

**Cláusula Suelo, un conflicto no resuelto.**

## **1. Problemática social originada por la cláusula suelo y soluciones que aplicaron los tribunales.**

1.1 Sentencia del TJUE, un mismo camino hacia soluciones contradictorias.

1.2 Nulidad de pleno derecho de las cláusulas suelo y restitución de las cantidades percibidas por la entidad debido a su aplicación.

1.3 Legalidad y vigencia de las cláusulas suelo.

1.4 Nulidad de la cláusula suelo sin *restitutio*.

## **2. La respuesta del TS al conflicto generado con la CS: STS de 9 de mayo de 2013.**

2.1 Condiciones generales de la contratación.

2.2 Legalidad en abstracto de la cláusula suelo y falta de transparencia en sentido concreto.

2.3 La nulidad parcial de los contratos, el principio de *utile per inutile non vitiatur*.

2.4 Límite de la retroactividad.

2.5 Fallo del TS.

## **3. Crítica de la STS de 9 de mayo de 2013.**

3.1 Limitación en el tiempo, una de cal y otra de arena.

3.2 Un resultado inesperado, una solución distinta para una situación muy similar, la "cláusula de redondeo".

## **4. El panorama a día de hoy**

4.1 Nulidad y restitutivo.

4.2 Nulidad *sin restitutio*.

## **5. Conclusión y opinión personal.**

## **1. Problemática social originada por la cláusula suelo y soluciones que aplicaron los tribunales.**

La situación de crisis económica y financiera, junto con las dificultades que muchas familias estaban experimentando a causa del elevado porcentaje de paro que azotaba al Reino de España, puso de manifiesto un problema que había pasado desapercibido para la gran mayoría: en las cuotas del préstamo hipotecario de una parte importante de los consumidores que habían suscrito con las entidades bancarias no podían verse beneficiadas de las oscilaciones a la baja que experimentase el tipo de interés conocido como EURIBOR, que es fijado periódicamente por el Banco Central Europeo.

Todo ello ocasionó una avalancha creciente como una bola de nieve de demandas contra dichas entidades por parte de usuarios, tanto de forma individual, como a través de asociaciones de consumidores, como es el caso de AUSBANC que como veremos será protagonista en una de las partes más importantes de este escrito. Como consecuencia, también surgieron diversos grupos que pretendían ayudar a los perjudicados con este problema, perjudicados que en muchos casos se trataba de familias azotadas por el desempleo que atravesaban grandes dificultades para hacer frente al pago de sus hipotecas o que en otros casos ya habían sido desposeídas de sus hogares, grupos como por ejemplo el de la Plataforma de Afectados por la Hipoteca, más comúnmente conocida como la PAH.

### **1.1 Sentencia del TJUE, un mismo camino hacia soluciones contradictorias.**

Si bien es cierto que anteriormente ya se habían pronunciado los tribunales de primera y segunda instancia al respecto de la cláusula suelo, cabe poner de relieve que la intensidad del problema se mostró tras la STJUE, donde se manifestó que los tribunales pueden apreciar la abusividad de las cláusulas contenidas entre entidades y consumidores y, por ende, determinar si las cláusulas contenidas en los contratos hipotecarios disponen de tal carácter: *"un órgano jurisdiccional nacional puede apreciar en cualquier circunstancia, en el marco de un litigio relativo a un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, el carácter abusivo de una cláusula no negociada individualmente, que se refiera en particular al objeto principal de dicho contrato, incluso en supuestos en que esta cláusula haya sido redactada de antemano por el profesional de manera clara y comprensible[...] al autorizar la posibilidad de un control jurisdiccional completo del carácter abusivo de las cláusulas[...], contenidas en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la normativa española de que se trata en el litigio principal permite garantizar al consumidor, [...], una protección efectiva más elevada que la prevista por ésta"*(STJUE de 3 de junio de 2010. Caso CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE MADRID contra Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios[TJCE 2010/163]). La doctrina citada, se complementa también con la jurisprudencia anterior que de acuerdo con la normativa europea, una vez facultados los tribunales españoles para apreciar la abusividad de las cláusulas entre consumidores y entidades, éstos adquieren a su vez la facultad para apreciar la misma de oficio, de acuerdo con la STJCE de 26 de octubre de 2006 Caso Mostaza Claro Contra Centro Móvil Milenium S. L.[TJCE 2006/299]: *" la facultad del Juez para examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula constituye un medio idóneo tanto para [...] –impedir que el consumidor individual quede vinculado por una cláusula abusiva–, como para ayudar a [...] ejercer un efecto disuasorio que contribuya a poner fin a la utilización de cláusulas abusivas en los contratos celebrados por un profesional con los consumidores[...]"*.

Muchos usuarios consideraron reconocidos sus derechos cuando algunos tribunales declararon la nulidad de la cláusula suelo, aunque otros vieron cumplidas sus expectativas de maneras muy diferentes.

## **1.2. Nulidad de pleno derecho de la cláusula suelo y restitución de las cantidades percibidas por la entidad debido a su aplicación.**

Una gran parte de la jurisprudencia y la mayoritaria en este sentido se pronunció de forma férrea acerca de la nulidad de las condiciones generales de la contratación a las que sometieron a las cláusulas suelo y como consecuencia, los Bancos debían devolver todo el capital que hubiesen ganado con las mismas.

### **SJM de Palma de Mallorca de 2 de febrero de 2012[AC 2012/316].**

En la resolución, el Juzgado de Palma se muestra firme al respecto de una cláusula suelo que disponía un interés mínimo aplicable del 4.5% con un interés máximo de la escandalosa cifra del 28% y pronuncia que: *"No estamos ante una horquilla dudosa", como por ejemplo si estuviéramos ante una acotación entre un suelo del 3% y un techo del 12%, caso en que necesitaríamos de específicos estudios para conocer si la cláusula de limitación es o no desproporcional, aquí estamos presenciando el ejemplo claro de las consecuencias de una posición desigual y del poder de la entidad de crédito frente al consumidor, es la representación de David contra Goliath, en la que el consumidor ha firmado un elevado límite a la baja con evidente repercusión desfavorable para sí mismo, pero que a cambio no ha obtenido ningún límite al alza, es una "cláusula techo" que por su inoperancia llega al absurdo y le deja a la intemperie, es decir, se le ha impuesto sencillamente una cláusula "suelo" sin reciprocidad alguna. Por ello entiendo que ante tal evidente desproporción, la cláusula invocada debe ser considerada abusiva y por ende, en aplicación de los artículos 80 y 82 en relación con el 86.7, 87.6, y 89.1 de la LGDCU, es obligado declarar su nulidad, que engloba no sólo al límite "suelo" sino también al "techo".*

Por todo ello, condena a la entidad bancaria balear demandada a eliminar la cláusula suelo(CS, de ahora en adelante) y a devolver las cantidades percibidas en concepto de su aplicación.

### **SAP de Cáceres de 13 de febrero de 2013[AC 2013\700].**

En la sentencia, la Audiencia se pronuncia en el mismo sentido, aunque ésta va más allá: *"se plantea [...] si las cláusulas suelo-techo a que se refiere la Demanda, son o no abusivas por resultar desproporcionadas, carentes de reciprocidad y contrarias a la buena fe", estableciendo que: "las cláusulas no negociadas individualmente incorporadas a contratos con consumidores deben reunir, entre otros, los siguientes requisitos: buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas."* Por otra parte, se refieren también a la doctrina generada por la STJUE antes expuesta, entrando por ello a examinar el fondo de la cuestión.

El tribunal de segunda instancia considera tras su examen, que las cláusulas suelo-techo son realmente desproporcionadas, generando éstas unos perjuicios económicos serios para el consumidor, y no habiendo contraprestación fáctica para el mismo. Así pues, dispone: *"De otro lado, tampoco se da la reciprocidad, entendida en los términos expuestos anteriormente, pues se recogen limitaciones, tanto en el tipo mínimo como máximo, cuya falta de proporcionalidad, no ha quedado debidamente justificada, lo que unido a la aplicación de condiciones económicas más favorables, en cuanto al diferencial aplicable, excluyen la ausencia de reciprocidad"*. También se determina que, en contra de lo que sostiene el recurrente(la entidad bancaria) las cláusulas suelo son consideradas condiciones generales de la contratación y por ende, están sometidas a lo que la LCGC disponga, añadiendo que: *"[...] el concepto de cláusula contractual abusiva es aplicable a los contratos celebrados entre profesionales y consumidores, y puede darse tanto en condiciones generales, como en contratos particulares que incluyen cláusulas predispuestas a las que el consumidor se limita a adherirse, es decir, sin negociación individual."*

Finalmente, la Audiencia Provincial (AP, de ahora en adelante) de Cáceres dictamina que: "*se constata una falta de semejanza entre las acotaciones al alza y a la baja comúnmente practicadas por la demandada en los préstamos hipotecarios*", y condena a la entidad bancaria a eliminar la cláusula suelo y a abstenerse de utilizarlas en el futuro. También obliga a la entidad condenada a restituir al consumidor las cantidades percibidas en concepto de interés ordinario a tenor de la aplicación de la cláusula citada junto con los intereses.

En el mismo sentido que las dos anteriores, se pronuncian las: SAP de Cáceres de 10 de julio de 2012[AC 2012/1375]; SAP de Toledo de 12 de septiembre de 2012[AC 2012/1717]; SAP de Badajoz de 26 de febrero 2013[AC 2013/714]; SAP de Barcelona de 13 de marzo de 2013[AC 2013/944]; y la SAP de las Islas Baleares de 22 de marzo de 2013[JUR 2013/166658].

### **1.3. Legalidad y vigencia de las cláusulas suelo.**

En sentido radicalmente opuesto, se manifestó un sector bastante amplio de la jurisprudencia de primera y segunda instancia, aunque menor al anteriormente citado. Los tribunales afines a esta corriente determinaban la no abusividad de las cláusulas con su consiguiente vigencia en los contratos respectivos, el argumento mayoritario incluía a las CS como parte del precio del propio contrato.

#### **SAP de Segovia de 28 de diciembre de 2012[JUR 2013/177904].**

La AP considera que la falta de información que los demandantes alegan como hechos fácticos su carencia de conocimientos que les pudiesen habilitar para entender en qué consistía la cláusula suelo y que la entidad demandada, que ocultó la citada, conocía las fluctuaciones que iba a realizar el interés de referencia, establece que los mismos constituirían de por sí la nulidad absoluta del contrato. El tribunal, a expensas de lo argumentado afirma que no comprende por qué entonces los demandantes únicamente solicitaron la nulidad de las cláusulas abusivas.

La audiencia se pronuncia en el sentido de que no existe mala fe por parte de la entidad bancaria y que de por sí las cláusulas suelo no son ilegales(aunque no citan ninguna circunstancia en base a la cual, según su criterio sí resultarían contrarias a derecho), acudiendo a las máximas de la experiencia con respecto al posible desconocimiento alegado: "*Aunque no se destaque la cláusula suelo como cláusula específica sí que en negrilla se destacan los tipos de interés que debían operar a lo largo de la vida del préstamo lo que sin duda permitía fijarse en el tipo de interés que como mínimo (cláusula suelo) debería abonar siempre el prestatario. Para cualquier persona, aún sin conocimientos especializados en el sector financiero, es sabido que el interés es el precio que cobra el banco por el capital prestado por lo que es difícilmente imaginable que nadie firme un préstamo sin comprobar ese elemento esencial del contrato. En los contratos los intereses se determinan de manera muy sencilla, comprensible para cualquiera, fijándose en todos un interés fijo durante doce meses, un interés variable con un interés diferencial y un interés mínimo. La plasmación en todas las escrituras de estos datos es muy simple y fácil de comprender.*"

Por todo ello, la AP de Segovia revoca la sentencia de primera instancia que condenaba a BANKIA S.A. a eliminar las CS de los contratos de los demandantes y mantiene la vigencia de éstas.

#### **SAP de Jaén de 5 julio de 2012[AC 2013/545].**

En su resolución, la AP se refiere a la cláusula objeto del estudio del siguiente modo: "*se considera que tales cláusulas no son condiciones generales de la contratación, no tienen carácter accesorio sino que como uno de los factores de determinación del precio del contrato (junto con el interés referencial y el interés diferencial), precisamente el que determina el mínimo que habrá de pagar el prestatario, forman parte integrante de uno de los elementos esenciales del mismo. Como tal es el elemento decisivo a la hora de decantar su voluntad para contratar, el que necesariamente conoce,*

*sobre el que reflexiona la conveniencia o no de hacer el contrato, a diferencia de las condiciones generales, las cuales el consumidor puede no tomar en consideración o desconocer, o no comprender su alcance y trascendencia o adherirse a ellas pese a su disconformidad porque lo que verdaderamente le interesa es el objeto principal del contrato y la conveniencia de las condiciones esenciales del mismo.[...]Decide libremente si acepta o no la oferta vinculante que la entidad de crédito le ha presentado. Estando minuciosamente regulado el proceso de contratación que garantiza la transparencia, la información, la libre formación de la voluntad del prestatario, y si tras ello expresa su voluntad de aceptar y obligarse, ha de concluirse que lo hace libremente, con total conocimiento del contenido del pacto de limitación de la variabilidad de intereses, configurador del precio de la operación".*

En base a los argumentos esgrimidos, la audiencia concluye con que la cláusula suelo no constituye una condición general de contratación, sino que forma parte del mismo precio del negocio jurídico en el que consiste el préstamo hipotecario y que por tanto, es el mismo objeto del contrato. Por todo ello, y al considerar que al ser ésta lo suficientemente recíproca confirma la sentencia del tribunal *a quo* en la que se desestimaba la pretensión de los usuarios. Por lo tanto, se mantiene la CS.

Del mismo modo se pronuncian: SSAP de Sevilla de 7 de octubre de 2011[AC 2011/1569], de 29 de octubre de 2012[AC 2013/793] y de 22 de marzo de 2013[AC 2013/1616]; SAP de Jaén de 14 de mayo de 2012[AC 2013/1376] y SAP de Zamora de 22 de enero de 2013[JUR 2013/87420].

#### **1.4. Nulidad de la cláusula suelo sin *restitutio*.**

Un tercer sector de la jurisprudencia, aunque mucho menor que las dos anteriores expuestas, se pronunció a favor de la nulidad de las cláusulas abusivas en cuestión debido a la falta de transparencia, aunque no contemplaban que ello conllevará la devolución monetaria que contemplaba la primera corriente mencionada.

#### **SAP de Barcelona de 7 de abril de 2011[JUR 2011/199491].**

En primer lugar, la AP pone de relieve la falta de transparencia por parte de la entidad bancaria al firmar el contrato con el consumidor, puesto hubo un margen muy corto de tiempo desde que se le hizo una oferta vinculante para firmar el contrato. Además, también se pone de manifiesto la discordancia entre la información contenida en la oferta vinculante y lo contenido en el contrato que fue firmado con posterioridad, "*La cuestión litigiosa referente a la no coincidencia de lo consignado en la Oferta y en el clausulado de la escritura resulta clara*" por lo que el consumidor se ve claramente perjudicado, pues podría haberse negado a suscribir el contrato hipotecario. Finalmente, añade "*Esta discrepancia semántica, con las consecuencias que implica, en modo alguno puede perjudicar al prestatario-actor [...] puesto que se trata de una discordancia provocada por el Banco[...]*".

Por lo tanto, *la ratio decidendi* de la SAP, no es otra que la falta de transparencia en las actuaciones de la entidad bancaria para con el consumidor, junto con la subsunción de las cláusulas suelo en condiciones generales de la contratación y por ende, declara nula la CS, aunque no se pronuncia al respecto de la devolución de ninguna cantidad cobrada en virtud de la misma.

#### **SJPI de Cáceres de 18 de octubre de 2011[AC 2011/1581].**

El JPI toma como determinante el que por una parte el desequilibrio al que se ve sometido el consumidor: "*desde la posición de dominio de la entidad de crédito, en cuanto a su información y a la predisposición del contrato, el establecer el desequilibrio descrito contraría la buena fe contractual, al beneficiar exclusivamente a la entidad y no al consumidor. Se asumen las tesis de la parte demandante que entiende que este desequilibrio ya es, por sí mismo, contrario a la exigencia de la buena fe, que impone precisamente un equilibrio contractual, legalmente exigido*". Añade el tribunal, por otra parte que en contra de lo dispuesto en algunas otras sentencias la cláusula suelo no es parte del precio por el que el consumidor contrae el contrato y encuadra las mismas como

condiciones generales de la contratación y por consiguiente, su sometimiento a las condiciones de nulidad de las mismas.

Con respecto a lo anterior, se pronuncia entonces sobre la magnitud del desequilibrio anteriormente expuesto y lo hace con dureza: *"el desequilibrio es importante, no sólo por la vida natural del contrato de préstamo hipotecario, sino por el traspaso al consumidor de los riesgos o ventura de la variación del tipo de interés"*. Concluyendo, el JPI condena a la entidad bancaria a eliminar las citadas cláusulas contenidas en los contratos de los usuarios parte en el pleito, pero tampoco se menciona al respecto de la restitución de cantidad económica alguna.

Con las mismas consecuencias se pronunciaron otras AAPP como puede apreciarse: SJM de 11 de marzo de 2011[ **AC 2011/179** ]; SAP de A Coruña de 22 de febrero de 2013[**JUR 2013/126246**]; y SJPI de Ferrol de 18 de enero de 2014[**JUR 2014/4634**].

Atendiendo a todo ello, se puede apreciar que las soluciones que los tribunales aplicaban a un problema que tenían aproximadamente un 30% de los titulares de contratos de hipoteca, eran dispares y opuestas. A estas alturas conviene decir que del examen de una cláusula suelo plasmado en escritura hipotecaria y de las consecuencias que ello derivaba en los pagos mensuales que se efectuaban, aumentaban la cuota en un abanico oscilante entre 100 y 300 euros. Por lo tanto era altamente necesario que se pronunciase el Tribunal Supremo al respecto. Respuesta en la que muchas personas tenían ciertas expectativas proyectadas que no fueron frustradas hasta el 9 de mayo de 2013, cuando se pronunció al respecto.

## **2. La respuesta del TS al conflicto generado con la CS: STS de 9 de mayo de 2013.**

La sentencia, de una extensión moderada, hace un riguroso estudio de todos los aspectos a tener en cuenta para determinar la licitud o ilicitud de la citada cláusula y sus efectos. En primer lugar, se establecen una serie de datos de carácter bancario, en el que se establecen modelos de contrato pertenecientes a las diversas entidades bancarias sometidas en el procedimiento contra AUSBANC. Así pues, se examinan datos como las cláusulas referentes al tipo de interés variable y las ya conocidas como CS, las cuales en la jerga bancaria se llaman "limitadoras de la variación del tipo de interés", todos ellos claro está, referentes a los contratos hipotecarios objeto del procedimiento de la sentencia a comentar. Se puede apreciar en todos ellos, un claro ejemplo de en qué consiste la CS: *"aunque el valor del índice de referencia que resulte de aplicación sea inferior al 2'50 %, éste valor, adicionado con los puntos porcentuales expresados anteriormente para cada supuesto, determinará el "tipo de interés vigente" en el "período de interés". Todo ello, sin perjuicio de la aplicación en su caso de la bonificación prevista en el apartado siguiente. El tipo aplicable al devengo de los intereses ordinarios no podrá ser, en ningún caso, superior al 15 % nominal anual."* El tipo de interés aplicable en estos contratos, se obtiene básicamente mediante el conjunto de dos sumandos, siendo por una parte el primero, el valor de índice de referencia (que en un porcentaje muy elevado corresponde al índice fijado por el Banco Central Europeo, conocido como EURIBOR) junto con el diferencial o porcentaje fijo que se le suma al anterior, deduciéndose de ello la cuota que debe abonar el consumidor. Del mismo modo lo explica el Tribunal en la sentencia, exponiendo de forma simple y comprensible esta pequeña fórmula en el Fundamento de Derecho Primero.

En el citado ejemplo, podemos ver dos tipos de limitaciones aplicables al valor del índice de referencia, una que lo limita a la baja, y otra que lo limita a la alza. La primera, es la conocida como cláusula suelo que, impide al usuario beneficiarse de las bajadas que experimente el índice tomado como referencia en el préstamo hipotecario, debiendo éste satisfacer siempre una cuantía mínima incluso cuando el índice expuesto sea inferior al contenido en la cláusula. Por el contrario, se contiene también una limitación del interés, aunque ésta se hace a la alza limitando las posibles subidas que el índice pudiese experimentar. Esta última se conoce como cláusula techo

Por otra parte, también es debatida la legitimación de AUSBANC para formar parte del proceso, al reclamar dicha asociación sobre los contratos celebrados por otras personas ajenas y, afiliadas a la misma, considerando el TS no sin controversias que la asociación sí puede representar los intereses mencionados (como se dirá más adelante) y entrando por ende, a resolver sobre la cuestión de fondo y que es objeto de este estudio.

Posteriormente, el TS hace un breve análisis del caso, hechos litigiosos y la situación de cada una de las partes, situación y cuáles fueron los fallos de las sentencias de los tribunales de primera y segunda instancia, en las que primero se eliminaron las cláusulas por considerarse abusivas y segundo, fueron declaradas como no abusivas y se mantuvo su integridad en sus respectivos contratos. También se hacen una breve mención de los recursos y su admisibilidad, concluyéndose con un índice de la sentencia.

Además se se somete a debate la legitimación de AUSBANC en el sentido de que ésta fue excluida del registro pertinente, concluyéndose con que la entidad sí poseía todos los requisitos en el momento del planteamiento del conflicto jurídico en el que nos encontramos.

Definida la sentencia a grandes trazos, vamos a detenernos en las partes relevantes al caso que nos atañe.

## **2.1. Condiciones generales de la contratación.**

El TS dirime las controversias suscitadas con anterioridad entre los diversos tribunales de instancias inferiores y brinda una solución definitiva para el problema de no saberse con certeza cuál debería ser la calificación de la CS. Del siguiente modo, establece el porqué la cláusula citada deberá ser considerada como condición general de la contratación: *"la LCGC[...] dispone que "son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, [...], constituyen requisitos para que se trate de condiciones generales de la contratación los siguientes:*

*-Contractualidad: se trata de "cláusulas contractuales" y su inserción en el contrato no deriva del acatamiento de una norma imperativa que imponga su inclusión.*

*-Predisposición: la cláusula ha de estar prerredactada, siendo irrelevante que lo haya sido por el propio empresario o por terceros, siendo su característica no ser fruto del consenso alcanzado después de una fase de tratos previos. En particular en el caso de los contratos de adhesión.*

*-Imposición: su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes -aunque la norma no lo exige de forma expresa, dada su vocación de generalidad, debe ser impuesta por un empresario-, de tal forma que el bien o servicio sobre el que versa el contrato nada más puede obtenerse mediante el acatamiento a la inclusión en el mismo de la cláusula.*

*-Generalidad: las cláusulas deben estar incorporadas a una pluralidad de contratos o estar destinadas a tal fin ya que, como afirma la doctrina, se trata de modelos de declaraciones negociales que tienen la finalidad de disciplinar uniformemente los contratos que van a realizarse".*

Por lo tanto, establece:

*"-El hecho de que se refieran al objeto principal del contrato en el que están insertadas, no es obstáculo para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de la contratación, ya que esta se definen por el proceso seguido para su inclusión en el mismo.*

*-El conocimiento de una cláusula -sea o no condición general o condición particular- es un requisito previo al consentimiento y es necesario para su incorporación al contrato, ya que, en otro caso, sin perjuicio de otras posibles consecuencias - singularmente para el imponente- no obligaría a ninguna de las partes.*



*-No excluye la naturaleza de condición general de la contratación el cumplimiento por el empresario de los deberes de información exigidos por la regulación sectorial."*

Determinadas éstas como cláusulas generales de contratación, el Tribunal constata que las CGC concretas de las que estamos hablando pueden ser efectivamente incluidas en contratos y también en contratos celebrados con consumidores, superando éstas el doble control de transparencia que la LCGC les impone, aunque también deja ver que ello no es óbice alguno para que la CS sea también considerada como parte del precio del contrato hipotecario.

Por ende, finaliza en principio la discusión que situaba estas cláusulas en una situación intermitente entre una parte del precio del contrato hipotecario y cláusulas generales de la contratación con falta de transparencia, quedando las CS calificadas como condiciones generales de la contratación que, además son el objeto principal del contrato, pero al no ser una parte esencial del mismo se puede entrar a enjuiciar sobre su validez. Sin embargo y como veremos más adelante, la solución será dispar con ambas corrientes jurisprudenciales de los tribunales de primera y segunda instancia que fueron objeto del primer punto de este trabajo.

Atendiendo a todo lo expuesto y como ya se había adelantado con anterioridad, el TS una vez clasificadas las CS dentro de las CGC, dictamina que las mismas pueden ser incluidas en los contratos de diversa índole y de manera más concreta, dentro de los contratos celebrados con consumidores puesto que las mismas superan el doble control de transparencia que la LCGC impone para tales casos. Así, se decanta por dictaminar que la cláusula en cuestión no forma parte del precio del contrato hipotecario en sí.

## **2.2. Legalidad en abstracto de la cláusula suelo y falta de transparencia en sentido concreto.**

Después de declararse que las cláusulas superan el doble control que la Ley les impone para que puedan incluirse en contratos, pronunciándose además del siguiente modo: *“Las condiciones generales sobre tipos de interés variable impugnadas, examinadas de forma aislada, cumplen las exigencias legales para su incorporación a los contratos, tanto si se suscriben entre empresarios y profesionales como si se suscriben entre estos y consumidores”*, sin embargo el TS señala cuál es a su juicio el talón de Aquiles de la CS, que no es otro que la falta de transparencia por insuficiente información proporcionada al consumidor: *“Las cláusulas examinadas, pese a incluirse en contratos ofertados como préstamos a interés variable, de hecho, de forma razonablemente previsible para el empresario y sorprendente para el consumidor, les convierte en préstamos a interés mínimo fijo del que difícilmente se benefician de las bajadas del tipo de referencia.[...] La oferta como interés variable, no completada con una información adecuada, incluso cuando su ubicación permite percatarse de su importancia, se revela así engañosa y apta para desplazar el foco de atención del consumidor sobre elementos secundarios que dificultan la comparación de ofertas.[...] Máxime en aquellos supuestos en los que se desvía la atención del consumidor y se obstaculiza el análisis del impacto de la cláusula suelo en el contrato mediante la oferta conjunta, a modo de contraprestación, de las cláusulas suelo y de las cláusulas techo o tipo máximo de interés, que pueden servir de señuelo.[...] pese a tratarse, según se ha razonado, de una cláusula definitoria del objeto principal del contrato, las propias entidades les dan un tratamiento impropriamente secundario,[...] lo que incide en falta de claridad de la cláusula, al no ser percibida por el consumidor como relevante al objeto principal del contra.[...] las cláusulas analizadas superan el control de transparencia a efectos de su inclusión como condición general en los contratos, pero no el de claridad exigible en las cláusulas -generales o particulares- de los suscritos con consumidores.[...] Lo elevado del suelo hacía previsible para el prestamista que las oscilaciones a la baja del índice de referencia no repercutirían de forma sensible en el coste del préstamo[...] de forma que el contrato de préstamo, teóricamente a interés variable, se convierte en préstamo a interés fijo variable exclusivamente al alza”*.

Esta falta de transparencia, en conclusión del TS se deriva de:

*“-Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.*

*-Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas.*

*-No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar.*

*-No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad [...] o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas.*

*-En el caso de las utilizadas por el BBVA, se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor.”.*

En definitiva, el TS aporta un amplio abanico de observaciones que en su caso y de acuerdo con lo aportado, no podrían calificarse de otro modo que generales, en contradicción con la intención de restricción que aporta el citado tribunal a posteriori y como se verá más adelante.

### **2.3. La nulidad parcial de los contratos, el principio de *utile per inutile non vitiatur*.**

En la sentencia, se hace mención al principio de *utile per inutile non vitiatur* en virtud del cual el tribunal tiene la obligación de la *"tutela de las iniciativas negociales de los particulares, en virtud del cual, en primer término, debe tratarse de mantener la eficacia del negocio en su integridad, sin reducirlo, y cuando ello no es posible, podar el negocio de las cláusulas ilícitas y mantener la eficacia del negocio reducido[...]"*, pronunciándose en el mismo sentido pese a que la nulidad parcial del contrato sea para contratos con condiciones generales nulas aduciendo en virtud del art. 9.2 de la LCGC, junto con el art. 12.2 del mismo cuerpo legal entre otros que el juzgador deberá determinar la eliminación o nulidad de las cláusulas y la determinación de las partes del contrato que continuarán vigentes, desprendiéndose de ello que el tribunal que esté resolviendo del asunto estimará si el contrato puede subsistir a pesar de las cláusulas que le fuesen suprimidas. Una vez pronunciado su criterio acerca del principio de *utile per inutile* en cuanto a las condiciones generales, también lo hace con respecto a los contratos celebrados con consumidores orientando el mismo una vez más a la posibilidad efectiva de poder eliminar las cláusulas abusivas y a de que subsista el contrato con la consiguiente no extinción de la vinculación para el consumidor: *“de acuerdo con la Directiva 93/13 no vincularán al consumidor [...] 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 de acuerdo con la dirección en la que dirige el Tribunal el análisis de la posibilidad de aplicar el principio de *utile per inutile*, concluye en la **condena** a las entidades bancarias antes mentadas **a eliminar las cláusulas objeto del contrato y de abstenerse a utilizarlas en lo sucesivo**, junto con la **obligatoriedad de los contratos cuyas cláusulas suelo fueron suprimidas** para las partes contrayentes con exclusión de las condiciones explicadas ya que éstas *:"se refieren al objeto principal del contrato[...]* y no cabe identificar *"objeto principal"* con *"elemento esencial"* y,*[...] el tratamiento dado a las cláusulas suelo por las demandadas es determinante de que no forme "parte inescindible de la definición contractual del tipo de interés aplicable al contrato de préstamo y con ello de su objeto y causa"*. Más aún, *las propias imponentes han escindido su tratamiento.[...]la nulidad de las cláusulas suelo no comporta la nulidad de los contratos en los que se insertan, ya que la declaración de nulidad de alguna de sus cláusulas no supone la imposibilidad de su subsistencia."*

### **2.4. Límite de la retroactividad.**

#### **I) Nulidad y *restitutio in integrum*.**

En virtud de lo anterior el tribunal dedica un subapartado entero a describir los efectos retroactivos de la nulidad. Es preciso citar desde un principio, cuál es la postura del Ministerio Fiscal a este respecto: "*interesa que se precise el elemento temporal de la sentencia,[...] Si se otorga este efecto retroactivo total [...] quedarían afectados los contratos ya consumados en todos sus efectos, de modo que [...] habría que reintegrar ingentes cantidades ya cobradas*", a lo que añade que "*no creemos sea ésta la voluntad de la LCGC[...] por drástica en exceso*". Seguidamente el Supremo procede a citar diversos cuerpos legales que le condicionan a, en los casos como el que nos atañe a conseguir que se abstengan de utilizar las condiciones generales que fuesen declaradas nulas, de acuerdo con la Directiva 93/1; al art. 12.2 de la LCGC; y 53 de la TRLCU.

Seguidamente de todo lo anterior, el TS cita la praxis que se lleva a cabo habitualmente en nuestro ordenamiento, con respecto a la nulidad parcial en los contratos de acuerdo con el art. 1303 del CC, en virtud del cual y en concordancia con reiteradas sentencias del mismo tribunal, la habían definido calificado: "*de una propia restitutio in integrum, como consecuencia de haber quedado sin validez el título de la atribución patrimonial a que dieron lugar, dado que ésta se queda sin causa que la justifique, al modo de lo que sucedía con la "condictio in debiti". Se trata del resultado natural de la propia nulidad de la reglamentación negocial que impuso el cumplimiento de la prestación debida por el adherente(STS 118/2012, de 13 marzo[RC 675/2009])*". Junto con la anterior, citan numerosas sentencias del mismo órgano, junto con sentencias del TJUE confirmando esa posición.

A tenor de lo dispuesto el tribunal *ad quem* resuelve que es necesario limitar los efectos derivados de la nulidad de la CS. Se ampara en la supuesta contradicción que ello generaría con los Principios Generales del Derecho y en concreto, a la seguridad jurídica que el art. 9.3 de la CE consagra. Así mismo, apoya su tesis en varias sentencias en las que el Alto Tribunal ha limitado los efectos retroactivos de la declaración de inconstitucionalidad por exigencias del principio de seguridad jurídica, junto con la jurisprudencia del TJUE en la que se establece que "*puede el Tribunal de Justicia, aplicando el principio general de seguridad jurídica[...] verse inducido a limitar la posibilidad de que los interesados invoquen una disposición por él interpretada con el fin de cuestionar relaciones jurídicas establecidas de buena fe. Para decidir dicha limitación, es necesario que concurren dos criterios esenciales, a saber, la buena fe de los círculos interesados y el riesgo de trastornos graves*" STJUE de 21 de marzo de 2013(TJCE 2013\93)".

Finalmente apunta que la irretroactividad de la sentencia proviene de que la CS no es en sí abusiva y que, por ello, su eliminación no conlleva restitución económica alguna, ya que la misma es declarada abusiva por su falta de transparencia, derivada de la insuficiencia de información, no observando el tribunal que las entidades no hubiesen tenido en cuenta las exigencias reglamentarias aplicables al caso, descartando de forma implícita la mala fe de las mismas. Así mismo, alude también que la apreciación de la retroactividad en los efectos de nulidad de la cláusula suelo: "*generaría el riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico*".

## **2.5. Fallo del TS.**

Como ya se ha apuntado, el TS concluye con la condena de las entidades bancarias que eran parte en el proceso a eliminar las CS contenidos en los contratos hipotecarios de las otras partes, así como la limitación de los efectos de la nulidad junto con la subsistencia de los préstamos hipotecarios mencionados a causa de:

*"-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;-La falta de información suficiente de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato; -La creación de la apariencia de que el suelo tiene como contraprestación*

*inescindible la fijación de un techo; -Su ubicación entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor en el caso de las utilizadas por el BBVA; -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; e -Inexistencia de advertencia previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad."*

### **3. Crítica de la STS de 9 de mayo de 2013.**

#### **3.1. Limitación en el tiempo, una de cal y otra de arena.**

A mi juicio la postura adoptada por el tribunal es del todo criticable. En primer lugar, por la aplicación que da al principio de la limitación de la retroactividad, al mismo se refiere el TJUE como el principio de limitación de efectos en el tiempo y a postulado de forma categórica: *"Sólo con carácter excepcional puede el Tribunal de Justicia, aplicando el principio general de seguridad jurídica inherente al ordenamiento jurídico de la Unión, verse inducido a limitar la posibilidad de que los interesados invoquen una disposición por él interpretada con el fin de cuestionar relaciones jurídicas establecidas de buena fe. Para poder decidir dicha limitación, es necesario que concurran dos requisitos esenciales, a saber, la buena fe de los círculos interesados y el riesgo de trastornos graves (véanse, en particular, las sentencias [...] Skov y Bilka[TJCE 2006, 3], ap. 51, y RWE Vertrieb[TJCE 2013, 93], ap. 59)".* En la primera de las sentencias citadas por el tribunal, se deniega la petición de limitar los efectos de la sentencia condenatoria que recae sobre una de las partes tras haber comercializado ésta una remesa de productos en mal estado, puesto que alegaba el grave trastorno económico que ello conllevaría. El órgano desestima la pretensión de idéntico modo al que lo hace en muchas de las sentencias que se citarán con posterioridad: no llega a examinar la cuestión de la buena fe a causa de la insuficiente acreditación del grave peligro económico. La segunda sentencia que cita el tribunal versa sobre unas empresas de gas alemanas que incluyeron cláusulas abusivas en los contratos con una multiplicidad de usuarios y ello les conllevaba la obligación de restituir una gran cantidad de dinero a los perjudicados. Es claro al respecto y se pronuncia al respecto afirmando que estas empresas no acreditaron suficientemente este grave peligro y que por lo tanto, desestima la petición.

Considero, que el TS se mostró poco cuidadoso al aplicar este principio que de primeras parece más bien pensado para los estados y para evitar su bancarrota, más bien ideado para evitar una posible catástrofe económica por aplicar indebidamente determinadas relaciones jurídicas como pudiesen ser los tributos, no para entidades privadas, del mismo modo en el que se pronuncia el TJCE *"sólo con carácter excepcional puede el Tribunal de Justicia, aplicando el principio general de seguridad jurídica inherente al ordenamiento jurídico comunitario, verse inducido a limitar la posibilidad de que los interesados invoquen una disposición por él interpretada con el fin de cuestionar relaciones jurídicas establecidas de buena fe[...].* El TJUE únicamente ha recurrido a esta solución en circunstancias muy determinadas, cuando existía un riesgo de repercusiones económicas graves debidas en particular al elevado número de relaciones jurídicas constituidas de buena fe sobre la base de una normativa considerada válidamente en vigor y era patente que los particulares y las autoridades nacionales habían sido incitados a observar una conducta contraria a la normativa comunitaria en razón de una incertidumbre objetiva e importante en cuanto al alcance de las disposiciones comunitarias, incertidumbre a la que habían contribuido eventualmente los mismos comportamientos observados por otros Estados miembros o por la Comisión(TJCE, sentencia de 18 enero 2007, Caso Maciej Brzezinski contra Dyrektor Izby Celnej w Warszawie[TJCE 2007\13]).

Además, el TJUE se ha mostrado muy cuidadoso a la hora de estimar la limitación en el tiempo. Así pues, estimó su aplicación: cobro de unos impuestos recibidos en virtud de la aplicación de un reglamento que resultó ser nulo que realizó un organismo de carácter estatal y siempre en pos de

evitar una grave situación económica para el órgano(STJCE, Caso Parlamento Europeo contra Consejo de la Unión Europea, de 25 febrero de 1999[TJCE 1999\38]); sin embargo, en otras ocasiones y siempre con organismos de carácter estatal, ha limitado la aplicabilidad de la retroactividad aunque por un período determinado de tiempo y no de forma permanente, en este sentido: STJCE (Gran Sala), sentencia de 30 mayo de 2006, Caso Parlamento Europeo contra Consejo de la Unión Europea[TJCE 2006\146]; de 28 de noviembre de 2006 Caso Parlamento Europeo contra Consejo de la Unión Europea[TJCE 2006\343]; de 11 de diciembre de 2012, Caso Sina Bank contra Consejo de la unión europea[TJCE 2012\376].

No obstante, en la mayoría de los casos el TJUE se muestra inflexible a la hora de estimar esta pretensión, que está presente en la mayoría de sentencias en las que se condena a entidades estatales de forma recurrente y repetitiva. De acuerdo con lo anteriormente expuesto: TJCE (Sala Pleno), sentencia de 20 septiembre 2001, Caso Rudy Grzelzyk contra Centre public d'aide sociale de Ottignies-Louvain-la-Neuve[TJCE 2001\235]; STJCE de 12 de octubre de 2000, Caso The Queen contra Ministry of Agriculture, Fisheries and Food[TJCE 2000\244]; STJCE de 5 de octubre de 2006, Caso Ákos Nádasdi2.-Ilona Németh contra Vám- és Pénzügység Ecsak-Asföldi Regionális Parancsnoksága[TJCE 2006\289]; STJUE de 21 de octubre de 2010, Caso Albron Catering BV contra FNV BondgenotenJohn Roest[TJCE 2010\313]; STJUE de 19 de julio de 2012, Caso Ainars Redlihs contra Valsts ienemumu dienests[TJCE 2012\220], entre otras.

Finalmente, cabe concluir en palabras del TJCE como así lo afirma en su Sentencia de 2 febrero 1988[TJCE 1988\82]: *"Para decidir si procede o no limitar el alcance temporal de una sentencia, es necesario, según la jurisprudencia de este Tribunal [...], tener en cuenta que, si bien las consecuencias prácticas de cualquier decisión jurisdiccional deben sopesarse cuidadosamente, no puede llegarse hasta el punto de influir en la objetividad del Derecho y comprometer su aplicación futura por causa de las repercusiones que puede tener una resolución judicial por lo que respecta al pasado"*. En pos de la citada doctrina se ha pronunciado el TJUE en la Sentencia de 13 abril 2010, Caso Nicolas Bressol y otros Céline Chaverot y otros contra Gouvernement de la Communauté française[TJCE 2010\93].

Por todo ello, me resulta inquietante la decisión del TS al decidir limitar la retroactividad de la nulidad de las sentencias objeto en el proceso, puesto que anteriormente había definido de manera magistral la tendencia natural de nuestro ordenamiento en cuanto a la nulidad de las cláusulas, de acuerdo con el art. 1303 del CC y la consiguiente retroactividad de la misma, debería operar por lo tanto la *restitutio in integrum* cuando de hecho es el propio art. 9 de la LCGC es el que remite la nulidad de las condiciones generales de la contratación a la que el artículo del CC antes citado se refiere, cuya finalidad no es otra que restituir a ambas partes a la situación inmediatamente anterior a la celebración del acto considerado nulo como se desprende de la STS de 6 de julio de 2005[RJ 2005\9532]: *"el art. 1303 del Código Civil, en el que se establece 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 con los intereses. El precepto, que tiene como finalidad conseguir que las partes afectadas vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al evento invalidador[...], evitando el enriquecimiento injusto de una de ellas a costa de la otra[...], es aplicable a los supuestos de nulidad radical o absoluta, no sólo a los de anulabilidad o nulidad relativa,[...], y opera sin necesidad de petición expresa, por cuanto nace de la Ley[...]"*. En el mismo sentido, se ha pronunciado ya el tribunal en sus SSTS: de 26 julio de 2000[RJ 2000\9177]; de 11 de febrero de 2003[RJ 2003\1004]; de 12 de julio de 2006[RJ 2006\8444]; y de 15 de abril de 2009[RJ 2009\3338], entre otras.

**3.2. Un resultado inesperado, una solución distinta para una situación muy similar, la "cláusula de redondeo".**

Luego, si la finalidad de todo el procedimiento y las normas que se han citado, no es otra que la de evitar la praxis abusiva de cara a los consumidores y la restitución sería obligatoria, cabe concluir que ello vulnera de forma clara el principio de justicia rogada que el art. 216 de la Ley de Enjuiciamiento Civil consagra y es que, ninguna de las partes solicitó en ningún momento que los efectos de la sentencia no fuesen retroactivos. Tampoco se puede deducir de las pretensiones del Ministerio Fiscal se orientasen hacia este resultado, atendiendo a la STS de 28 de febrero de 2008[**RJ 2008/4034**]: *"el principio de congruencia no impone sino una racional adecuación del fallo a las pretensiones de las partes y a los hechos que las fundamentaban, pero no una literal concordancia, y por ello, guardando el debido acatamiento al componente jurídico de la acción y a la base fáctica aportada por los contendientes, el órgano jurisdiccional está facultado para establecer su juicio crítico de la manera que entienda más ajustada, y, de aquí, que el Juzgador pueda, en atención al principio "iura novit curia" en relación con el "da mihi" "factum", "dabo tibi ius", aplicar normas distintas e, incluso, no invocadas por los litigantes, a los hechos por los mismos establecidos, como también ha sido reconocido en reiterada jurisprudencia por esta Sala; pero, en ningún caso, la observancia de estos principios ha de entenderse de manera absolutamente libre e ilimitada, ya que siempre ha de estar condicionada "al componente fáctico esencial de la acción ejercitada", estimándose por tal los hechos alegados por las partes y que resulten probados, así como a la inalterabilidad de la "causa pretendi", pues lo contrario entrañaría una vulneración del principio contradicción y, por ende, del derecho de defensa"*, todo ello maxime cuando aparte de la imperiosa necesidad de ser invocada esta figura legal, deben ser probados por los solicitantes para que puedan ser estimadas por el TJUE, como se desprende de las: STJUE de 3 de junio de 2010, Caso Regionalna Mitnicheska Direksia-Plovdiv contra Petar Dimitrov Kalinchev[**TJCE 2010\164**]; STJUE de 19 de julio de 2012, Caso Ainars Redlihs contra Valsts ienemumu dienests[**TJCE 2012\220**]; y TJUE Sentencia de 19 diciembre de 2013[ **TJCE 2013\442**]; junto con la debida apreciación de buena fe(STJUE de 27 febrero 2014[**TJCE 2014\1**]).

En cuanto a lo anterior, resulta anacrónica dentro de su contexto la argumentación expresada por el tribunal en cuanto a la limitación de los efectos en el tiempo y en cuanto a la restitución que conlleva la nulidad de las cláusulas máxime cuando increíblemente el TS postula que la CS no es en sí ilegal y que su eliminación de los contratos hipotecarios deriva de la falta de transparencia y del modo en el que están dispuestas en los contratos y sus condiciones(rodeada por una abrumadora cantidad de información, lenguaje complejo, falta de simulaciones de su aplicabilidad... etc), especialmente tras una magistral interpretación de por qué nulidad conlleva restitución. A tenor de lo dicho, cabe mencionar que el TS ya se ha pronunciado en otras ocasiones acerca de cláusulas abusivas consideradas condiciones generales de la contratación. En particular se ha pronunciado acerca de una cláusula similar conocida como de "redondeo", las cuales han sido declaradas nulas *"por tratarse de estipulaciones no negociadas individualmente que, en contra de las exigencias de la buena fe, causaban, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato"*(STS de 4 de noviembre de 2010[**RJ 2010/8021**]), *"pues el juego de ambas impedía siempre la aplicación del deber de comunicación escrita al prestatario, siendo así una condición de imposible cumplimiento... provocando una apariencia desmentida por un elemento no explicitado en el contrato y desconocido para la parte más débil", y creaba en esta "falaces expectativas, que solo tuvieron una apariencia imaginaria, y nunca existencia real". Estamos, por tanto, ante un cláusula abusiva en la medida en que[..]no ha sido negociada individualmente y causa, en contra de las exigencias de la buena fe y en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato"*(STS de 2 de marzo de 2011[**RJ 2011/1833**]). Como se puede apreciar en algunos casos el TS se pronuncia con idénticos argumentos y motivos, sin embargo no se pronuncia en contra de las exigencias que el art. 1303 CC impone en estos casos como ya se ha especificado.

#### 4. El panorama a día de hoy.

Sin embargo y atendiendo a todo lo expuesto, cabe decir que la discusión a día de hoy sigue sin ser pacífica y es que, puede apreciarse perfectamente que la jurisprudencia no se muestra unánime con respecto a la nulidad dimanante del art. 1303 CC, y es que, como veremos, todas las sentencias que resuelven sobre el mismo asunto en primera y segunda instancia acatan lo establecido por parte del TS, aunque un sector de la jurisprudencia opta por dar un paso más allá de la STS de 9 de mayo y opta por no aplicar la limitación de la retroactividad, conllevando ello por ende la *restitutio in integrum* antes citada.

#### 4.1 Nulidad y *restitutio*.

##### SAP de Málaga de 12 de marzo de 2014[JUR 2014/76962].

Del mismo modo en el que lo hace el Alto Tribunal, la AP dictamina la falta de transparencia por parte de la entidad bancaria y recurrente en este proceso, haciendo además un uso frecuente de las citas referentes a la STS de 9 de mayo, acentuando el desequilibrio que ello efectúa entre la parte más débil y la otra parte. Hace también especial hincapié en la falta de negociación referente a la CS y, una vez resuelta la preceptiva nulidad de la cláusula mencionada se refiere entonces a las cantidades percibidas por la entidad bancaria mediante la aplicación esta última:

*"hemos de señalar que el artículo 9 LCGC remite al régimen general de la nulidad contractual, señalando el artículo 1.303 del CC: "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 sus intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes."; la finalidad de esta norma no es otra que la de que las personas afectadas vuelvan a tener la misma situación personal y patrimonial anterior al acto invalidador, evitando el enriquecimiento injusto o sin causa de una de ellas a costa de la otra (STS de 23 de junio de 2008, entre otras muchas), tratándose de una obligación ex lege, constituyendo una consecuencia ineludible e implícita de la invalidez contractual, siendo de alcance [...] las cláusulas contractuales declaradas nulas cuando los contratos puedan subsistir sin aquéllas. [...] aun cuando es cierto que la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 [...], niega el efecto retroactivo de la Sentencia, también es verdad que la Sentencia se dicta en el marco procesal de una acción colectiva de cesación y respecto de quienes son parte en aquel proceso, donde, además, no se ejercitó una acción accesorias de condena a la restitución (como prevé el art. 12 L.C.G.C), sino solo de nulidad y correlativa eliminación de la cláusula, así como de prohibición de uso futuro, por lo cual esta Sala considera que tal declaración de no retroactividad, no es de aplicación preceptiva al supuesto que nos ocupa, en el cual la acción ejercitada es una acción personal e individual de nulidad por abusividad de una cláusula contenida en un contrato celebrado con consumidores, en el que además la actora ha solicitado, al pedir la devolución de las cantidades indebidamente cobradas, en aplicación de la cláusula en cuestión, la retroacción de la declaración de nulidad, deviniendo, en consecuencia, a tales efectos, aplicable el art. 1.303 CC, sin que concurra circunstancia alguna que permita la excepción del efecto que dicha norma prevé, razón por la cual, en el caso concreto enjuiciado, declarada la nulidad de la cláusula objeto de controversia, deben restituirse las prestaciones derivadas de dicha cláusula[...]".*

##### SJM de Bilbao de 10 de diciembre de 2013[AC 2014/176].

Se declara la nulidad de la CS y no aprecia riesgo alguno de trastorno grave para el ente bancario y

cita la mencionada sentencia del TS: "*eliminada del contrato de préstamo la cláusula examinada, (dicho contrato) seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos sin la cláusula abusiva [...] 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 [...]. Luego el TS, haciendo uso de "a posibilidad de limitar la retroactividad" de los efectos de la declaración de nulidad y valorando las circunstancias concurrentes [...], termina declarando la irretroactividad "de (su) sentencia" [...]. A juicio de quien ahora resuelve, este pronunciamiento del Alto Tribunal no impide la posibilidad de decidir, en un juicio posterior y atendiendo a las circunstancias concretas, si debe aplicarse o no la excepción a la regla general prevista en el art. 1.303 del CC . Porque el TS "declara la irretroactividad (únicamente) de (su) sentencia", aclarando acto seguido que (como no podría ser de otro modo), (i) "no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada" (ni, por tanto, a las que puedan decidirse con posteridad); ni (ii) "a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esta sentencia " [...]. El TS no puede extender en su resolución **los efectos de la cosa juzgada de la sentencia** hasta el punto de impedir los posteriores juicios que puedan interponer aquellos a los que no se les extiende por ley tales efectos (básicamente, a los que no han sido parte en el procedimiento [...]. Y no lo hace."*

En el mismo sentido que las anteriores se pronuncian: SAP Álava de 9 de julio de 2013[AC 2013/1538]; SAP de Alicante de 12 de julio de 2013[AC 2013/1545]; SAP de Cuenca de 30 de julio de 2013[JUR 2013/300401]; SAP de Murcia de 12 de septiembre de 2013[AC 2013/1579]; y SAP de Jaén de 17 de marzo de 2014[JUR 2014/108133], entre otras.

#### **4.2 Nulidad sin restitutio.**

En sentido opuesto y acorde con lo resuelto por el TS, se ha pronunciado el otro sector de la jurisprudencia de primera y segunda instancia y se establece la nulidad de la CS, aunque limitando los efectos derivados de la nulidad. En ese sentido se pronuncian las sentencias de: AP de Granada de 18 de octubre 2013[AC 2013/2041]; AP de Córdoba de 31 de octubre de 2013[AC 2014/34]; AP de Badajoz de 14 de enero de 2014[AC 2014/14]; AP de Zaragoza de 8 de enero de 2014[AC 2014/10]; y AP de Pontevedra de 27 de febrero 2014 [AC 2014/459], entre otras.

#### **5. Conclusión y opinión personal.**

Atendiendo a todas las sentencias examinadas, puede concluirse diciendo que la problemática originada por la CS que se comentaba en el apartado primero de este texto no ha alcanzado aún a día de hoy una solución unánime, incluso habiéndose pronunciado el TS reunido en pleno al respecto: aproximadamente la mitad de la jurisprudencia examinada se pronuncia a favor de la nulidad sin restitución, y la otra mitad se muestra de acuerdo con que deben devolverse las cantidades percibidas de forma indebida mediante la cláusula abusiva comentada.

A mi juicio, es necesario que el TS entre a resolver de nuevo la cuestión de una forma más correcta, puesto que del modo en el que lo hizo se pueden apreciar demasiados cabos sueltos y la respuesta no ha sido ni mucho menos contundente, saltando a la vista cuáles han sido los resultados: la jurisprudencia menor se encuentra dividida en posturas radicalmente opuestas.

Quizás, pueda el TC poner fin a las controversias, que sí se ha mostrado a favor de manera coherente y con anterioridad en cuanto a la limitación de los efectos de la retroactividad en favor del orden público, aunque evidentemente sólo quedará esperar para ello a que el Alto Tribunal resuelva conforme a los principios que la CE inspiran, ya que de acuerdo con lo expuesto por el Excelentísimo Don Eugeni Gay Montalvo en el voto particular del ATC de 19 de julio de 2011[RTC



2011/113]: *"De lo contrario, se incurre en un cierto reduccionismo en el control constitucional, respecto del que ya he expuesto mi discrepancia en alguna ocasión [...]"al entender que la función que la Constitución ha encomendado a este Tribunal, tanto en los procesos de amparo como en los de control de la constitucionalidad de la Ley, no puede ser insensible a la realidad social sobre la que se proyectan los preceptos, principios y valores de nuestra Norma Fundamental."*

Así pues, a día de hoy no puede en absoluto considerarse zanjada la polémica generada en torno a un problema de indudable interés público.

## **Bibliografía**

-Código Civil

-Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

-Ley de las condiciones generales de la contratación.

-Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 9 de mayo de 2013[RJ 2013/3088].

-www.aranzadidigital.es.

-Puig Mateu, Josep, "El adiós a las cláusulas suelo y el debate sobre la retroactividad, Revista Aranzadi Doctrinal núm. 5/2013. Editorial Aranzadi [BIB 2013/1692].

-Mateos Ferres, María, "Comentario a la Sentencia de 9 de mayo de 2013", Revista Aranzadi Doctrinal núm. 5/2013. Editorial Aranzadi[BIB 2013/1766].