *Vid.* Fundamento de derecho séptimo, apartado 4: «Pretender que en la acción individual no se produzca meritado riesgo no se compadece con la motivación de la sentencia, pues el conflicto de naturaleza singular no es ajeno al conjunto de procedimientos derivados de la nulidad de las cláusulas suelo incorporadas en innumerables contratos origen de aquellos, como es notorio y constatable por la abundante cita de sentencias que sobre tal objeto se hace en la presente causa. Y esa fue la razón que retuvo la Sala en su sentencia. La afectación al orden público económico no nace de la suma a devolver en un singular procedimiento, que puede resultar ridícula en términos macroeconómicos, sino por la suma de los muchos miles de procedimientos tramitados y en tramitación con análogo objeto.»

tidades pagadas desde la perfección o celebración del contrato dado que la nulidad de pleno derecho de la cláusula en cuestión, determinó la carencia de título alguno que justificara la retención de las mismas y su atribución al predisponente (entidad bancaria).

Para estos magistrados la cláusula suelo era una cláusula sorpresiva o al menos desconocida para el consumidor adherente, por lo que habida cuenta además de la finalidad tuitiva y protectora del consumidor, la parte contratante débil de la relación jurídica, era «inasumible» que el principio de buena fe, dispuesto al servicio o tuición del consumidor adherente, operara en contra del mismo.

Afirman en su voto particular que la declaración de irretroactividad de la nulidad respecto de los pagos de los intereses realizados con anterioridad a la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013, venía prohibida tanto por la jurisprudencia del TJUE, citando la sentencia de 14 de junio de 2012 (caso Banco Español de Crédito, C-618/10 ¹¹), como por la reforma legislativa a la que dicha sentencia dio lugar (artículo 83 de la Ley 3/2014, de 27 marzo que modifica el Texto Refundido de la ley 1/2007).

Para estos magistrados la limitación del efecto retroactivo suponía una integración de la cláusula suelo declarada nula por abusiva y por tanto contraria a la doctrina del TJUE, pues dada esta integración parcial de la eficacia de la cláusula nula, el mensaje que se transmitía no era otro que el de la posibilidad de incumplir los especiales deberes de transparencia por el predisponente, sin sanción inicial alguna, que era lo que ocurría en este caso al no estimarse la restitución de dichas cantidades con carácter *ex tunc*, esto es, desde el momento en que venía obligado el predisponente.

Concluyen que el verdadero motivo de la limitación del denunciado efecto retroactivo de la nulidad de la cláusula, no fue otro que el posible riesgo de trastornos graves o sistémico en las entidades financieras; riesgo que según afirman, en la fecha de la sentencia, había desaparecido merced al saneamiento financiero efectuado.

¹¹ Esta sentencia se dicta en una cuestión prejudicial en la que se planteó la adecuación del artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007 (en su redacción anterior a la reforma por ley 3/2014 de 27 de marzo), al artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE por atribuir al juez nacional, cuando éste declaraba la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva. El TJUE declaró que los jueces nacionales estaban obligados únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produjera efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma (apartado 65).

IV. SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 21 DE DICIEMBRE DE 2016

Como hemos señalado al inicio de este artículo, el TJUE resolviendo las dos primeras cuestiones prejudiciales que se le plantearon sobre la adecuación de la doctrina del Tribunal Supremo a la Directiva 93/13/CEE¹², declaró que esta limitación de los efectos restitutorios derivados de la declaración de nulidad efectuada por el Tribunal Supremo en sus sentencias de 9 de mayo de 2013 y 25 de marzo de 2015 era contraria a la Directiva 93/13/CEE, añadiendo que los jueces españoles debían de abstenerse de aplicar dicha limitación del carácter retroactivo de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo, que el Tribunal Supremo había acordado en dichas sentencias¹³:

«El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 13/93 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 artículo 3, apartado 1, de dicha directiva, de una cláusula contenida en un contrato celebrado 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.»

¹² Vid. Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Granada, Auto de 25 de marzo de 2015 y Audiencia Provincial de Alicante, Auto de 15 de octubre de 2015. Se encuentran pendientes de resolución por el TJUE otras cuestiones prejudiciales en las que igualmente se ha planteado si es compatible con lo dispuesto en el art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE de 5 de abril de 1993, que los efectos derivados de la declaración de nulidad por abusiva de la cláusula suelo inserta en el contrato de préstamo hipotecario, no se retrotraigan a la fecha de celebración del contrato, sino a una posterior. En este sentido: AP de Zamora Auto de 1 julio 2015, AP Álava, auto de 22 septiembre 2015, AP Cantabria (Sección 4.^a), auto de 17 julio 2015, AP Alicante (Sección 8.^a), auto de 15 junio 2015., J Merc. Granada, núm. 1, auto de 25 marzo 2015.

¹³ Vid. Apartado 74: «En tales circunstancias, dado que para resolver los litigios principales los órganos jurisdiccionales remitentes 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 (RJ 2013, 3088), puesto que tal limitación no resulta compatible con el Derecho de la Unión (véanse, en este sentido, las sentencias de 5 de octubre de 2010 (TJCE 2010, 287), Elchinov, C-173/09, EU: C:2010:581, apartados 29 a 32; de 19 de abril de 2016, DI, C-441/14, EU: C:2016:278, apartados 33 y 34; de 5 de julio de 2016 (TJCE 2016, 269), Ognyanov, C-614/14, EU: C:2016:514, apartado 36, y de 8 de noviembre de 2016, Ognyanov, C-554/14, EU: C:2016:835, apartados 67 a 70). TJCE 2016/309».

1. Cuestiones prejudiciales. Competencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la interpretación de la Directiva 93/13/CEE

Las cuestiones prejudiciales están concebidas como un instrumento de cooperación entre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y los órganos jurisdiccionales nacionales, a través del cual el primero aporta a los segundos los elementos de interpretación del Derecho comunitario que precisan para resolver los litigios de que conocen.

Son los órganos jurisdiccionales nacionales que conocen del litigio los que deben apreciar, en función de las particularidades de cada asunto, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder emitir su fallo como la pertinencia de las cuestiones que plantean al Tribunal de Justicia mediante una cuestión prejudicial. El TJUE se limita a interpretar el significado de las normas comunitarias de que se trata. Después, corresponde únicamente a los órganos jurisdiccionales nacionales aplicar las disposiciones de Derecho comunitario así interpretadas, en función de las circunstancias de hecho y de derecho del asunto que conocen¹⁴.

El TJUE es el único competente para la interpretación de las normas comunitarias y los criterios que el juez nacional puede o debe aplicar al examinar una cláusula contractual a la luz de dichas disposiciones comunitarias, ya que su competencia con arreglo al Tratado del Derecho de la Unión tiene por objeto garantizar la interpretación uniforme, en todos los Estados miembros, de las disposiciones de Derecho comunitario¹⁵.

Esta interpretación que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea hace de una norma de Derecho de la Unión, aclara y precisa el significado y 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 interpretada puede y debe ser aplicada por el juez incluso a relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de la sentencia que resuelva sobre la petición de interpretación¹⁶.

¹⁴ *Vid.* STJUE (Pleno), de 8 de noviembre de 1990. Caso Krystyna Gmurzynska-Bscher (Asunto C-231/89) apartado 18 y STJUE (Gran Sala) de fecha de 9 de noviembre de 2010, Caso VB Pénzügyi Lízing Zrt, C-137/08, apartados 36-44. <https://curia.europa.eu/juris>.

¹⁵ Art. 267 del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea, de 25 de marzo de 1957 ratificado por Instrumento de 13 de diciembre de 2007. <https://www.boe.es/doue/2010/083/Z00047-00199>.

¹⁶ *Vid.* STJUE (Sala Tercera) de 18 de octubre de 2012, Caso Mednis (Asunto C-525/11). TJCE 2012/298.

Respecto a la Directiva 93/13/CEE, el TJUE ha declarado en multitud de ocasiones que la competencia del Tribunal de Justicia comprende la interpretación del concepto de cláusula abusiva, a la que se refieren el artículo 3, apartado 1, de la Directiva y el anexo de ésta, y los criterios que el juez nacional puede o debe aplicar al examinar una cláusula contractual a la luz de las disposiciones de la misma, entendiéndose que incumbe a dicho juez pronunciarse, teniendo en cuenta dichos criterios, sobre la calificación concreta de una cláusula contractual particular en función de las circunstancias propias del caso. De ello se desprende que la respuesta del Tribunal de Justicia se limitará a dar al órgano jurisdiccional remitente indicaciones que éste debe tener en cuenta para apreciar el carácter abusivo de la cláusula de que se trate¹⁷.

En virtud del principio de primacía del Derecho de la Unión, los jueces nacionales tienen la obligación de asegurar el pleno efecto de las normas comunitarias y por tanto, deben dejar inaplicadas normas nacionales, sean del rango que sean, que se deduzcan contrarias a la norma comunitaria, aunque éstas sean posteriores. De este modo, el principio de primacía determinará la inaplicación de cualquier derecho nacional que directa o indirectamente pudiera hacer ineficaz al derecho comunitario aplicable¹⁸.

El Tribunal Supremo igualmente ha declarado que los jueces nacionales son los encargados de aplicar directamente el ordenamiento jurídico comunitario y que, dentro del mismo, las resoluciones del Tribunal de Justicia de Luxemburgo constituyen jurisprudencia de obligado acatamiento. Por pertenecer al derecho interno, tales resoluciones no son resoluciones de Tribunales extranjeros que deban ser objeto de prueba, bastando por el contrario con su publicación y difusión en la forma prevista por el propio Tribunal y por la legislación comunitaria para que en atención a lo dispuesto en el artículo 93 CE, tengan eficacia directa y carácter prevalente sobre el Derecho español en virtud de la cesión parcial de soberanía que supone la adhesión de España a la Comunidad Económica Europea¹⁹.

¹⁷ Vid. STJUE de 26 de abril de 2012. Caso Nemzeti – Invitel (C472/10) TJCE 2012\98; 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb (C-92/11), apartado 48, TJCE 2013\93; 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai (C-26/13) apartado 45 TJCE 2014\105; 23 de abril de 2015, Van Hove (C-96/14), apartado 28, TJCE 2015\179 y de 9 de julio de 2015, Bucura (C-348/14) TJCE 2016\95.

¹⁸ Vid. ORDÓÑEZ SOLÍS, D.» La dimensión europea de la actividad jurisdiccional de los jueces españoles» *Revista Aranzadi Unión Europea*, núm. 7/2009, Año XXXV, parte Crónica. Editorial Aranzadi, S. A. U., Cizur Menor. 2009. BIB 2009\8222.

¹⁹ Vid. GARCÍA ALGUACIL, M. J. «Intervención judicial activa e incidencia del principio iura novit curia en la declaración de nulidad de las cláusulas abusivas: quiebras en la doctrina del TJUE». *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* num. 11/2015. Editorial Aranzadi, SA. BIB 2015\167258.

Igualmente ha declarado que el procedimiento previsto en el artículo 234 del Tratado de Unión tiene como finalidad garantizar la aplicación correcta y la interpretación uniforme del Derecho comunitario por los órganos jurisdiccionales nacionales y que si bien es cierto que los efectos vinculantes de las sentencias del TJUE se despliegan «cuando la cuestión planteada es materialmente idéntica a una cuestión que ya fue objeto de una decisión con carácter prejudicial en el marco del mismo asunto nacional (sentencia del TJUE de 4 noviembre 1997. TJCE 1997, 223. Caso Parfums Christian Dior SA y otros contra Evora BV), pero más allá del “efecto vinculante” debe tenerse en cuenta que las sentencias dictadas en la decisión de cuestiones prejudiciales desarrollan una interpretación “abstracta” del Derecho de la Unión, lo que, unido a su objetivo y a la ausencia de partes procesales propiamente dichas, es determinante de que su valor interpretativo se proyecte más allá de quienes intervinieron en la cuestión prejudicial, al extremo de que puede relevar a los órganos jurisdiccionales nacionales de la obligación de someter al Tribunal de Justicia toda cuestión de interpretación de Derecho comunitario, sin perjuicio de que, para evitar el riesgo de petrificación de su jurisprudencia, nada impide replantear el supuesto»²⁰.

Dada la naturaleza y finalidad de las cuestiones prejudiciales, éstas se plantean en la mayoría de los casos cuando el órgano jurisdiccional tiene dudas sobre la interpretación de una norma comunitaria. No obstante, desde hace unos años, los tribunales españoles están acudiendo al Tribunal de Justicia cuando están disconformes con los criterios de otros tribunales españoles, sean de su misma o superior jerarquía²¹, tal y como ha acontecido con las sentencias del Tribunal Supremo sobre las cláusulas suelo.

2. Fundamentación de la Sentencia

Las cuestiones prejudiciales que la Audiencia Provincial de Alicante y Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Granada plantearon ante el TJUE tenían por objeto que se dilucidase si era conforme al artículo 6

²⁰ *Vid.* Sentencia Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 1 de julio, núm. 401/2010. RJ 2010\6554.

²¹ *Vid.* Sentencia del TJUE de 18 de marzo de 2004, Caso Merino Gómez (Asunto C-342/01), en una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social núm. 33 de Madrid en la que se ponía en tela de juicio la jurisprudencia del Tribunal Supremo consiguiendo que el Tribunal de Justicia le ofreciera la solución que propugnaba. Y en igual sentido la STJUE de 7 de septiembre de 2006, Caso Cordero Alonso (Asunto C-81/05), en la que se cuestionaba la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE, que el Tribunal Supremo, tras haber calificado como abusiva una cláusula contractual incluida en un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, y tras haber declarado la nulidad de esa cláusula, pudiese limitar los efectos de esta declaración de modo que sólo se le reconociera al consumidor la restitución de las cantidades indebidamente abonadas por éste en virtud de la cláusula abusiva, a partir de la fecha de la resolución dictada por el Tribunal Supremo.

En esta sentencia el TJUE interpreta el artículo 6, apartado 1 de la Directiva 93/13/CEE, en el sentido de que la declaración de una cláusula contractual como abusiva supone que ésta 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, y si la misma impone el pago de importes que resulten ser cantidades indebidamente pagadas por el consumidor, la declaración de abusividad genera el correspondiente efecto restitutorio en relación con tales importes²².

Fundamenta dicha interpretación en que la exclusión de tal efecto restitutorio podría poner en cuestión el efecto disuasorio que la Directiva 93/13/CEE pretende atribuir a la declaración del carácter abusivo de las cláusulas contenidas en los contratos celebrados por un profesional con los consumidores²³, por lo que la limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración de nulidad, que aplica el Tribunal Supremo en su Sentencia de 9 de mayo de 2013, sólo garantiza una protección limitada a los consumidores que contrataron la cláusula suelo, resultando por tanto una protección incompleta e insuficiente que no constituye un medio adecuado y eficaz para el cese del uso de dicha cláusula²⁴.

²² *Vid.* Apartados 61 y 62.

²³ *Vid.* Apartado 63.

²⁴ *Vid.* Apartado 73: «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, 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, apartado 1, de la citada directiva (véase, en este sentido, la Sentencia de 14 de marzo de 2013, Caso AZIZ C-415/11. eu: c:2013:164.

Para el TJUE, el Tribunal Supremo se extralimitó al fundamentar la limitación del efecto retroactivo de la declaración de abusividad en la sentencia de 21 de marzo de 2013 Caso Vertrieb (C-92/11)²⁵, al afirmar que sólo él tiene competencia para 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 Unión²⁶.

Esta sentencia fue una sorpresa para todos los operadores jurídicos, pues si bien la Comisión Europea en sus observaciones escritas de 13 de julio de 2015 consideró que los efectos de la declaración de nulidad de una cláusula abusiva, al amparo del artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE, debían ser *ex tunc*, esto es, con restitución íntegra de las cantidades indebidamente cobradas por la aplicación de la cláusula suelo, el Abogado General D. Paolo Mengozzi en sus conclusiones finales emitidas con fecha 13 de julio de 2016, declaró que la doctrina del Tribunal Supremo, entendida a la luz de los principios de equivalencia y de efectividad, no se oponía al apartado 1, del artículo 6 de la Directiva 93/13CEE ²⁷.

Por último, no queremos dejar de analizar brevemente el análisis que realiza el TJUE del artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE que excluye de la apreciación del carácter abusivo las cláusulas que se refieran a la definición del objeto principal del contrato, a la adecuación entre precio y retribución y a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible.

El Gobierno español alegó en la vista pública que la cuestión prejudicial sobre los efectos de la declaración del carácter abusivo de las

²⁵ En esta sentencia ya citada, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, declaró con fundamento en el principio general de seguridad jurídica inherente al ordenamiento jurídico de la Unión, que se podía limitar la posibilidad de que los interesados invocasen una disposición por él interpretada con el fin de cuestionar relaciones jurídicas establecidas de buena fe, siempre que concurrieran dos criterios esenciales, a saber, la buena fe de los círculos interesados y el riesgo de trastornos graves.

²⁶ *Vid.* Apartado 70: «Procede recordar 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».

²⁷ *Vid.* Conclusiones del Abogado General D. Paolo Mengozzi de 13 de julio de 2016. Curia.europa.eu, C-154/15. El principio de equivalencia exige que la norma nacional controvertida 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 y el principio de efectividad exige que una disposición nacional no haga imposible o excesivamente difícil la aplicación del Derecho de la Unión.

cláusulas suelo no estaba incluida en el ámbito de aplicación del artículo 6 de la Directiva 93/13/CEE por ser cláusulas relativas al objeto principal del contrato que cumplieran los requisitos de claridad y comprensibilidad exigidas por el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, excluidas por tanto del control de abusividad.

Para el Gobierno español la declaración de abusividad contenida en la sentencia del Tribunal Supremo por falta de transparencia material (insuficiente información facilitada al consumidor) suponía un nivel de protección más elevado que el que garantizaba la propia Directiva.

Pues bien, el TJUE, en sus primeros apartados de la sentencia, analiza esta cuestión y afirma que el control de transparencia sobre las cláusulas que definen el objeto principal del contrato no se circunscribe a analizar si la cláusula está redactada de manera clara y comprensible, tal y como establece el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, sino igualmente a si el consumidor ha dispuesto, antes de la celebración del contrato de la información necesaria sobre las condiciones contractuales y consecuencias de su celebración²⁸.

Esta afirmación del TJUE de que las cláusulas relativas a la definición del objeto principal del contrato sí están sujetas al control de abusividad al amparo del artículo 6 de la Directiva 93/13/CEE, supone otro giro de su jurisprudencia ya que, hasta la fecha, había declarado como principio general que estas cláusulas estaban excluidas del control de abusividad, si estaban redactadas de manera clara y sencilla²⁹.

Por supuesto que hay que aplaudir esta sentencia del TJUE que marca un nivel mayor de protección del consumidor con su novedosa

²⁸ *Vid.* Apartados 48-50 y 51 «Por lo tanto, el examen del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13, de una cláusula contractual relativa a la definición del objeto principal del contrato, en caso de que el consumidor no haya dispuesto, antes de la celebración del contrato, de la información necesaria sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración, está comprendido dentro del ámbito de aplicación de la Directiva en general y del artículo 6, apartado 1, de ésta en particular.»

²⁹ *Vid.* STJUE de 30 abril 2014. Caso Arpad Kasler C-26/13 TJCE 2014\105 apartado 41: No obstante, el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 (LEur 1993, 1071), puesto en relación con su artículo 8, permite a los Estados miembros prever en la legislación de transposición de esa Directiva que «la apreciación del carácter abusivo» no abarca las cláusulas previstas en dicha disposición, siempre que dichas cláusulas se hayan redactado de manera clara y comprensible. De esa disposición resulta que las cláusulas a las que se refiere no son objeto de una apreciación de su posible carácter abusivo, pero, como ha precisado el Tribunal de Justicia, están comprendidas en el ámbito regulado por esa Directiva (véase en ese sentido la sentencia Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid [TJCE 2010, 162], EU: C: 2010: 309, apartados 31, 35 y 40).

interpretación del artículo 6 de la Directiva, equiparando el concepto de no vinculación a la nulidad absoluta con efectos retroactivos, y el artículo 4 de la Directiva 93/13/CEE en cuanto a la posibilidad de poder apreciar el carácter abusivo de una cláusula relativa al objeto del contrato. Ahora bien, como mantenemos en este artículo, esta jurisprudencia no existía cuando el Tribunal Supremo dicta su Sentencia de 9 de mayo de 2013, sino que la misma se crea *ex professo* para anular la doctrina del TS sobre la retroactividad parcial de las cláusulas suelo, y supone *de facto* dejar sin contenido la remisión que el artículo 6.1 realiza a «las condiciones estipuladas por sus Derechos nacionales» y el párrafo segundo del artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE.

3. Análisis de la jurisprudencia del TJUE sobre la interpretación de la Directiva 93/13/CEE hasta el dictado de la sentencia de 21 de diciembre de 2016

Del análisis de la jurisprudencia del TJUE anterior a su sentencia de 21 de diciembre del 2016, podemos concluir que este Tribunal no había interpretado el concepto de no vinculación, del artículo 6 de la Directiva 93/13/CEE, como una nulidad absoluta o *restitutio in integrum*, esto es, con una eficacia *ex tunc*.

Señala en el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE:

«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 TJUE había declarado en numerosas resoluciones que la función de la Directiva 93/13/CEE, no era perseguir la armonización de las sanciones aplicables en el supuesto de la declaración del carácter abusivo de una cláusula, sino que existieran medios adecuados y eficaces para el cese de su uso en los contratos celebrados con consumidores.

Igualmente había declarado que la sanción de nulidad contenida en una normativa nacional que determinaba el cese del uso de dichas cláusulas, cumplía con las exigencias del artículo 6, correspondiendo a cada estado, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, extraer las consecuencias de la comprobación de dicho carácter abusivo.

En este sentido se pronunció en su sentencia de 26 de abril de 2012 (Caso Nemzeti- Invitel Asunto C-472/10)³⁰, en la que declaró que una normativa nacional que preceptuaba la declaración de nulidad de una cláusula abusiva, cumplía las exigencias del artículo 6, apartado 1, en relación con el artículo 7, apartados 1 y 2 de la Directiva 93/13/CEE, ya que dicha sanción garantizaba que dicha cláusula no vincularía a esos consumidores, y al mismo tiempo no excluía otro tipo de sanciones adecuadas y eficaces que previeran las normativas nacionales.

En su sentencia de 30 de mayo de 2013 (Caso Joros Asunto C-397/11)³¹, reitera que una legislación nacional que establece la nulidad de las cláusulas declaradas abusivas cumple las exigencias del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE.

En su sentencia de igual fecha (Caso Dirk Frederik Asbeek Brusse y otros contra Jahani BV, Asunto C-488/11)³², recuerda que el artículo

³⁰ *Vid.* STJUE (Sala Primera) de 26 de abril de 2012, Caso Nemzeti –Invitel, TJCE 2012\98, dictada en una petición de decisión prejudicial en el marco de una acción de interés público ejercitada por la Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság (Oficina nacional de defensa del consumidor) contra Invitel Távközlési Zrt, en relación con el uso por Invitel de cláusulas supuestamente abusivas en contratos celebrados con consumidores, en la que se cuestionaba el artículo 209/B del Código Civil que disponía la nulidad a futuro de dicha cláusula abusiva, señala lo siguiente: «Si el órgano jurisdiccional declara, en el procedimiento indicado en el apartado 2, que la condición general de la contratación controvertida es abusiva, la declarará nula para el caso de que se utilice (en el futuro), con efectos para cualquier persona que contrate con el profesional que difundió públicamente la cláusula. Quien utilice la cláusula contractual abusiva deberá satisfacer las pretensiones que formulen los consumidores sobre la base de la sentencia. Asimismo, la sentencia del órgano jurisdiccional prohibirá a quien difundió públicamente la condición general de la contratación abusiva el uso de la misma».

³¹ *Vid.* STJUE de 30 de mayo de 2013, apartado 43, TJCE 2013\194.: «Como el Tribunal de Justicia ya ha juzgado, una legislación nacional, como la que es objeto del litigio principal, que establece la nulidad de las cláusulas declaradas abusivas, cumple las exigencias del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 (véase en ese sentido la sentencia de 26 de abril de 2012, Invitel, C-472/10, Rec. p. I-0000, apartados 39 y 40)».

³² *Vid.* STJUE de 30 de Mayo del 2013. apartado 48, TJCE 2013\145.: «Se ha de recordar que el artículo 6, apartado 1, primer fragmento de la frase, de la Directiva obliga a los Estados miembros a establecer que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor, «en las condiciones estipuladas por sus Derechos nacionales».49. El Tribunal de Justicia ha interpretado esa disposición en el sentido de que el juez nacional debe deducir todas las consecuencias que, según el Derecho nacional, deriven de la comprobación del carácter abusivo de la cláusula considerada, a fin de evitar que la mencionada cláusula vincule al consumidor (sentencias antes citadas Banco Español de Crédito, apartado 63, y Banif Plus Bank, apartado 27). El Tribunal de Justicia ha precisado acerca de ello que cuando el juez nacional considere abusiva una cláusula contractual se abstendrá de aplicarla, salvo si el consumidor se opone a ello (véase la sentencia Pannon GSM [TJCE 2009, 155] antes citada, apartado 35)».

6, apartado 1, primer fragmento de la frase, obliga a los Estados miembros a establecer que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus Derechos nacionales y que la interpretación que ha de darse a esta disposición es que el juez nacional debe deducir todas las consecuencias que, según el Derecho nacional, deriven de la comprobación del carácter abusivo de la cláusula considerada, a fin de evitar que la mencionada cláusula vincule al consumidor.

En su sentencia de 30 de abril de 2014 (Caso Árpád Kásler, Asunto C-26/13)³³, afirma que cuando un tribunal nacional conoce de un litigio entablado exclusivamente entre particulares, está obligado, al aplicar las normas del Derecho interno, a tomar en consideración todas las normas del Derecho nacional y a interpretarlas, en la medida de lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva aplicable en la materia para llegar a una solución conforme con el objetivo perseguido por ésta.

En su Sentencia de 21 de enero de 2015 (Caso Unicaja Caixabank, Asuntos C-484/13, C-485/13 y C-487/13)³⁴, indica que el juez nacional debe poder extraer del eventual carácter abusivo de la cláusula todas las consecuencias que se derivan de la Directiva 93/13/CEE, procediendo, en su caso, a la anulación de dicha cláusula.

Por último, en su Sentencia de 14 de abril de 2016 (Caso Sales Siunes y Drame Ba Asuntos C-381/14 Y C-385/14)³⁵, señala que la Directiva no persigue la armonización de las sanciones aplicables en el supuesto de la declaración del carácter abusivo de una cláusula en el marco de dichas acciones y que su artículo 7, apartado 1, obliga a los Estados miembros a velar por que existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

De los propios términos empleados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la jurisprudencia citada se desprende que el apartado 1 del artículo 6 de la Directiva 93/13/CEE, había sido inter-

³³ Vid. STJUE de 30 de abril de 2014, Caso Árpád Kásler, TJCE 2014\105. Apartado 64: «En ese sentido hay que recordar que cuando un tribunal nacional conoce de un litigio entablado exclusivamente entre particulares, está obligado, al aplicar las normas del Derecho interno, a tomar en consideración todas las normas del Derecho nacional y a interpretarlas, en la medida de lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva aplicable en la materia para llegar a una solución conforme con el objetivo perseguido por ésta (véase, en particular, la sentencia OSA [JUR 2014, 61148], C-351/12, EU: C:2014:110, apartado 44)».

³⁴ Vid. STJUE de 21 de enero de 2015. Apartado 41. TJCE 2015\4.

³⁵ Vid. STJUE de 14 de abril de 2016. Apartado 31. TJCE 2016\138.

pretado por dicho Tribunal en el sentido de que los jueces nacionales estaban obligados únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produjera efectos vinculantes para el consumidor en las condiciones estipuladas en sus derechos nacionales, pero sin haber otorgado nunca al concepto de no vinculación el efecto de una nulidad absoluta con efectos *ex tunc*.

4. Dictamen del Abogado General

Como ya hemos señalado, el Abogado General D. Paolo Mengozzi, en sus conclusiones finales, declaró que la doctrina del Tribunal Supremo, entendida a la luz de los principios de equivalencia y de efectividad, no se oponía al apartado 1, del artículo 6 de la Directiva 93/13/CEE ³⁶.

Afirma el Abogado General que del análisis de la jurisprudencia del TJUE, no podía deducirse que se hubiera establecido una relación automática entre el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE y la nulidad de las cláusulas abusivas, ya que hasta la fecha dicha sanción no había representado para el TJUE la única la respuesta jurídica a la exigencia de que las cláusulas abusivas no tuvieran carácter vinculante.

Señala el Abogado General que el legislador no optó en su día por emplear un término jurídico más preciso como hubiera sido el caso, por ejemplo, de una referencia expresa a la nulidad, a la anulación o a la resolución debido a la remisión que dicho artículo hacía a los Derechos nacionales³⁷.

Para el Abogado General la utilización del futuro de indicativo («no vincularán») indica que el legislador de la Unión no quiso ir más lejos en la determinación de la sanción aplicable a las cláusulas abusivas y, en particular, del modo en que los Estados miembros debían disponer que éstas no surtieran efectos vinculantes, tal como se exige en el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE y de hecho en las versiones de las Directiva en otros países comunitarios el concepto de «no vinculante» está redactado en futuro; así, en la versión francesa, el vigésimo primer considerando de Directiva 93/13/CEE parece situar en el futuro esta falta de efectos vinculantes («ne liera pas»); en

³⁶ *Vid.* Conclusiones Abogado General D. Paolo Mengozzi de 13 de julio de 2016. Curia.europa.eu, C-154/15.

³⁷ Apartado 61 de las Conclusiones.

alemán, «unverbindlich sind»; en inglés, «shall [...] not be binding»; en italiano, «non vincolano»; en portugués, «não vinculem».

Recuerda el Abogado General que este problema de la sanción derivada de la declaración de abusividad ya fue objeto de análisis por el legislador de la Unión, como se desprende del Informe sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CEE de 27 de abril de 2000, donde ya se indicaba que, «dada la diversidad de tradiciones jurídicas existentes, el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE ha sido incorporado de diferente manera (las sanciones civiles varían entre la inexistencia, la nulidad, la anulabilidad, la ineficacia o la no aplicabilidad de las cláusulas abusivas). (...) No es fácil determinar el grado en que los diferentes ordenamientos jurídicos nacionales reconocen estas posibilidades, pero hay razones para temer que muchos de ellos no lo hacen»³⁸.

Concluye el Abogado General que si el Derecho de la Unión no armoniza ni las sanciones aplicables en el supuesto del reconocimiento del carácter abusivo de una cláusula ni las condiciones en las que un órgano jurisdiccional supremo decide limitar los efectos de sus sentencias, la presente situación debe quedar regida por el ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros en virtud del principio de autonomía procesal, no siendo competencia del Tribunal de Justicia subsanar la imprecisión del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE alegando su función interpretadora, ni delimitar el modo en que los ordenamientos jurídicos nacionales deben de configurar la falta de fuerza vinculante, ya que ello solo corresponde a los propios Estados miembros³⁹. Señala el Abogado General que si el TJUE resolviera que el artículo 6 de la Directiva ha de interpretarse en el sentido de que, ante una cláusula abusiva, el juez nacional debe constatar la nulidad de dichas cláusulas y reconocer un correlativo derecho a una *restitutio in integrum*, es decir, desde el momento de la celebración del contrato, privaría de todo efecto útil la remisión expresa a los Derechos nacionales contenida en esa disposición y poca defensa podría oponer frente a quienes le acusaran de haber realizado una armonización jurisprudencial⁴⁰.

Por último, el Abogado General en sus conclusiones finales, a diferencia de lo que dictaminó posteriormente el TJUE, consideró que la doctrina contenida en las sentencias del Tribunal Supremo si constituían un medio adecuado y eficaz para el cese el uso de dicha cláusula

³⁸ Apartado 70 de las Conclusiones.

³⁹ Apartado 61 de las Conclusiones del Abogado del Estado

⁴⁰ Apartado 64.

la: «el efecto disuasorio queda plenamente garantizado, pues todo profesional que, con posterioridad al 9 de mayo de 2013, introduzca tales cláusulas en sus contratos será condenado a eliminarlas y a devolver las cantidades abonadas en virtud de las mismas. En consecuencia, el comportamiento de los profesionales se verá necesariamente modificado a partir del 9 de mayo de 2013 y la efectividad de la Directiva de cara al futuro quedará plenamente garantizada».

V. EL TRIBUNAL SUPREMO, EN SUS SENTENCIAS DE 9 DE MAYO DE 2013 Y 25 DE MARZO DE 2015, NO INFRINGIÓ LA DIRECTIVA 93/13/CEE

El Tribunal Supremo, en sus sentencias de 9 de mayo de 2013 y 25 de marzo de 2015, al limitar el efecto retroactivo de la sanción de nulidad por abusividad de las cláusulas suelo, no infringió ni las exigencias del artículo 6, apartado 1 de la Directiva 93/13/CEE, ni la jurisprudencia del TJUE en cuanto al alcance e interpretación del concepto de «no vinculación» como sanción aplicable a la declaración de abusividad.

En estas sentencias el Tribunal Supremo analizó, de conformidad con los criterios fijados por el TJUE, si dadas las circunstancias propias del caso, la cláusula suelo cumplía las exigencias de buena fe, equilibrio y transparencia y ello pese a ser una cláusula definitoria del objeto principal, excluida en principio, de dicho control por el artículo 4.2 de la Directiva.

El Tribunal Supremo sancionó la abusividad de estas cláusulas con la declaración de su nulidad absoluta (art. 83 Real Decreto Legislativo 1/2007), cumpliendo así las exigencias del artículo 6 según jurisprudencia del TJUE⁴¹.

⁴¹ Así lo reconoció la Comisión Europea en sus observaciones escritas de fecha 13 de julio de 2015:

«26. Sin embargo, el propio Tribunal de Justicia ha reconocido que un régimen jurídico que sanciona las cláusulas abusivas con la nulidad cumple las exigencias del artículo 6, apartado 1, en relación con el artículo 7, apartados 1 y 2 de la Directiva.

27. De acuerdo con lo que consta en el Auto de remisión, el ordenamiento jurídico español y en concreto los artículos 83 del Real-Decreto Legislativo 1/2007 y 8 de la Ley 7/1998 contemplan que las cláusulas abusivas serán consideradas nulas de pleno Derecho.

28. Dicho marco jurídico sería por tanto conforme con el concepto de «no vinculación» contemplado en el artículo 6.1 de la Directiva.»

Y así lo señala el Abogado General en el apartado 65 de sus conclusiones finales: «A continuación, debo señalar que el estado del Derecho nacional se ajusta a lo exigido».

En esta sentencia, el Tribunal Supremo, al limitar el efecto retroactivo de la declaración de nulidad por efusividad, gradúa el efecto *restitutio in integrum* del artículo 1303 del CC lo cual, como recuerda en su sentencia, no era una anomalía o excepcionalidad ni en nuestra normativa ni jurisprudencia y sólo para ser aplicada cuando se dieran las circunstancias concretas que expresamente enumeraba en su sentencia. En definitiva, el Tribunal Supremo en sus sentencias de 9 de mayo del 2013 y 25 de marzo del 2015, no crea una doctrina jurisprudencial que limita la eficacia retroactiva de la declaración de nulidad contenida en el artículo 1303 del CC.

En consecuencia, esta doctrina jurisprudencial no suponía su aplicación automática por parte de los jueces y tribunales españoles cuando se les sometiera a su análisis la abusividad de una cláusula suelo inserta en un contrato de adhesión con un consumidor. Los jueces debían valorar si se daban las circunstancias concretas señaladas por el Tribunal Supremo pues, en caso contrario, p. ej. existencia de mala fe o falta de claridad o transparencia en la inserción de la cláusula, la declaración de nulidad sí tendría efectos retroactivos. De igual manera, si apreciaban, según las circunstancias del caso, que había existido suficiente información al consumidor, la declaración sería de no abusividad de dicha cláusulas, sin que en ambos supuestos se infringiera la jurisprudencia comunitaria ni la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo creada *ex professo* para aquellas reclamaciones en las que se dieran las circunstancias analizadas en sus sentencias de 9 de mayo de 2013 y 25 de marzo de 2015⁴².

Podrán o no compartirse los argumentos utilizados por el Tribunal Supremo para sustentar la doctrina de la irretroactividad de la declaración de abusividad de las cláusulas suelo, como así parece desprenderse de la doctrina mayoritaria incluido el voto particular contenido en la STS de 25 de marzo de 2015, pero entendemos que esta cuestión no era revisable por el TJUE, ya que la fundamentación jurídica contenida en las sentencias del Tribunal Supremo era el re-

do por la Directiva 93/13. En efecto, resulta claramente de los autos que la sanción aplicable en principio en el ordenamiento jurídico español a las cláusulas abusivas es la nulidad, la cual da derecho a una restitución íntegra. (71) Se trata en este caso del nivel máximo de la sanción civil que elimina todos los efectos de la cláusula abusiva. No obstante, lo que plantea el problema en los tres presentes asuntos es el hecho de que el órgano jurisdiccional supremo haya recurrido a una vía procesal que le permite limitar los efectos en el tiempo de sus sentencias».

⁴² *Vid.* STS, Sala de lo Civil, Sección Pleno, núm. 171/2017 de 9 marzo, en la que ha declarado la no abusividad de la cláusula suelo al quedar acreditado que la misma fue objeto de negociación individual y no estaba enmascarada entre otras cláusulas para que pasara desapercibida para el consumidor.

sultado de la aplicación del derecho interno, concretamente la eficacia del artículo 1303 del CC.

Dicho esto, tras el dictado de esta sentencia por el TJUE, en la que se ha pronunciado expresamente sobre la interpretación del concepto de no vinculación contenido en el artículo 6.1 de la Directiva, todos los órganos judiciales de la Unión Europea, sean cuales sean «las condiciones estipuladas en sus derechos nacionales», deberán otorgar efectos *ex tunc* a la declaración de abusividad de una cláusula contenida en un contrato suscrito con consumidores habiendo quedado *de facto* sin contenido o eficacia alguna la remisión específica que el artículo 6.1 realizaba a los derechos nacionales.

De hecho, el Tribunal Supremo en la primera sentencia que ha dictado sobre la nulidad de una cláusula suelo, tras la sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016, ha modificado su jurisprudencia y ha otorgado eficacia retroactiva a la declaración de nulidad ⁴³.

En sus fundamentos jurídicos afirma que, tras la sentencia del TJUE 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 artículo 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 artículo 7.1 de la misma Directiva.

El Tribunal Supremo asume íntegramente la sentencia del TJUE ya que, como explica en sus fundamentos jurídicos, está obligado a ello de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea así como del Tribunal Constitucional (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) que obligan a los jueces nacionales, en su condición de jueces de la Unión, a salvaguardar la efectividad del Derecho comunitario y su primacía sobre el Derecho nacional.

Afirma que el procedimiento de remisión prejudicial se basa en una cooperación que implica un reparto de funciones entre el juez nacional, competente para aplicar el Derecho comunitario a un litigio concreto, y el Tribunal de Justicia, al que corresponde garantizar la interpretación uniforme del Derecho comunitario en el conjunto de los Estados miembros y que las sentencias prejudiciales son obligatorias, según el artículo 91 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia y tienen, como regla, una eficacia *ex tunc* desde su

⁴³ Vid. STS de 24 de febrero de 2017, núm. 123/2017. RJ 2017602.

pronunciamiento, sin perjuicio de que el Tribunal de Justicia pueda limitar su dimensión temporal cuando concurren consideraciones imperiosas de seguridad jurídica.

Por último el Tribunal Supremo en su reciente auto de 4 de abril de 2017, recurso núm. 7/2017, ha zanjado la controversia suscitada tras la sentencia del TJUE respecto a aquellas reclamaciones en las que existía sentencia firme en las que se condenó a devolver únicamente la cantidades satisfechas desde la sentencia del TS de 9 de mayo de 2013, declarando que no cabe interponer demanda de revisión al prevalecer el efecto de cosa juzgada de la sentencia firme dictada con anterioridad.

Como reflexión final, nos preguntamos si esta nueva interpretación del artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE, que supone la declaración de efectos *ex tunc* a la declaración de abusividad de una cláusula por falta de transparencia en su vertiente de falta de información previa, incluidos los supuestos de cláusulas que definen el objeto principal del contrato y aun cuando el empresario haya actuado de buena fe o al menos de acuerdo con la normativa vigente, se conseguirá una mayor protección para el consumidor o por el contrario, algunos jueces y tribunales españoles serán más restrictivos en la declaración de dicha abusividad para evitar que con la misma se pueda producir un enriquecimiento injusto para el consumidor.

En todo caso se ha abierto la caja de pandora para que los jueces y tribunales españoles se lancen a presentar cuestiones prejudiciales ante el TJUE cada vez que tengan dudas sobre la abusividad de una cláusula contenida en un contrato suscrito con un consumidor o no estén de acuerdo con la normativa vigente o la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo. A la larga el resultado será beneficioso porque clarificará de una vez por todas la aplicación de la Directiva 13/93/CEE y dará seguridad jurídica a todos los operadores en materia de contratación con consumidores.

