

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALICANTE  
SECCIÓN OCTAVA  
TRIBUNAL DE MARCA COMUNITARIA**

NIG: 03014-37-2-2015-0000812

**Procedimiento: Recurso de apelación mercantil Nº 000112/2015 // 000041/2015- LG -**

*Dimana del Juicio Ordinario Nº 000661/2013*

*Del JUZGADO DE LO MERCANTIL NUMERO 3 DE ALICANTE, SEDE EN ELX*

**Apelante/s:** BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A.

Procurador/es: PILAR FUENTES TOMAS

Letrado/s: JORGE CAPELL NAVARRO

**Apelado/s:** EMILIO IRLES LOPEZ y TERESA TORRES  
ANDREU

Procurador/es : YOLANDA SANCHEZ ORTS

Letrado/s: FRANCISCO LUIS GARCIA CERRILLO

**- Recepción -**

Lexnet

**22 - jun - 2015**

Efectos día siguiente  
Art. 151 de la L.E.C.

**Notificado al Procur**

**23 - jun - 2015**

**Yolanda Sánchez O**

**ROLLO DE SALA Nº 112 (M-41) 15  
PROCEDIMIENTO Juicio Ordinario 661/2013  
JUZGADO de lo Mercantil un. 3 de Alicante**

**AUTO PLANTEANDO CUESTIÓN PREJUDICIAL ANTE EL TRIBUNAL DE  
JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA**

Ilmos.

Presidente: D. Enrique García-Chamón Cervera

Magistrado: D. Luis Antonio Soler Pascual

Magistrado: D. Francisco José Soriano Guzmán

En la ciudad de Alicante, a quince de junio del año dos mil quince

La Sección Octava de la Audiencia Provincial de Alicante, integrada por los Ilmos. Sres. expresados al margen, tiene pendiente de resolución el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia dictada el día diez de noviembre de dos mil catorce por el Juzgado de lo Mercantil número 3 de Alicante, en el Juicio Ordinario 661/13.

Son partes en el recurso, como apelante, la parte demandada, Banco Popular Español S.A., representada por la Procuradora Doña Pilar Fuentes Tomás y dirigida por el Letrado Don Jorge Capell Navarro y; como parte apelada, los demandantes, Don Emilio Irlés López y Doña Teresa Torres Andreu, representados por la Procurador Doña Yolanda Sánchez Orts y dirigidos por el Letrado Don Francisco Luis García Cerrillo.

Es Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. Don Luis Antonio Soler Pascual.

**ANTECEDENTES FÁCTICOS.**

## **El litigio origen en el planteamiento de las cuestiones prejudiciales.**

1. D. Emilio Irlés López y D<sup>a</sup>: Teresa Torres Andreu, cónyuges en régimen de sociedad de gananciales, formalizaron con el Banco Popular S.A. en escritura pública fecha 1 de junio de 2001, un contrato de préstamo hipotecario para la adquisición de vivienda habitual en el término municipal de Torreveja por un capital de 129.217,60 euros con un plazo de amortización de 25 años y a un tipo de interés variable a partir del primer año del préstamo con aplicación de una tasa del 0,25% sobre el tipo de interés de referencia, siendo el interés pactado para el primer año de vigencia del 5,25%.
2. En la cláusula 3 "Intereses" punto.3 del citado contrato, se establecía, bajo el título "*límite a la variación del tipo de interés aplicable*", la siguiente condición:

*"No obstante lo previsto en los apartados anteriores, se acuerda y pacta expresamente por ambas partes, que el tipo de interés nominal anula mínimo aplicable en este contrato será del 5%".*
3. El día 2 de mayo de 2007, mediante escritura de novación modificativa del contrato indicado, se concedió a los demandantes una ampliación del capital para abordar reformas y ampliaciones en la vivienda.
4. El importe de dicha ampliación lo fue de 72.529,21 euros, modificándose el plazo de amortización a treinta años y el tipo de interés al 4,756% para el primer año, variable a partir de dicha fecha con la aplicación de un punto porcentual al tipo de interés de referencia, tomando como tal el euríbor, incluyéndose en el apartado C, párrafo tercero, sin intitulación alguna, la siguiente condición:

*"No obstante lo previsto en los apartados anteriores, se acuerda y pacta expresamente por ambas partes, que el tipo de interés nominal anual mínimo aplicable en este contrato será de 3%".*
5. Finalmente, por escritura de 14 de junio de 2007, se amplió nuevamente el capital, otorgándose nueva escritura de novación modificativa del préstamo original, incrementándose el capital en 37.897,19 euros con modificación del interés para el primer año del 4,603% y con incremento de la cláusula suelo al 4,5%.
6. El matrimonio D. Emilio Irlés López y D<sup>a</sup>: Teresa Torres Andreu presentó demanda contra el Banco Popular S.A. en la que en síntesis, solicitaba con carácter principal del Tribunal de instancia que declarara la nulidad por abusiva al no ser transparente de la cláusula suelo contenida en la escritura de préstamo y las modificaciones novatorias posteriores así como que se condenara al Banco Popular S.A. a la no incorporación de dicha cláusula así como a la reliquidación de las cuotas devengadas sin aplicación de la misma, con el reintegro de las cantidades que resultaran del recálculo, bien desde el momento de su constitución, bien desde la fecha de la reclamación extrajudicial previa si se estimara de aplicación la doctrina establecida en la STS de 9 de mayo de 2013.
7. El Juzgado de lo Mercantil de Alicante al que correspondió el enjuiciamiento del litigio en primera instancia dictó Sentencia en fecha 10 de noviembre de 2014 en la que declaró la nulidad de pleno derecho, por falta de transparencia y por su carácter abusivo, de las estipulaciones contenidas en la escritura de 1 de

junio de 2011 y novaciones de 2 de mayo de 2007 y 14 de junio de 2007 con Banco Popular constitutivas de limitación de tipos de interés de 5%, 3%, 4,5%, condenando además al Banco a reintegrar a los demandantes el importe que resultara en ejecución de sentencia como indebidamente percibido por la entidad demandada desde la fecha de la celebración del contrato (1 de junio de 2001) por razón de aplicación de las citadas cláusulas con los intereses desde la fecha de la celebración del contrato, condenando a la entidad crediticia al pago de las costas.

8. El Banco Popular Español S.A. ha recurrido en apelación la Sentencia dictada en la primera instancia alegando a favor de la revocación de dicha resolución judicial no sólo la realidad y suficiencia de la información sobre la cláusula suelo, que describe como documentalente transparente tanto por ubicación como por indicación o resalte como por contenido que describe como claro, completo, sencillo y comprensible, sino que niega su imposición, el carácter consumidor de los demandantes al destinar las ampliaciones del capital mediante las novaciones sucesivas del préstamo original a la transformación del inmueble en un negocio y por tanto que sea posible un juicio de abusividad, solicitando así mismo la revocación en todo caso de la declaración de retroactividad de la nulidad al apartarse el Tribunal de Instancia del criterio de irretroactividad fijado por la Sentencia dictada por el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013.
9. A dicho recurso se han opuesto los demandantes, defendiendo el criterio adoptado por el Tribunal de Instancia para la estimación de la demanda en los términos ya expuestos.
10. Elevado el proceso al Tribunal de Apelación -Sección 8ª, Audiencia Provincial de Alicante- para su decisión, se acordó seguir el trámite procesal correspondiente. A tal efecto se señaló día para deliberación, votación y fallo no obstante lo cual, tras el examen y deliberación de las actuaciones y atendida la favorable posición de este Tribunal en relación al efecto retroactivo de la declaración de nulidad de este tipo de cláusulas y a la vista de la reciente decisión del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2015 confirmando el criterio jurisprudencial de la Sentencia de 9 de mayo de 2013, optó por suspender por Providencia de 18 de mayo de 2015 la votación y fallo y dar traslado a las partes litigantes y al Ministerio Fiscal de conformidad con lo dispuesto en los artículos 267 y concordantes del Tratado Fundacional de la Unión Europea, sobre la conveniencia de formular cuestiones prejudiciales ante el Tribunal Europeo de la Unión Europea en relación a dos puntos, la compatibilidad de la irretroactividad a la nulidad que defiende la doctrina del Tribunal Supremo en las Sentencias indicadas con la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y sobre la extensión de dicha doctrina en todo caso y dado su fundamento, también respecto de las acciones individuales de nulidad ejercitadas por los consumidores.
11. El Ministerio Fiscal se ha opuesto al planteamiento de ambas cuestiones al entender que la irretroactividad está justificada en la propia doctrina del Tribunal Europeo de Justicia -STJUE de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb AG, C-92/11- que es tomada en consideración por el Tribunal Supremo y en cuanto a la extensión de efectos respecto de acciones individuales porque entiende que es cuestión ajena a la aplicación de la Directiva en cuestión.
12. También se ha opuesto a la formulación de las cuestiones prejudiciales el Banco Popular Español S.A. alegando en relación a la irretroactividad la

conformidad de la doctrina judicial que la declara con el artículo 6-1 de la Directiva y la jurisprudencia interpretativa de la misma, señalando que el artículo 2 de la Directiva 2009/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2009, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los consumidores, armoniza este tipo de acciones en un conjunto de aspectos que no incluyen la reintegración de las cantidades abonadas con anterioridad a la declaración de abusividad, perteneciendo por tanto al ámbito de la autonomía de los Estados miembros, habiéndose además pronunciado la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2015 sobre la conformidad a derecho de la retroactividad parcial con la directiva comunitaria y la jurisprudencia del Tribunal Europeo, asentando la doctrina de la retroactividad parcial de la devolución de cantidades hasta la fecha de publicación de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013.

13. Y en relación a la extensión de los efectos de no retroacción declarados con ocasión del ejercicio de una acción colectiva a los casos de acciones individuales de nulidad, recuerda la doctrina asentada sobre ello en la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2015 sobre la identidad de conflictos cuando se aplica la doctrina de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013.

14. Finalmente, se ha mostrado favorable al planteamiento de las cuestiones la parte demandante del litigio por las razones que expone básicamente, desde el análisis de distintos supuestos resueltos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Justicia.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- CLÁUSULA SUELO Y CONTROL DE TRANSPARENCIA.

#### **I) Doctrina jurisprudencial española. Razón de abusividad de las cláusulas no negociadas en contratos celebrados con consumidores.**

15. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo español, desde la Sentencia 406/2012, de 18 de junio en interpretación luego seguida por la Sentencia 241/2013, de 9 de mayo, ha caracterizado el control de transparencia "*...como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del 'error propio' o 'error vicio', cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la 'carga económica' que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la 'carga jurídica' del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo*" (STS 406/2012, de 18 de junio, y 241/2013, de 9 de mayo).

16. Esta interpretación la ha sustentado el Tribunal Supremo en el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, precepto según el cual, el control de contenido no puede referirse " *a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible* ", de donde el Tribunal Supremo concluye que cabe el control de abusividad de una cláusula relativa al precio y a la contraprestación sólo cuando no es transparente.
17. En esta línea, la Sentencia 241/2013, de 9 de mayo, dictada con ocasión de una acción colectiva de cesación, tras calificar el Tribunal Supremo en el caso de condición general de contratación la cláusula suelo (entendida como disposición contractual destinada a limitar los efectos de las eventuales oscilaciones del interés de referencia que opera como tope mínimo de los intereses a pagar por el prestatario), apreció su carácter abusivo por falta de transparencia no obstante reconocer que dicha cláusula formaba parte irrevocable del precio que debe pagar el prestatario, y que por ello era parte del objeto principal del contrato.
18. Conforme a la *ratio* de la sentencia "...la ausencia de una información suficiente por parte del banco de la existencia de la cláusula suelo y de sus consecuencias en el caso en que bajara el tipo de referencia más allá de aquel límite, y la inclusión de tal cláusula en el contrato de forma sorpresiva, oculta entre una profusión de cláusulas financieras, provoca una alteración subrepticia del precio del crédito, sobre el que los prestatarios creían haber dado su consentimiento a partir de la información proporcionada por el banco en la fase precontractual." (STS 464/2014, de 8 de septiembre).
19. Implica por tanto la transparencia que el consumidor ha de tener conocimiento completo del precio y de las condiciones de la contraprestación antes de la celebración del contrato pues, como se dice en la STS 464/2014, de 8 de septiembre "...la regla de la irrelevancia del equilibrio económico del contrato sufre un cambio de perspectiva cuando esta parte del contrato no puede ser suficientemente conocida por el consumidor. En caso de que por un defecto de transparencia las cláusulas relativas al objeto principal del contrato no pudieran ser conocidas y valoradas antes de su celebración, faltaría la base para la exclusión del control de contenido, que es la existencia de consentimiento."
20. En resumen, la jurisprudencia del Tribunal Supremo tras señalar que "...la contratación bajo condiciones generales constituye un auténtico modo de contratar, claramente diferenciado del paradigma del contrato por negociación regulado en el Código Civil..." cuya "...eficacia exige que, además de la prestación del consentimiento del adherente a la inclusión de unas cláusulas redactadas de un modo claro y comprensible, y transparentes en sus consecuencias económicas y jurídicas, el profesional o empresario cumpla unos especiales deberes de configuración del contrato predispuesto en el caso de cláusulas no negociadas en los contratos celebrados con consumidores, que supongan el respeto, de acuerdo con las exigencias de la buena fe, al justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas." (Sentencia del Tribunal Supremo 265/2015, de 22 de abril), concluye en relación a las cláusulas suelo que "...La falta de transparencia en el caso de este tipo de condiciones generales provoca un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, objetivamente incompatible con las exigencias de la buena fe, consistente en la imposibilidad

*de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener el préstamo con "cláusula suelo" en el caso de bajada del índice de referencia, lo que priva al consumidor de la posibilidad de comparar correctamente entre las diferentes ofertas existentes en el mercado" -STS 138/2015, de 24 de marzo-*

## **II) El control de transparencia en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.**

21. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha coincidido con la interpretación jurisprudencial del Tribunal Supremo español.
22. En efecto, la transparencia como parámetro para enjuiciar el carácter abusivo de una cláusula contractual ha sido admitido por vez primera en la Sentencia del TJUE de 30 de abril de 2014 -C-26/13, caso Kásler y Káslerné Rábia, donde el TJUE ha señalado que *"...la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales establecida por la Directiva 93/13 no puede reducirse sólo al carácter comprensible de éstas en un plano formal y gramatical" (ap. 71), sino que "...esa exigencia debe entenderse de manera extensiva" (ap. 72).*
23. En el caso al que se refería la STJUE, en el que la cláusula controvertida contenía un mecanismo de conversión de la divisa extranjera, el TJUE concluyó que *"...la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible gramaticalmente se ha de entender como un obligación no sólo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible para el consumidor, sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula referida, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo" (ap. 73).*
24. En esta misma línea se han dictado con posterioridad, dos sentencias, la de 26 de febrero de 2015, C-143/13, caso Matei, y más recientemente, la Sentencia de 23 de abril de 2015, C-96/14, caso Van Hove.
25. Según la Sentencia Matei que *"De los artículos 3 y 5 de la Directiva 93/13 y de los puntos 1, letras j) y l), y 2, letras b) y d), del anexo de la misma Directiva resulta, en particular, que para satisfacer la exigencia de transparencia reviste una importancia capital la cuestión de si el contrato de préstamo expone de manera transparente los motivos y las particularidades del mecanismo de modificación del tipo del interés, así como la relación entre dicha cláusula y otras cláusulas relativas a la retribución del prestamista, de forma que un consumidor informado pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas que para él se derivan (véase, en este sentido, la sentencia Kásler y Káslerné Rábia, EU:C:2014:282, apartado 73)."*
26. En la Sentencia del caso Van Hove afirmó el TJUE que *"El Tribunal de Justicia ha tenido ocasión de precisar que la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales establecida por la Directiva 93/13 no puede reducirse sólo al carácter comprensible de aquéllas en un plano formal y gramatical. Por el contrario, toda vez que el sistema de protección establecido por la Directiva 93/13 se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de*

*inferioridad con respecto al profesional en lo referido, en particular, al nivel de información, esa exigencia de transparencia debe entenderse de manera extensiva (véanse, en este sentido, las sentencias Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, apartados 71 y 72, y Matei, C-143/13, EU:C:2015:127, apartado 73). Así pues, a efectos de la observancia de la exigencia de transparencia, reviste una importancia esencial para el consumidor no sólo la información sobre las condiciones del compromiso facilitada con anterioridad a la celebración del contrato, sino también la exposición de las particularidades del mecanismo mediante el que la entidad aseguradora se hace cargo del pago de las mensualidades debidas al prestamista en caso de incapacidad total para trabajar del prestatario, así como la relación entre dicho mecanismo y el que establezcan otras cláusulas, de manera que el consumidor de que se trate esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él. Así sucede en la medida en que, a la vista de esos dos tipos de elementos, el consumidor decidirá si desea vincularse contractualmente con un profesional adhiriéndose a las condiciones que éste haya redactado previamente (véanse, por analogía, las sentencias RWE Vertrieb, C-92/11, EU:C:2013:180, apartado 44; Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, apartados 70 y 73, y Matei, C-143/13, EU:C:2015:127, apartado 74).".*

### **III) Conclusiones.**

27. La abusividad de una cláusula contractual por falta de transparencia tiene su origen en el entendimiento de este parámetro al que se refiere la Directiva 93/13/CEE en modo extensivo, más allá de lo formal o gramatical, proyectándose sobre el conocimiento que el consumidor ha de tener tanto de la carga económica como de la jurídica que supone la cláusula en el contexto del contrato de que se trata. El efecto de la abusividad es la imperativa desvinculación de la cláusula del contrato suscrito con el consumidor. Ahora bien, resta por definir lo relativo a los efectos que la "no vinculación" conlleva a la abusividad y más en concreto, el alcance u órbita de aquél efecto, de su significado y, por ende, del grado de armonización que en cuanto a ello ha pretendido la Directiva 93/13/CEE para garantizar el nivel de protección al consumidor que, cuando negocia en una posición de debilidad, le es debido en todo caso en cualquiera de las legislaciones de los Estados miembros.

### **SEGUNDO.- EFICIACIA NO RETROACTIVA DE LAS SENTENCIAS CON PRONUNCIAMIENTOS SOBRE ABUSIDAD DE CLÁUSULAS SUELO.**

28. La problemática que justifica el planteamiento de las cuestiones prejudiciales de que se trata, se suscita en relación a los efectos que se derivan de la declaración del carácter abusivo de una cláusula contractual como es el caso de la cláusula suelo o de limitación de la variabilidad de los intereses impuesta en un contrato de consumidores.

29. El punto de partida lo constituye el hecho de que, como pondremos de

manifiesto, el Derecho comunitario impone en el artículo 6-1 de la Directiva 93/13/CEE un mandato expreso al juez nacional que le obliga a aplicar su derecho interno para extraer las consecuencias derivadas del principio de "no vinculación", siendo así que la jurisprudencia del Tribunal Supremo español sobrenulidad de cláusula suelo por abusiva en tanto no transparente, ha entendido que los efectos de dicha nulidad son i) los de eliminación de la cláusula, ii) el de cese en su utilización y, iii) el de subsistencia de los contratos concertados con los consumidores en los que se ha utilizado la cláusula suelo anulada. Pero niega de forma expresa el derecho del consumidor a obtener la restitución de las cantidades pagadas hasta la fecha de la sentencia que declara la nulidad por aplicación de la cláusula suelo.

30. Desde la perspectiva del Derecho Comunitario, tal doctrina jurisprudencial resulta interpretativa del alcance que comprende el efecto de "no vinculación" de una cláusula abusiva al que de forma expresa se refiere el artículo 6-1 de la Directiva 93/13/CEE.
31. Pues bien, entiende este Tribunal que conviene examinar la cuestión relativa a los efectos restitutorios consecuenciales a la ineficacia de una cláusula abusiva cuando, como es el caso de una cláusula suelo así calificada, es declarada nula de pleno derecho, remitiendo dicho análisis tanto desde la perspectiva del derecho interno como del Derecho de la Unión Europea, y a la jurisprudencia que interpreta dicho conjunto normativo.

### **I) La retroactividad de los contratos o cláusulas contractuales nulos de pleno derecho en el derecho interno español.**

#### **32. Legislación interna.**

33. RDL 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. Dispone el artículo 8 de esta Ley, bajo la rúbrica "Derechos básicos de los consumidores y usuarios", apartado b), que es derecho básico del consumidor o usuario

*"La protección de sus legítimos intereses económicos y sociales; en particular frente a las prácticas comerciales desleales y la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos".*

34. El apartado c) de la misma norma reconoce también como derecho básico del consumidor el de obtener

*"La indemnización de los daños y la reparación de los perjuicios sufridos".*

35. Artículo 83-1 del mismo Texto legal. Dice el precepto:

*"Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas."*

36. Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación. Dispone el artículo 8-1 de esta Ley:

*"Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley, o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención".*

37. Y conforme al artículo 8-2 de la misma Ley

*"En particular serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor..."*.

38. Código Civil, artículo 1303

*"Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes."*

39. **Exégesis.**

40. El principio general que rige la nulidad contractual se contiene en el artículo 1303 del Código Civil.

41. Conforme a aquél precepto, cuando el contrato (o cualquiera de sus cláusulas) es inválido, resulta ineficaz y la ley establece como primera y general consecuencia para los contratantes que no quedan vinculados es decir, que no nacen las obligaciones previstas y las atribuciones patrimoniales eventualmente operadas en atención al contrato -o cláusula- inválido, en tanto producidas sin causa. De ahí que el Código Civil establezca el efecto restitutorio de prestaciones.

42. Normalmente la ineficacia alcanza únicamente al propio contrato. Pero cabe la propagación de la ineficacia a otros actos o contratos que guarden cierta relación con el inválido.

43. En relación a la ineficacia de cláusulas en concreto, la regla general es que cabe que la invalidez de una parte afecte al total cuando se refiere a una parte esencial del contrato sin la cual no puede subsistir. En este sentido se pronuncia específicamente el artículo 10 de la Ley 7/1998, de Condiciones Generales de Contratación.

44. No es este sin embargo el caso de la nulidad de cláusulas por ser abusivas en contratos con consumidores.

45. El artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007 presume la consecuencia inversa. Dice la norma que *"A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas."*

46. Por tanto, en el caso de contratos celebrados entre profesionales y consumidores, la nulidad por abusiva de una cláusula contractual no implica la nulidad del contrato, abogándose por la conservación del contrato a salvo que no pudiera subsistir sin dicha cláusula.

47. Ceñida la ineficacia a una cláusula general, el régimen general expuesto despliega todos sus efectos, lo que puede concretarse en el deber de restauración de la situación primitiva derivada de la inexistencia de la cláusula declarada nula. Al fin y al cabo, carecen de causa o fundamento jurídico.

48. Es por ello que cabe entender que en el derecho español la obligación de restituir lo recibido tiene su fundamento en la ley, no en el contrato o en la cláusula inválida, y se articula como consecuencia natural. En este sentido se ha pronunciado la doctrina y la jurisprudencia -STS de 24 de febrero de 1992,

24 de marzo de 1995 y 9 de noviembre de 1999-, resaltando que la restitución es un efecto tan ínsito en la nulidad que debe ser entendida como una obligación que surge *ex lege*.

## **II) Efectos de la declaración de abusividad de la cláusula suelo aplicadas por el Tribunal Supremo. Irretroactividad.**

49. La Sentencia 241/2013, de 9 de mayo del Tribunal Supremo, dictada en el marco de una acción de cesación colectiva formulada por una asociación de consumidores, ha establecido de forma expresa que sus pronunciamientos no tienen carácter "retroactivo" (FJ 17ª).
50. Los argumentos contenidos en la Sentencia para sostener tal afirmación se pueden resumir en tres, a saber, **seguridad jurídica, buena fe y riesgo de trastornos graves de orden económico.**
51. Seguridad jurídica porque constituye un principio general del Derecho del que deriva la necesidad de conservar los efectos consumados, porque así lo ha admitido la jurisprudencia nacional y también la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
52. Buena fe, entre otras razones, porque las cláusulas suelo son lícitas, porque no son inusuales ni extravagantes, porque están objetivamente justificadas en los contratos a interés variable, por su extensa tolerancia temporal en el mercado, por ser la causa de la ilicitud la falta de transparencia, y porque se han observado las reglas internas del mercado hipotecario.
53. Riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico por ser notorias las consecuencias económicas de imponer la restitución general de lo percibido por las cláusulas suelo a los consumidores, tanto respecto de supuestos de contratos ya extintos como de contratos vigentes.
54. Con estos argumentos se excepciona en la Sentencia indicada para el caso de nulidad de cláusulas suelo, la doctrina expuesta relativa a la eficacia retroactiva de la nulidad, doctrina que sido confirmada por la muy reciente STS 139/2015, de 25 de marzo, dictada con ocasión de una acción individual promovida respecto de la cláusula cuya nulidad se había pronunciado precisamente en la Sentencia 241/2013, de 9 de mayo dictada, como hemos señalado, con ocasión de una acción colectiva.
55. En esta última Sentencia de marzo de 2015, tras reproducir ampliamente pasajes de la Sentencia 241/2013, de 9 mayo de 2013 sobre las razones justificativas de la limitación de la norma contenida en el art. 1303 del Código Civil, **rechaza que resulte de trascendencia que se ejercite una acción colectiva o individual con el argumento de que el conflicto jurídico es el mismo,** y concluye que *"...a partir de la fecha de publicación de la sentencia del pleno del 9 mayo 2013 no es posible ya la alegación de buena fe por los círculos interesados, pues esta sentencia abre los ojos y las mentes de las partes contratantes ,pudiendo 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 parágrafo 225 de la sentencia. Si adoleciesen de tal insuficiencia y fuesen declaradas abusivas por ese concreto motivo, que no por otro ajeno a este debate, las sentencias tendrán efecto retroactivo desde la fecha de publicación de la sentencia de 9*

mayo 2013, reiteradamente citada y sobre cuya clarificación nos pronunciamos a efectos de la debida seguridad jurídica; fecha que fue la fijada en ella en orden a la irretroactividad declarada. En atención a todo lo expuesto se estima el recurso de casación, confirmando la doctrina sentada por la sentencia del pleno del 9 mayo 2013, cuya cabal clarificación se ha llevado a cabo en la presente, y, asumiendo la instancia, se estima el recurso de apelación interpuesto por la representación de BBVA contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia, declarando que la entidad recurrente no viene obligada a la devolución de los pagos ya efectuados por los prestatarios a la fecha de publicación de la sentencia de 9 mayo 2013."

56. En resumen, si la Sentencia 241/2013, de 9 de mayo de 2013 interpretaba que no cabía derivar de la nulidad de la condición general de que se trataba -una cláusula suelo en un contrato con consumidores-, la retroacción de la declaración judicial para justificar la restitución de lo abonado por los consumidores afectos por la cláusula nula por las específicas razones que señalaba (seguridad jurídica, buena fe y riesgo de trastornos graves de naturaleza económica), la Sentencia 139/2015, de 25 de marzo hace de la excepción doctrina jurisprudencial con la doble particularidad de que se obvian en tal consolidación las diferencias entre la tipología de las acciones ejercitadas y que sí reconoce retroactividad respecto de las declaraciones posteriores a la doctrina contenida en la Sentencia de 2013, restringiendo el efecto retroactivo, que por tanto sí se reconoce, a la fecha de la primera de las Sentencias.

### **TERCERO.- LA CUESTIÓN DE LA IRRETROACTIVIDAD DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO Y LA JURISPRUDENCIA EUROPEA.**

#### **I) El Derecho de la Unión Europea. La Directiva 93/13/CEE y las cláusulas abusivas.**

57. La Directiva 93/13/CEE constituye el marco jurídico en materia de cláusulas abusivas.
58. De entre sus preceptos nos interesa al caso el art. 6-1 que dispone que
- "Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas."*
59. La Directiva 93/13 establece además en su artículo 7-1, la obligación de los Estados porque velen por la existencia de medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos con consumidores, estando entre ellos el ejercicio de acciones colectivas.
60. Dispone en concreto dicha norma lo siguiente
- "Los Estados miembros velarán porque, en interés de los consumidores y de*

*los competidores profesionales, existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores."*

61. Entre los medios adecuados y eficaces impone el reconocimiento de las acciones colectivas -art 7-2 Directiva 93/13-.
62. A las acciones colectivas se refiere en particular la Directiva 2009/22/CE del Parlamento y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores, regulando las acciones de cesación destinada a la protección de intereses colectivo y prevé su aplicación en materia de consumo al contempla en su Anexo I expresamente la directiva 93/13, especificándose en su artículo 2 el contenido y finalidad de dichas acciones.
63. A modo de conclusión. **Del tenor literal del marco jurídico expuesto, la cuestión sobre reintegro de cantidades satisfechas por los consumidores en aplicación de una cláusula abusiva no tiene explícita expresión, ni en el marco de las acciones individuales de cesación ni con ocasión de la regulación de las acciones colectivas.**

## **II) La limitación de los efectos temporales de la declaración de abusividad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo.**

64. Sin embargo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sí se ha pronunciado ya en diversas ocasiones en relación al efecto retroactivo de sus pronunciamientos, de donde resulta que no es una cuestión desconocida o ajena a la jurisprudencia del Tribunal Europeo, al menos desde una cierta perspectiva que es, en todo caso, excepcional (véase inciso inicial apart 59 STJUE de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb AG, C-92/11).
65. **En materia de consumo sólo hay un pronunciamiento. Se trata del caso resuelto en la STJUE de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb AG, C-92/11,** donde el Tribunal señalen su apartado 59, lo siguiente: *"...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 concurren dos criterios esenciales, a saber, la buena fe de los círculos interesados y el riesgo de trastornos graves (véanse, en particular, las sentencias Skov y Bilka, antes citada, apartado 51; Brzeziński, antes citada, apartado 56; de 3 de junio de 2010, Kalinchev, C-2/09, Rec. p. I-4939, apartado 50, y de 19 de julio de 2012, Rçdlihs, C-263/11, Rec. p. I-0000, apartado 59)."*
66. En este caso conviene advertir que el Tribunal de Justicia concluyó que no concurrían los requisitos necesarios para otorgar la limitación temporal, en particular el relativo al riesgo de trastorno grave, porque no se habían acreditado.
67. **En otras Sentencias también el Tribunal se ha pronunciado sobre la cuestión de retroacción de la declaración judicial.** Lo ha hecho en las Sentencias de 2 de febrero de 1988, Balizo, C-24/86, en la de 9 de marzo de 2000, Ekw y Wein & CO, C-437/07 y en la de 8 de abril de 1976, SABENA C-43/75.

68. En todo caso, del análisis de las mismas podemos concluir que el Tribunal de Justicia ha valorado en ocasiones y en ámbitos distintos, la concurrencia de la buena fe y el riesgo económico como criterios desde los que justificar la limitación temporal de los efectos de las Sentencias para cuestionar relaciones jurídicas establecidas de buena fe, pero lo ha hecho siempre a modo de excepción y en aplicación del principio de seguridad jurídica sin obviar las circunstancias concretas o propias del caso (apart 44 STJUE de 9 de noviembre de 2010, C-137/08) a valorar por el Juez nacional.

#### CUARTO.- JUSTIFICACIÓN DEL PLANTEAMIENTO DE LAS CUESTIONES PREJUDICIALES.

69. Las normas de Derecho Comunitario son sin duda explícitas al indicar que el consumidor no debe verse vinculado por la cláusula abusiva. Y es cierto que ni en la legislación ni en la jurisprudencia se ha establecido que de ello deba seguirse el reintegro de las cantidades pagadas por el consumidor como parte de aquél efecto.

70. Es por ello que un sector doctrinal ha venido entendiendo que no hay armonización europea sobre el deber de restitución como efecto de la ineficacia de una cláusula contractual abusiva y que tal cuestión está remitida -art 6-1 Directiva 93/13- al derecho nacional de cada Estado para regular esta cuestión.

71. En relación a este último, se trae a colación la STJUE de 30 de mayo de 2013, Jöros, C-397/11, que dice que el "tribunal nacional que haya constatado de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual debe aplicar en cuanto sea posible, sus reglas procesales internas de modo que se deduzcan todas las consecuencias que, según el Derecho interno, nacen de la constatación del carácter abusivo de la referida cláusula para cercionarse de que el consumidor no queda vinculado por ésta".

72. Ahora bien, y a modo de objeción cabe apuntar que la llamada procesal al derecho interno resulta lógica en el ámbito de un proceso judicial. Sin duda, ninguna armonización hay en esta materia. Pero la cuestión radica en el alcance del principio de no vinculación del art 6-1 Directiva ya que en función de su contenido, podrá deducirse si en efecto, aplicando el derecho interno, se deducen todas las consecuencias debidas para "...cercionarse de que el consumidor no queda vinculado por ésta"(STJUE de 30 de mayo de 2013, Jöros, C-397/11).

73. En el caso español, el Tribunal Supremo ha interpretado el artículo 1303 Código Civil como norma base regulatoria de la retroactividad de los efectos de la nulidad contractual en este ámbito específico de la no vinculación del consumidor por una cláusula abusiva, tanto con ocasión de una acción colectiva como individual. Y lo ha hecho excepcionando el efecto propio del instituto que conforme al derecho interno, encauza la "no vinculación", es decir, la nulidad de pleno derecho de la cláusula y la consiguiente restitución de prestaciones.

74. Para ello el Tribunal Supremo apoya a través de los hechos que expone una suerte de "buena fe", y sustenta el riesgo de quebranto del orden económico en la "notoriedad", es decir, en una evidencia sin prueba alguna ni explicitar condiciones o requisitos de valoración o justificación, más allá de la propia notoriedad a la que alude como fundamento de su afirmación.

75. Pues bien, entiende este Tribunal que esta interpretación restrictiva del efecto de la nulidad de la cláusula en cuestión podría no ser compatible con el artículo 6-1 de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores teniendo en cuenta las razones que seguidamente expondremos y que en buena parte ya ha sido desglosadas tanto por la doctrina española y los Tribunales en múltiples resoluciones que han venido a discrepar de la doctrina judicial del Tribunal Supremo.

76. Los argumentos que justifican las dudas de este Tribunal tanto en el caso de la decisión del Tribunal Supremo dada con ocasión de una acción colectiva -Sentencia 2013- de declarar la irretroactividad de los efectos de la nulidad de la cláusula suelo, como en el caso de la decisión adoptada en un supuesto de sobre acción individual -Sentencia 2015- de retroacción limitada a la fecha de la Sentencia de 2013, son los siguientes:

77. **Primero.-**

De la literalidad de los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE, no resulta armonizado el reintegro. Pero cabe entender que norma es más sutil cuando establece el principio de la "no vinculación" -art 6-1- al tiempo que obliga a los Estados miembros a establecer en sus sistemas jurídicos "...medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores", obligación a nuestro entender vinculada al denominado "efecto útil" de la Directiva.

Y es que desde la perspectiva de la finalidad de la Directiva, la imposición al profesional que se vale de cláusulas abusivas, de reintegrar lo indebidamente percibido por la aplicación de aquellas, puede ser alentado como un medio eficaz para garantizar, también por esta vía, el "efecto disuasorio", al que sí se ha referido el Tribunal de Justicia -como a continuación veremos- en el uso de tales cláusulas.

Por otro lado, desde la perspectiva del interés de los consumidores, cabe considerar si es parte de la finalidad de la Directiva la de reparar a aquellos en sus perjuicios económicos teniendo en cuenta, como dice la STJUE de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb AG, C-92/11 "...el sistema de protección establecido en la Directiva 93/13 se basa en la idea de que el consumidor se haya en situación de inferioridad con respecto al profesional" -apart 41-.

78. **Segundo.-**

Las Sentencias del Tribunal de Justicia de 14 de junio de 2012, de 21 de febrero de 2013 y la de 21 de enero de 2015 han establecido como doctrina la de prohibición de integrar las cláusulas declaradas abusivas, señalando al efecto que si un juez nacional tuviera la posibilidad de modificar su contenido, dicha facultad contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores, pudiendo verse tentados a utilizar dichas cláusulas al saber que, en caso de declararse su nulidad, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario.

79. **Tercero**

Si la finalidad de la Directiva es la de promover en los Estados miembros de la

Unión una protección integral al consumidor, la "no vinculación" a una cláusula abusiva -por nulidad o ineficacia según cada ordenamiento nacional- no solo ha de tener una proyección de futuro sino también de pasado, por pérdida de fundamento causal en la propia norma legal.

En este sentido se pronuncia el Informe (IC 2000) de 27 de abril de 2000, de la Comisión, sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CEE, cuando señala que "*la decisión judicial por la que se declara abusiva una cláusula determinada debe retrotraer sus efectos al momento de la conclusión del contrato (ex tunc)*".

#### 80. Cuarto.-

El TJUE, en numerosas resoluciones -sentencias de 26 de abril de 2012, C-472/10 y de 30 de mayo de 2013, C-397/2011- ha sentado el principio de no vinculación en el sentido de que cuando se declare abusiva una cláusula contractual los órganos jurisdiccionales nacionales estarán obligados a aplicar todas las consecuencias que según el derecho nacional se deriven de ello para que el consumidor no resulte afectado por dicha cláusula, jurisprudencia de la que se podría desprender, dice la doctrina, que el art. 6-1 de la Directiva 93/13/CEE es una disposición imperativa que trata de reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre estas (STJUE 26 de octubre de 2006, asunto C-168/2005 de 6 de octubre de 2009, asunto C-40/2008 y de 9 de noviembre de 2010, asunto C-137/2008).

#### 81. Quinto.-

Como hemos señalado en el apartado correspondiente, sólo con carácter excepcional el TJUE permite modular la retroactividad cuando concurren dos presupuestos: la buena fe de los interesados y el riesgo de trastornos graves para el orden económico.

Pues bien, en relación a la buena fe entendemos que resulta cuestionable que se pueda reputar de buena fe a quien de forma difusa impone una cláusula en su propio interés y sin facilitar la debida información de sus negativos efectos, ya que con dicha actitud ha impedido a los consumidores elegir otras ofertas que aunque pudieran imponerle un mayor interés remuneratorio no encubrieran los perniciosos efectos de una cláusula suelo, con la paradójica consecuencia de que a la postre, la buena fe sólo beneficia a una parte -el profesional- y perjudicada a otra -el consumidor- que en este tipo de contratos, negocia en posición de inferioridad.

Que resulta cuestionable que quien aprovechándose de su posición dominante, disimula el verdadero contenido y significado de la cláusula suelo pactada es actor de buena fe, es hecho reconocido incluso en la STS 138/2015, de 24 de marzo que señala lo siguiente: "*Como decíamos en la sentencia núm. 241/2013, apartado 218, «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. El diferencial del tipo de referencia, que en la vida real del contrato con cláusula suelo previsiblemente carecerá de trascendencia, es susceptible de influir de forma relevante en el comportamiento económico del consumidor».*

Y por lo que hace al grave riesgo de trastornos económicos, -afectación al orden público económico-, resulta también cuestionable que el criterio que

sustente lo que constituye una excepción al régimen general de retroactividad sea la "notoriedad" del hecho, sin fijación de hechos cualitativos ni cuantitativos ni, desde luego, criterios objetivables, tanto más rechazable cuando en los casos resueltos, el conflicto se ha referido a profesionales -entidades financieras- cuyo negocio se ha lucrado a través de condiciones contractuales que, por ser abusivas, han transformado lo percibido en una suerte de enriquecimiento injusto si han implicado un correlativo empobrecimiento del consumidor a quien, lejos de compensarle su esfuerzo económico, social y personal, se frustra en el acceso a la tutela judicial donde, a pesar de que se le otorga la razón sobre lo indebido de lo pagado por aplicación de una cláusula que es nula de pleno derecho y de que la legislación le reconoce un derecho básico a ser reparado económicamente en todos sus perjuicios no obtiene respuesta económica o la que obtiene es parcial por razón de un "grave riesgo de trastornos".

Este argumento nos induce a plantearnos si es razonable configurar el orden público económico sólo desde la perspectiva del efecto económico para profesional, con omisión en esa construcción del quebranto económico que puede suponer para el consumidor no obtener la restitución de lo indebidamente pagado, consumidor que es elemento tan multiplicador del riesgo para el orden público económico como en el que se quiere sustentar en los profesionales. Dos perspectivas a la postre, de un riesgo público de índole económico de las que, sin embargo, sólo una ha sido tomada en consideración.

Consecuentemente, podría tener sentido que los criterios de la buena fe de los círculos interesados y de riesgo de trastornos graves fueran conceptos autónomos del Derecho de la Unión que hubieran de ser interpretados de manera uniforme por todos los Estados integrantes.

## 82. Sexto.-

Conforme al art. 83 RDL 1/2007, son nulas de pleno derecho las cláusulas abusivas, disponiéndose que las mismas se deben tener por no puestas. Nada dice la norma sobre la retroacción de efecto, pero al caso le es de aplicación, en aplicación ordinaria no excepcional, el artículo 1303 del Código Civil.

Conviene además recordar que la vigente redacción de la norma resulta de una reciente reforma por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, para incorporar la doctrina de la STJUE de 14 de junio de 2012 -caso Banco Español de Crédito- que prohíbe cualquier tipo de integración, mínima o parcial, que beneficie al predisponente, ya que dicha solución genera un efecto contrario al Derecho Comunitario por favorecer o promover la inclusión de cláusulas abusivas en perjuicio del consumidor que quedarían sin ningún tipo de sanción o con una sanción atemperada o minorada. En efecto, en su anterior redacción el precepto establecía que cuando subsistía el contrato se otorgaba al juez que declaraba la nulidad de la cláusula facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes. Recordar igualmente que la Dirección General de Justicia de la Comisión Europea había dirigido al Gobierno español un escrito en que le ponía de manifiesto la obligación de modificar el art. 83 TRLCU al no resultar compatible con el art. 6-1 de la Directiva 93/2013 que el juez que declarara nula una cláusula abusiva integrara su contenido.

## 83. Séptimo.-

El Juez 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 (STJUE de 21 de marzo de 2013, C-92/11) y en este caso cabe la duda de si es posible realizar la interpretación del Derecho nacional conforme a la Directiva 93/2013 y de su artículo 6 de modo tal que la declaración de nulidad por abusiva de una condición general impuesta a un consumidor como es el caso de las cláusulas suelo en los contratos adhesivos no implique la retroacción de prestaciones dadas en aplicación de la cláusula nula a fin de hacer efectivos los derechos reconocidos en dicha norma y en la legislación de consumo interna - Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias- en cuyo artículo 8, bajo el título "derechos básicos de los consumidores y usuarios" se establecen como tales, entre otros, "La protección de sus legítimos intereses económicos y sociales; en particular frente a las prácticas comerciales desleales y la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos" -apart. B)- y "la reparación de los perjuicios sufridos" -apart. C)-.

#### **QUINTO.- CUESTIONES PREJUDICIALES A FORMULAR AL TRIBUNAL DE JUSTICIA.**

84. Con base a las dudas interpretativas expuestas es que el Tribunal decide plantear ante el Tribunal de Justicia la cuestión relativa la compatibilidad entre la doctrina interpretativa llevada a cabo por el Tribunal Supremo español de supresión o limitación del efecto restitutorio como efecto de la nulidad de las cláusulas suelo impuestas en contratos de consumidores, con el principio de "no vinculación" a que se refiere el artículo 6-1 Directiva 93/13/CEE, considerando pertinente hacer uso del procedimiento previsto en el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en relación a la competencia del Tribunal de Justicia para conocer de la interpretación de las disposiciones de las mencionadas Directivas y los criterios que el Juez nacional puede o debe aplicar al examinar una cláusula contractual a la luz de esas disposiciones (apart 48 STJUE de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb AG, C-92/11).

85. En relación a ello formulamos las siguientes cuestiones:

- i) **¿Es compatible con el principio de no vinculación reconocido en el artículo 6-1 de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, que los efectos restitutorios derivados de la declaración de nulidad por abusiva de una cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo no se retrotraiga a la fecha de celebración del contrato sino a una fecha posterior?.**
- ii) **El criterio de buena fe de los círculos interesados que opera como fundamento de la limitación de la eficacia retroactiva derivada de una cláusula abusiva, ¿es un concepto autónomo del Derecho de la Unión que ha de interpretarse de manera uniforme por el conjunto de Estados miembros?.**

- iii) **Caso de respuesta afirmativa, ¿qué presupuestos deben atenderse para determinar la existencia de la buena fe de los círculos interesados?.**
- iv) **En cualquier caso, ¿es conforme con la buena fe de los círculos interesados la actuación del profesional que en la generación del contrato, ha motivado la falta de transparencia determinante de la abusividad de la cláusula?.**
- v) **El riesgo de trastornos graves que opera como fundamento de la limitación de la eficacia retroactiva derivada de una cláusula abusiva, ¿es un concepto autónomo del Derecho de la Unión que ha de interpretarse de manera uniforme?.**
- vi) **En caso de respuesta afirmativa, ¿qué criterios deberían ser tomados en consideración?.**
- vii) **El riesgo de trastornos graves, ¿debe valorarse tomando solo en consideración el que se pueda producir para el profesional, o también se debe tomar en cuenta el quebranto que se ocasione a los consumidores por la no restitución íntegra de las cantidades abonadas en virtud de dicha cláusula suelo?.**

**SEXTO.- LA EXTENSIÓN DEL PRONUNCIAMIENTO JURISPRUDENCIAL DADO CON OCASIÓN DE UNA ACCIÓN COLECTIVA DE CESACIÓN RESPECTO DE CONSUMIDORES QUE EJERCITEN ACCIONES INDIVIDUALES DE NULIDAD DE CLÁUSULA ABUSIVA.**

86. Considera igualmente este Tribunal que hay dudas sobre la compatibilidad entre la interpretación del artículo 6-1 de la Directiva 93/13/CEE y la aplicación de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ya expuesta sobre modulación de la retroactividad cuando concurren dos presupuestos, la buena fe de los interesados y el riesgo de trastornos graves para el orden público, cuando se hace en modo proyección o generalización a distintos casos para los que se aplicó aquella doctrina.
87. En el caso que nos ocupa **el Tribunal Supremo** (Sentencia 139/2015, de 25 de marzo) llega a la conclusión de que procede la aplicación de la doctrina sobre irretroactividad de los efectos de la nulidad de la cláusula suelo fijada en la Sentencia de 9 de mayo de 2013 **con independencia de la tipología de la acción ejercitada, argumentando al respecto que hay identidad de conflicto jurídico**, no obstante haber sido la acción que determinó el pronunciamiento inicial del Tribunal en su Sentencia de 9 de mayo de 2013 una acción colectiva, siendo sin embargo individual la resuelta por la Sentencia de 2015.
88. En efecto, establece el Tribunal en su Sentencia 139/2015 en relación a la incidencia en la aplicación de esa doctrina en función del ejercicio de una acción individual o colectiva que *"...tal distinción entiende la Sala que no se contempla en la Sentencia del Tribunal Supremo, recogiendo su parágrafo 282 que «como apunta el Ministerio Fiscal, la finalidad de las acciones de cesación no impide el examen de los efectos de la nulidad determinante de la condena a cesar en la utilización de las cláusulas abusivas y a eliminar de sus contratos los existentes, cuando éstas se han utilizado en el pasado.» Además, añadimos que no resulta trascendente, al efecto aquí debatido, que se trate de una acción colectiva o de una individual, puesto que el conflicto jurídico es el mismo y estamos en presencia de una doctrina sentada por la repetida*

*sentencia para todos aquellos supuestos en que resulte, tras su examen, el carácter abusivo de una cláusula suelo inserta en un préstamo de interés variable cuando se den las circunstancias concretas y singulares que el Tribunal Supremo entendió que la tiñen de abusiva, debiendo ser, por ende, expulsada del contrato."*

89. Como colofón de esta argumentación el Tribunal Supremo fija la siguiente doctrina: "*Que cuando en aplicación de la doctrina fijada en la sentencia de Pleno de 9 de mayo de 2013, ratificada por la de 16 de julio de 2014, Rc. 1217/2013 y la de 24 de marzo de 2015, Rc. 1765/2013 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"* -punto 4 parte dispositiva-.
90. Pues bien, lo que ahora cuestionamos es la **compatibilidad con el Derecho comunitario de la extensión** del pronunciamiento dado con ocasión de una acción colectiva -el declarado en la Sentencia de 9 de mayo de 2013- respecto de terceros que no han sido parte en el procedimiento, que hacen valer sus legítimos intereses entablando judicialmente una acción individual, sin consideración a las circunstancias concretas de su caso.
91. Dudas que surgen, en primer lugar, en relación a la compatibilidad de esa doctrina judicial con el **artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea que reconoce el derecho de la tutela judicial efectiva** y que se pone de manifiesto cuando no se permite al consumidor, que no es cliente de ninguna de las entidades financieras que fueron demandadas en la Sentencia del Tribunal Supremo nº 241/2013, de 9 de mayo, solicitar de los Tribunales de Justicia que los efectos restitutorios de las intereses indebidamente abonados por la cláusula "suelo" se retrotraigan a la fecha de celebración del contrato.
92. Aceptar que ello debería ser así porque en otro caso la utilidad de la acción colectiva sería mínima, **supone asentar la eficacia de la acción colectiva en una limitación al tercero que no ha sido parte en el proceso judicial** en que se dilucida la acción colectiva, porque de ser así, la eficacia se troncaría en muchas ocasiones, en perjuicio.
93. De hecho el Abogado General dice en su apartado 51 de las conclusiones de 6 de diciembre de 2011, asunto Invitel- que "*sólo es posible luchar eficazmente contra estas cláusulas si se confiere a la resolución judicial que declara su carácter abusivo un cierto radio de eficacia."*
94. **No se hace expresión por tanto, de una eficacia plena y completa.** Y ello sólo cabe entenderse en relación a efectos anexos, parejos o consecuenciales a la "no vinculación" derivada de la declaración judicial hecha con ocasión de una acción colectiva que pueden estar aquilatados de una forma determinada por razón de la propia entidad de la acción ejercitada -la colectiva- y que pueden ser distintos en el análisis individual que dimana de la acción individual del consumidor.
95. Así se desprende además de la propia STJUE, caso Invitel, cuando dice que el efecto *erga omnes* debe entenderse en relación a la no vinculación ni a los consumidores que sean parte en el procedimiento de cesación "*...ni a aquellos que hayan celebrado con ese profesional un contrato al cual se le sean de aplicación las mismas condiciones generales*".

96. Por tanto, reconoce la eficacia en la declaración de no vinculación sin referencia a otros efectos y además con el **límite subjetivo**, que es el que analiza la Sentencia, del mismo profesional.
97. Esto no obstante tal afirmación supone sin mayor argumento que hay una presunción de que en todo caso de inclusión de una cláusula suelo como condición general en un contrato de consumidores las partes han operado de buena fe y que la retroacción económica en el caso individual, produce trastorno grave del orden público económico, lo que entendemos puede ser claramente contradictorio con la doctrina interpretativa del Tribunal Europeo de Justicia cuando con ocasión de fijar doctrina de prohibición de integrar las cláusulas declaradas nulas por ser abusivas -Sentencias del Tribunal Europeo de 14 de junio de 2012, de 21 de febrero de 2013 y la de 21 de enero de 2015-, se alude a que de lo contrario **se estaría contribuyendo a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen** frente a los consumidores pues también en el caso de la no retroactividad cabe que los profesionales puedan estar tentados a utilizar -o mantener- dichas cláusulas al saber que, en caso de declararse su nulidad, el efecto económico es ninguno o muy limitado. Un proyecto económico hecho por un profesional le podría hacer considerar que entre la decisión del consumidor de acudir a los Tribunales, con los costos que ello tiene, y la repercusión real que la decisión pudiera tener en la vida del préstamo -sujeta a múltiples factores- hay compensación suficiente como para mantener y aplicar las cláusulas abusivas.
98. **Proyectar ese riesgo como parte del régimen general de la ineficacia de las cláusulas abusivas por no ser transparentes** para en particular el caso de las denominadas cláusulas suelo, **podría ir contra del artículo 83 RD 1/2007**, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, precepto que tiene su causa en el artículo 6 de la Directiva 93/13/CEE y que, como indicábamos, fue **modificado por la Ley 3/2014, de 27 de marzo (posterior a la STS de 9 de mayo de 2013), para incorporar la doctrina de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de junio de 2012 que prohíbe cualquier tipo de integranción, mínima o parcial, que beneficie al predisponente**, ya que dicha solución produce un efecto que es contrario al Derecho comunitaria por favorecer o promover la inclusión de cláusulas abusivas en perjuicio del consumidor que quedarían sin ningún tipo de sanción o con una sanción atemperada o minorada.
99. En suma, **resulta dudoso** que la doctrina judicial sobre la irretroactividad inherente a la declaración de nulidad de una cláusula suelo dada con ocasión de una acción colectiva formulada por una asociación de consumidores pueda **proyectarse, como si de una norma legal se tratase, sobre todo tipo de acciones individuales sin atender a las particularidades del caso concreto**, mermando sustancialmente la posición del consumidor, habiéndolo además sobre la base de un criterio tan poco objetivable por indeterminado como el riesgo de trastornos graves con trascendencia en el orden público económico con el añadido que ni siquiera la Sentencia del Tribunal Supremo que acoge este criterio para fijar doctrina en relación a la supresión de la retroactividad de la nulidad de la cláusula nula, fija los requisitos que deben concurrir para apreciar dicho riesgo, todo lo cual enfrenta de manera evidente los derechos básicos de los consumidores y usuarios a los que hacíamos antes referencia, sobre *"La protección de sus legítimos intereses económicos y sociales; en particular frente a las prácticas comerciales desleales y la inclusión de*

*cláusulas abusivas en los contratos" -art 8.apart. B)- y "la reparación de los perjuicios sufridos" -art. 8 apart. C) RDL 1/2007.*

100. Es por esta razón que consideramos igualmente oportuno que el Tribunal de Justicia establezca una interpretación uniforme sobre la aplicación de los motivos que permiten modular la retroactividad cuando se trata de acciones individuales y en particular en aquellos casos en que hay declaración jurisprudencial proyectando dicha modulación desde el caso resuelto con ocasión de una acción colectiva a cualesquiera acciones individuales.

101. En relación a ello planteamos la siguiente cuestión:

- i) **¿Es compatible con el principio de no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas reconocido en el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, y con el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la extensión automática de la misma limitación de los efectos restitutorios derivados de la nulidad de una cláusula "suelo" declarada en el seno de un procedimiento entablado por una asociación de consumidores contra tres entidades financieras a las acciones individuales de nulidad de una cláusula "suelo" por abusiva instadas por los clientes-consumidores que contrataron un préstamo hipotecario con otras entidades financieras distintas?.**

#### **SÉPTIMO.- PROCEDIMIENTO ACELERADO.**

102. El artículo 105.1 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia dispone que a instancia del órgano jurisdiccional remitente o, excepcionalmente de oficio el Presidente del Tribunal puede *"decidir tramitar una petición de decisión prejudicial mediante un procedimiento acelerado que establezca excepciones a las disposiciones del presente Reglamento, cuando la naturaleza del asunto exija resolverlo en breve plazo"*.

103. Este Tribunal entiende que la presente cuestión merece su tramitación mediante el procedimiento acelerado en atención al número de potenciales afectados. La crisis económica por la que atraviesa España ha dado lugar a un número muy elevado de procedimientos en los que se insta por los consumidores la declaración de nulidad de cláusulas "suelo" y en ellos surge la duda sobre la compatibilidad con el Derecho de la Unión Europea del criterio interpretativo establecido en las Sentencias del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo números 241/2013, de 9 de mayo y 139/2015, de 25 de marzo que constituye jurisprudencia.

104. Resolver de forma rápida las dudas interpretativas expuestas por este Tribunal facilitaría la acertada y rápida resolución de un número muy elevado de litigios con el mismo objeto

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el Pueblo Español.

## PARTE DISPOSITIVA

**LA SALA ACUERDA** plantear ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea las siguientes cuestiones:

- i) **¿Es compatible con el principio de no vinculación reconocido en el artículo 6-1 de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, que los efectos restitutorios derivados de la declaración de nulidad por abusiva de una cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo no se retrotraiga a la fecha de celebración del contrato sino a una fecha posterior?.**
- ii) **El criterio de buena fe de los círculos interesados que opera como fundamento de la limitación de la eficacia retroactiva derivada de una cláusula abusiva, ¿es un concepto autónomo del Derecho de la Unión que ha de interpretarse de manera uniforme por el conjunto de Estados miembros?.**
- iii) **Caso de respuesta afirmativa, ¿qué presupuestos deben atenderse para determinar la existencia de la buena fe de los círculos interesados?.**
- iv) **En cualquier caso, ¿es conforme con la buena fe de los círculos interesados la actuación del profesional que en la generación del contrato, ha motivado la falta de transparencia determinante de la abusividad de la cláusula?.**
- v) **El riesgo de trastornos graves que opera como fundamento de la limitación de la eficacia retroactiva derivada de una cláusula abusiva, ¿es un concepto autónomo del Derecho de la Unión que ha de interpretarse de manera uniforme?.**
- vi) **En caso de respuesta afirmativa, ¿qué criterios deberían ser tomados en consideración?.**
- vii) **El riesgo de trastornos graves, ¿debe valorarse tomando solo en consideración el que se pueda producir para el profesional, o también se debe tomar en cuenta el quebranto que se ocasione a los consumidores por la no restitución íntegra de las cantidades abonadas en virtud de dicha cláusula suelo?.**
- viii) **¿Es compatible con el principio de no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas reconocido en el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, y con el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la extensión automática de la misma limitación de los efectos restitutorios derivados de la nulidad de una cláusula "suelo" declarada en el seno de un procedimiento entablado por una asociación de consumidores contra entidades financieras, a las acciones individuales de nulidad de una cláusula "suelo" por abusiva instadas por los clientes-consumidores que contrataron un préstamo hipotecario con entidades financieras distintas?.**

Se acuerda la **SUSPENSIÓN** del procedimiento hasta que por el Tribunal de

Justicia se dé respuesta a las cuestiones planteadas.

Se solicita del Tribunal de Justicia de la Unión Europea la tramitación por el procedimiento acelerado.

Remítase testimonio de la presente resolución al Tribunal de Justicia mediante correo certificado con acuse de recibo a fin de que, admitiendo a trámite las cuestiones prejudiciales planteadas, de respuesta a las mismas.

Contra la presente resolución no cabe ningún recurso.

Notifíquese este Auto a las partes y al Ministerio Fiscal.

Así lo acuerdan y firman los Ilmos. Sres. Magistrados arriba expresados, que integran la Sección Octava de la Audiencia Provincial, doy fe.

**Y para que conste y sirva de notificación a las partes, se expide la presente, advirtiéndose a las mismas, que contra el precedente auto/sentencia no procede interponer recurso de ninguna clase.**

**LA SECRETARIA JUDICIAL**