

Devolución de las cantidades indebidamente cobradas en virtud de cláusula suelo declarada nula

Recovery of unduly invoiced amounts because of «floor clauses» rendered null and void

Eva M.^a Martínez Gallego

Magistrada Juzgado Primera Instancia Mercantil. Ourense.

Profesora Titular de Derecho Civil (USAL)

kieva@usal.es

Fecha de recepción: octubre de 2014

Fecha de aceptación definitiva: 3 de noviembre de 2014

La nulidad de la cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo hipotecario ha sido objeto de análisis pormenorizado tras la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 9 de mayo de 2013. Los razonamientos que sienta el Alto Tribunal sobre los elementos a enjuiciar y los requisitos tanto de incorporación como de transparencia de esta condición general de acotación mínima al tipo de interés ya han sido tratados en esta revista por el catedrático de Derecho Civil Dr. D. Eugenio Llamas Pombo en el número de diciembre de 2013. Ahora bien, haciendo nuestras las consideraciones que allí se

señalan, creemos que procede ahondar en un segundo e importante aspecto derivado de la nulidad de dicha cláusula. Es cierto que la sentencia del Tribunal Supremo es el parámetro utilizado por los Jueces de lo mercantil y Audiencias Provinciales en aras de efectuar la declaración de nulidad. Sin embargo, son muchas las voces discrepantes en cuanto a los efectos que se derivan de dicha nulidad. Es por ello que estimamos procedente hacer un breve análisis del panorama judicial para extraer, si ello es posible, un criterio que transmita cierta seguridad al consumidor medio, que, ante un panorama incierto, antes de plantear una eventual demanda con solicitud de devolución de cantidades, parece que debe conocer el criterio de la plaza en la que lidia.

Lo habitual es que el consumidor, cuando inste la declaración de nulidad de la cláusula suelo o de acotación mínima al tipo de interés inserta en el contrato de préstamo hipotecario que le une a la entidad bancaria, también solicite la restitución del importe percibido por ésta a partir del momento en que comenzó a aplicarse la cláusula suelo.

Ante esta solicitud, como bien señala la sentencia de la Ilma. Audiencia Provincial de Jaén de fecha 27 de marzo de 2014 (rollo de apelación n.º 201/2014), Fundamento de Derecho Segundo, «Las Audiencias Provinciales han adoptado soluciones divergentes sobre este extremo, tras la citada sentencia del Tribunal Supremo», existiendo dos posiciones claramente divergentes en las que podemos insertar el criterio mantenido por nuestra Audiencia de Ourense basado en la aplicación del art. 1.6 del Código Civil reproduciendo los argumentos de la Sala primera del Tribunal Supremo. Así, contamos con sentencia de fecha 31 de marzo de 2014 (rollo 344/13), estimatoria en parte del recurso de apelación interpuesto por la entidad bancaria, en relación a la no aplicación retroactiva de los efectos de la cláusula nula así declarada, y ello porque estima que «el Tribunal Supremo en su sentencia de Pleno ha fijado cuál es la doctrina jurisprudencial al respecto y de esta manera ha marcado la pauta a seguir en la determinación del carácter retroactivo o no de la declaración de nulidad de una cláusula suelo inserta en un préstamo hipotecario y a tal previsión debe atenerse el dictado de resolución de los órganos inferiores pues lo contrario sería desoír el mando que establece el citado art. 1.6 del Código Civil» (Fundamento de Derecho Segundo). Añade igualmente que

ese pronunciamiento vincula necesariamente a los órganos jurisdiccionales de orden inferior al Tribunal Supremo de tal modo que la aplicación del artículo 1303 del Código Civil al supuesto debe seguir esa dirección y no es aceptable que se cuestione el mismo en cualquier resolución judicial.

Sin embargo, la misma Audiencia Provincial de Ourense, por ejemplo en sentencia de 15 de julio de 2014, desestima el recurso planteado por la entidad bancaria confirmando íntegramente la sentencia dictada por este mismo Juzgado en la que se estima

la condena a la devolución de las cantidades indebidamente cobradas por aplicación de la cláusula «suelo» declarada nula.

A tal efecto, son muchas ya las resoluciones dictadas por quien escribe estas breves líneas en las que, antes de entrar a resolver sobre la posible retroactividad solicitada, precisa en relación al art. 1.6 del Código Civil que, el hecho de que el TS se pronuncie sobre un aspecto jurídico determinado, no impide a nadie el acudir a los tribunales en defensa de sus derechos e intereses legítimos, sin perjuicio de que su acción pueda o no prosperar en función del criterio de los Juzgados y Tribunales, que pueden o no seguir los criterios jurisprudenciales, pues de conformidad a lo dispuesto tanto en el art. 117.1 de nuestra Carta Magna como en el art. 1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los Jueces y Tribunales están sometidos únicamente a la Constitución y al imperio de la Ley. En este sentido, debemos señalar que si bien nuestro Código Civil establece en su art. 1.6 que «La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho», esa vinculación no es rígida o formal, en el sentido de que no pueda nadie apartarse de lo dispuesto por el TS, sino que es una vinculación derivada del enorme prestigio de Nuestro Alto Tribunal, y de que el hecho de no seguir sus opiniones supondría que finalmente la sentencia que se dictase en instancias superiores supondría la revocación de las dictadas en primera instancia.

Es decir, interpuesta la acción se valorará la normativa aplicable y en función de ello se fallará. Asimismo, se podrá tener en cuenta el criterio mantenido por la Instancia Superior a fin de evitar que la sentencia sea revocada, pero nada impide que el Juzgador de Instancia pueda fallar conforme a su criterio y siempre aplicando la ley a la que está sometido. Además, lo que en ningún caso procedería es no entrar a valorar el fondo de la cuestión sobreseyendo el procedimiento *in limine litis* so pretexto del criterio mantenido por la Instancia Superior, pues ello supondría tanto como vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva, y privaría igualmente a los órganos jurisdiccionales encargados de la apelación, o en su caso al TS, de la posibilidad de variar sus criterios, viéndose obligados a continuar diciendo siempre lo mismo, a pesar de que son muchos los casos en que la jurisprudencia modifica sus criterios en base a nuevos argumentos ofrecidos por los solicitantes de la tutela judicial.

Así, el cambio de criterio jurisprudencial está permitido por la reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, siempre que no sea arbitrario y esté motivado (SSTC 200/90, de 10 de diciembre –EDJ1990/11258–; 221/91, de 25 de noviembre –EDJ1991/11196–; 126/92, de 28 de septiembre –EDJ1992/9313–; 207/92, de 30 de noviembre –EDJ1992/11827–; 90/93, de 15 de marzo –EDJ1993/2594–; 160/93, de 17 de mayo –EDJ1993/4617–; 192/94, de 23 de julio –EDJ1994/5581–). De este modo y como señala el propio Tribunal Supremo en sentencia de fecha 10 de mayo de 2003, «se permite la evolución de una jurisprudencia innovadora,

coherente y responsable, desarrollada en el marco de la legalidad y dirigida a la búsqueda de la uniformidad».

Sentado lo anterior, se ha de señalar que son muchas las Audiencias Provinciales que discrepan de la interpretación que realiza el Tribunal Supremo, considerando que no se dan las razones de afectación de la economía nacional que contempló el TS para excluirla, y para evitar el enriquecimiento injusto del banco. A tal efecto, podemos señalar:

- *SAP Málaga, Sección 6.ª, de 12-03-2014 (F.J. octavo):*

El artículo 9 Ley de Condiciones Generales de la Contratación 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, no solo a los contratos declarados nulos, sino también a las cláusulas contractuales declaradas nulas cuando los contratos puedan subsistir sin aquéllas. Pues bien, ello así, aun cuando 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 accesorio de condena a la restitución (como prevé el artículo 12 de la LCGC), 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 artículo 1.303 del CC, sin que concurra circunstancia alguna que permita la excepción del efecto que dicha norma prevé...

- *SAP Barcelona 16-12-2013*: en el apartado 17 (La condena a la devolución de l'excés cobrat). Reproduce la doctrina de la referida STS en su apartado 283, relativa a que la regla general es la retroactividad, por aplicación del principio *quod nullum est nullum effectum producit* y del art. 1303 Cc, y entiende que es la que debe aplicarse al caso, y no la solución de irretroactividad acordada por el Alto Tribunal al ser acciones distintas y no haber en este caso riesgos de trastornos graves en el orden público económico, dice así:

En el cas en examen, considerem que, tal com demanava l'actor Sr. Serafin, ha de ser aplicada la regla general segons la qual, la decisió judicial que declara abusiva una clàusula determinada ha de retrotraure els efectes al moment de la conclusió del contracte (efectes *ex tunc*). La naturalesa d'aquest litigi (acció de nul·litat instada per un consumidor en relació amb un contracte individualitzat) difereix de la del judici decidit per la STS de 9 de maig de 2013 (acció col·lectiva de cessació). Ni aquest procés queda afectat per l'efecte de cosa jutjada material de la STS ni les circumstàncies del nostre cas s'identifiquen amb les d'aquell (singularment la tinguda en compte en l'apartat 293, k: el risc de trastorns greus amb transcendència a l'ordre públic econòmic). En conseqüència, estimarem també la pretensió formulada pel demandant, de condemna de l'entitat demandada a la devolució de l'excés percebut com a conseqüència de l'aplicació de la clàusula declarada nul·la, amb els interessos corresponents.

– *SAP Alicante de 12 de julio de 2013*. Voto particular. El parecer mayoritario considera que es aplicable el criterio de irretroactividad del TS por ser idéntica la cláusula suelo examinada. No obstante, se formula voto particular en el que considera procedente la retroactividad en base a varios argumentos:

El primero, y fundamental, por el principio jurisprudencial de «no vinculación» a las cláusulas abusivas, que ha sentado en numerosas resoluciones el TJUE, al interpretar la Directiva del Consejo, de 5 de abril de 1993 (art. 6.1), sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, lo que ha sido reiterada por el TJUE en sentencias de 26 de abril de 2012, y dos de 30 de mayo de 2013, en el sentido de que cuando se haya declarado abusiva una cláusula los órganos jurisdiccionales nacionales están obligados «a aplicar todas las consecuencias que, según el Derecho nacional, se deriven de ello para que el consumidor no resulte vinculado por dicha cláusula». En Base a ello, considera «la no vinculación no es graduable ni puede tener carácter parcial. Menos aún, que pueda depender de un dato tan aleatorio como la fecha de una sentencia dictada por el Tribunal Supremo español, la no vinculación, para conceder una protección integral al consumidor, no solo ha de tener una proyección hacia el futuro (que se conseguirá con su nulidad y con la supresión de la cláusula abusiva en cuestión) sino también una vocación de pasado, de eliminar cualquier vestigio de su existencia, y ello solo se conseguirá si se hacen desaparecer sus efectos. Se añade también otro argumento relativo al tratamiento paritario que deben tener todos los consumidores comunitarios: «En materia de contratación bancaria (en que existen grandes bancos que operan en la totalidad del mercado europeo, y comercializan unos mismos productos, utilizando en ellos idénticas cláusulas) se afectaría gravemente, a mi entender, la protección integral y paritaria de los consumidores a nivel comunitario, pudiendo darse lugar a injustificadas discriminaciones de trato dependiendo del Estado miembro, si se admitiera modulación en cuanto a la vinculación a las cláusulas abusivas declaradas nulas». Y se concluye que:

La legislación interna española tiene recursos más que conocidos (art. 1303 del Código Civil, art. 83 del 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, arts. 9 y 10 de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación) para suprimir los efectos nocivos de la nulidad de una cláusula abusiva: se tendrá como no puesta y habrá lugar a la restitución de lo recibido, con sus intereses.

– *SAP Álava 9 de julio de 2013*: tras señalar que las acciones ejercitadas en la STS y en la del caso no son las mismas: «La acción allí ejercitada solo ejercitaba acción de cesación, sin acumular reclamación de cantidad, con legitimación restringida, imprescriptible, y eficacia ex nunc, a la vista de los arts. 12, 16 y 19 LCGC. En cambio aquí se da respuesta a una acción de nulidad de los arts. 8 y 9 LCGC, que puede ejercitar cualquier afectado, sometida a plazo de caducidad y eficacia ex tunc», y que la solución del TS atiende al caso enjuiciado, resuelve que debe acordarse la retroactividad, con base en los arts. 9 y 10 LCGC y art. 1303 Cc, así: «El art. 9.2 LCGC ordena a la sentencia que declare nulidad aclarar su eficacia conforme al artículo siguiente. El art. 10 LCGC aclara que la nulidad no determina la ineficacia total del contrato. Supone, por el contrario, la nulidad de la cláusula afectada, nulidad que conforme al art. 1303 CCv obliga a la restitución recíproca de las prestaciones, que en este caso han sido realizadas sólo por el recurrente, puesto que sólo operó la cláusula suelo»; y que no hay razones para no aplicarlos en el caso concreto al no apreciarse trastornos graves para la economía ni para el Banco, y que aun cuando la STS de 21 de marzo de 2012 matizó la obligación restitutoria en caso de nulidad, el fundamento es que ninguna de las partes se enriquezca sin causa a costa de otra, concluyendo en el caso que dado que la cláusula suelo solo ha operado en beneficio del banco y en perjuicio del cliente sin que nunca sucediera lo contrario no hay motivo para excluir la aplicación del art. 1303 Cc.

– *SAP Jaén, 27 de marzo de 2014* (Fundamento de Derecho Segundo) compare, afirma:

Los acertados razonamientos del Magistrado de lo Mercantil y entiende que procede declarar la retroactividad de la nulidad de la cláusula suelo, sin que ello suponga contradecir la sentencia de Pleno del TS de 9 de mayo de 2013, por cuanto ésta no acuerda la irretroactividad como criterio general a aplicar a todas las cláusulas suelo abusivas, sino como excepción a la regla general de la retroactividad, al tratarse de una acción colectiva de cesación (que se eliminasen las cláusulas suelo de los contratos de préstamo hipotecario de las entidades bancarias demandadas y no las usasen en el futuro) a la que no se acumulaba la petición de restitución de prestaciones, y haberse valorado razones de seguridad jurídica y riesgo de graves trastornos económicos, que pudieran producirse si al declararse la retroactividad tuviesen dichas entidades que revisar los miles de contratos suscritos, en muchas ocasiones incluso ya precluidos.

Precisamente, se señala que el TS cuando aborda este tema afirma que la regla general es la retroactividad, al expresar que «la ineficacia de los contratos –o de alguna de sus cláusulas, si el contrato subsiste–, exige destruir sus consecuencias y borrar sus huellas como si no hubiesen existido y evitar así que de los mismos se deriven efectos, de acuerdo con la regla clásica *quod nullum est nullum effectum producit* (lo que es nulo no produce ningún efecto)», es decir, efecto de pasado y efecto de futuro, y «así lo dispone el artículo 1303 del Código Civil» al imponer el deber de restitución de las prestaciones habidas en virtud del contrato, remitiéndose a las reglas generales de la nulidad contractual, y, por tanto, a dicho precepto, el art. 9 de la LCGC (1. La declaración judicial de no incorporación al contrato o de nulidad de las cláusulas de condiciones generales podrá ser instada por el adherente de acuerdo con las reglas generales reguladoras de la nulidad contractual. 2. La sentencia estimatoria, obtenida en un proceso incoado mediante el ejercicio de la acción individual de nulidad o de declaración de no incorporación, decretará la nulidad o no incorporación al contrato de las cláusulas generales afectadas y aclarará la eficacia del contrato de acuerdo con el artículo 10, o declarará la nulidad del propio contrato cuando la nulidad de aquellas o su no incorporación afectara a uno de los elementos esenciales del mismo en los términos del artículo 1261 del Código Civil), estableciendo el art. 10.1 LCGC que «La no incorporación al contrato de las cláusulas de las condiciones generales o la declaración de nulidad de las mismas no determinará la ineficacia total del contrato, si éste puede subsistir sin tales cláusulas, extremo sobre el que deberá pronunciarse la sentencia». Y también la propia doctrina del TS proclama la *restitutio in integrum* como efecto natural de la nulidad (ej., sentencia de 13-03-2012).

Sentado lo anterior, hay que señalar que conforme a la sentencia del pleno de la Sala I del TS de 9 de mayo de 2013, eliminada del contrato de préstamo la cláusula examinada, «(dicho contrato) seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos sin la cláusula abusiva» (párr. 276). Y «como regla, nuestro sistema parte de que la ineficacia de los contratos –o de alguna de sus cláusulas, si el contrato subsiste– exige destruir sus consecuencias y borrar sus huellas como si no hubiesen existido y evitar así que de los mismos se deriven efectos, de acuerdo con la regla clásica “*quod nullum est nullum effectum producit*” (“lo que es nulo no produce ningún efecto”). Así lo dispone el art. 1.303 del Código Civil... “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”...» (párr. 283).

Posteriormente, el TS, haciendo uso de «la posibilidad de limitar la retroactividad» de los efectos de la declaración de nulidad y valorando las circunstancias concurrentes (párr. 293), termina declarando la irretroactividad «de (su) sentencia» (pronunciamiento décimo del fallo).

A nuestro modesto entender, 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» (lo que no supone que no puedan impugnarse en juicios posteriores). 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 (art. 223.3 LEC). Y no lo hace.

Por nuestra parte, ya en múltiples sentencias hemos señalado en relación a la STS de 9 de mayo de 2013 que la declaración de nulidad de cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario no afectará a los pagos ya efectuados por los consumidores que se adhieron al contrato. Ahora bien, entendemos que no se puede obviar que la aplicación del criterio retroactivo que allí se efectúa al margen de ser un pronunciamiento que efectúa la Sala sin que haya sido pedido por ninguna de las partes en primera o segunda instancia y sin que se haya permitido a las partes alegar lo que estiman al respecto vulnera el principio de tutela judicial efectiva, pero es que a mayores pretender la aplicación analógica de la retroactividad trayendo aquí las previsiones contenidas en otras leyes (Ley de procedimiento administrativo, Ley de patentes...) sólo es posible de conformidad con lo previsto en el art. 4 del Código Civil cuando exista una laguna legal. Para la resolución de estos pleitos, debemos olvidar que es de aplicación lo previsto en el art. 1.303 del Código Civil que no ha sido derogado ni modificado a la fecha y que obliga en casos como el que nos ocupa a la restitución de las prestaciones pues establece expresamente 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, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes».

En relación a dicho precepto la Sentencia de la misma Sala de 6 de julio de 2005, por remisión a la anterior de 11 de febrero de 2003, relaciona extensamente la jurisprudencia en relación al artículo 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. Recuerda la antedicha Sentencia que

El precepto, que tiene como finalidad conseguir que las partes afectadas vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al evento invalidador (sentencias de 22 de septiembre de 1989, 30 de diciembre de 1996, 26 de julio de 2000-), evitando el enriquecimiento injusto de una de ellas a costa de la otra (sentencias de 22 de noviembre de 1983, 24 de febrero de 1992, 30 de diciembre de 1996 –llegar hasta donde se

enriqueció una parte y hasta donde efectivamente se empobreció la otra—), es aplicable a los supuestos de nulidad radical o absoluta, no sólo a los de anulabilidad o nulidad relativa (sentencias de 18 de enero de 1904, 29 de octubre de 1956, 7 de enero de 1964, 22 de septiembre de 1989, 24 de febrero de 1992, 28 de septiembre y 30 de diciembre de 1996), y opera sin necesidad de petición expresa, por cuanto nace de la ley (sentencias de 10 de junio de 1952, 22 de noviembre de 1983, 6 de octubre de 1994, 9 de noviembre de 1999). Por consiguiente cuando el contrato hubiese sido ejecutado en todo o en parte procede la reposición de las cosas al estado que tenían al tiempo de la celebración (sentencias de 29 de octubre de 1956, 22 de septiembre de 1989, 28 de septiembre de 1996, 26 de julio de 2000), debiendo los implicados devolverse lo que hubieren recibido por razón del contrato (sentencias de 7 de octubre de 1957, 7 de enero de 1964).

El art. 1303 del Código Civil se refiere a la devolución de la cosa con sus frutos (sentencias de 9 de febrero de 1949 y 18 de febrero de 1994) y el precio con sus intereses (sentencia de 18 de febrero de 1994, 12 de noviembre de 1996, 23 de junio de 1997), norma que parece ideada en la perspectiva de la compraventa, pero que no obsta su aplicación a otros tipos contractuales.

En lo que aquí ahora interesa, matiza la Sentencia de esta Sala de 26 de julio de 2000 que

El precepto anterior puede resultar insuficiente para resolver todos los problemas con traducción económica derivados de la nulidad contractual por lo que puede ser preciso acudir a la aplicación de otras normas (como la propia parte recurrente implícitamente reconoce), de carácter complementario, o supletorio, o de observancia analógica, tales como los preceptos generales en materia de incumplimiento de obligaciones (arts. 1101 y sgs.) y los relativos a la liquidación del estado posesorio (arts. 452 y sgs.), sin perjuicio de tomar en consideración también el principio general de derecho que veda el enriquecimiento injusto (STS 1.^ª-15/04/2009-1356/2005).

De este modo y siendo, por tanto, la regla general de la retroactividad, las razones expresadas en la referida sentencia de Pleno, y que justifican acoger el criterio excepcional de la irretroactividad, como posibilidad admitida por nuestro Tribunal Constitucional por razones de seguridad jurídica, por el Tribunal Supremo para evitar un enriquecimiento injusto de una parte a costa de la otra o incluso por el propio TJUE atendiendo a la buena fe de los círculos interesados y al riesgo de trastornos graves, no podemos entender que concurren en las acciones individuales de las que conocemos diariamente en los juzgados.

Así las cosas, no puede decirse que devolver al demandante el importe reclamado pueda generar ningún «riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico» (párr. 293, letra k). Ésta parece ser, a la vista del resto de circunstancias enumeradas, la razón fundamental que lleva al TS (y al Ministerio Fiscal) a pronunciarse en contra de aplicar la regla general de los efectos retroactivos de la nulidad de la

cláusula suelo. Así, entendemos que cuando estamos ante una acción individual de un particular contra el Banco con el que tiene suscrito un préstamo hipotecario para adquisición de vivienda habitual, en orden a obtener tras la declaración de nulidad por abusiva de la cláusula suelo contenida en éste la devolución del dinero indebidamente cobrado por la aplicación de la misma sólo puede ser estimada, sin que existan razones de seguridad jurídica ni riesgo de grave trastorno económico a la entidad por su devolución, pues la condena afecta a este caso concreto y no es extensible al resto de clientes de la entidad.

Finalmente, y estando a la fecha de redactar estas líneas pendientes de que el Tribunal Supremo se pronuncie sobre la devolución de cantidad en un caso de ejercicio de acción individual (la ponencia estaba prevista para el mes de julio de 2014), sólo resta señalar que caso de que en la misma se mantenga el criterio de la irretroactividad, desde mi modesto Juzgado se dará curso a la cuestión prejudicial ante en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que ya está en trámite de conformidad con la facultad prevista en los arts. 19, apartado 3, letra b del Tratado de la Unión Europea y el art. 267 en relación con el art. 256 apartado 3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, y ello con base en los siguientes argumentos que exponemos brevemente.

El art. 6 de la Directiva 13/93 CEE del Consejo, de fecha 5 de abril, señala expresamente que:

los estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas en sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre este y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para sus partes en los mismos términos, si este puede subsistir sin las cláusulas abusivas.

Este precepto ha sido objeto de interpretación, entre otras, en sentencias del TJUE siguientes:

- a) STJUE 30 de mayo del 2013: «La Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de 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 cerciorarse de que el consumidor no queda vinculado por ésta». A ello añade que «El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no permite al juez nacional, cuando haya determinado el carácter abusivo de una cláusula penal en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, limitarse a moderar el importe de la pena contractual impuesta por esa cláusula al consumidor, como le autoriza el Derecho nacional, sino que le obliga a excluir pura y simplemente la aplicación de dicha cláusula al consumidor».

b) STJUE de 26 de abril del 2012:

40. En efecto, la aplicación de la sanción de nulidad de una cláusula abusiva con respecto a todos los consumidores que hayan celebrado, con el profesional de que se trate, un contrato al cual le sean de aplicación las mismas CG garantiza que dicha cláusula no vinculará a esos consumidores, y al mismo tiempo no excluye otro tipo de sanciones adecuadas y eficaces que prevean las normativas nacionales.

42. Los órganos jurisdiccionales nacionales que comprueben el carácter abusivo de una cláusula de las CG están obligados, en virtud del artículo 6, apartado 1, de la Directiva, a aplicar todas las consecuencias que, según el Derecho nacional, se deriven de ello para que el consumidor no resulte vinculado por dicha cláusula (véase la sentencia *Perenicová y Perenic*, antes citada, apartado 30 y jurisprudencia citada).

43. De ello se desprende que, cuando, en el marco de una acción de cesación como la que es objeto del litigio principal, haya sido declarada abusiva una cláusula que forme parte de las CG de los contratos celebrados con consumidores, los órganos jurisdiccionales nacionales deberán aplicar de oficio, también en el futuro, todas las consecuencias previstas por el Derecho nacional para que los consumidores que hayan celebrado un contrato al cual le sean de aplicación las mismas CG no resulten vinculados por dicha cláusula [...].

Así, cuando, en el marco de dicho procedimiento, haya sido declarada abusiva una cláusula de las condiciones generales de la contratación, los órganos jurisdiccionales nacionales deberán aplicar de oficio, también en el futuro, todas las consecuencias previstas por el Derecho nacional, para que los consumidores que hayan celebrado con el profesional de que se trate un contrato al cual le sean de aplicación las mismas condiciones generales no resulten vinculados por dicha cláusula.

De esta manera, no parece existir discrepancia, respecto a la cuestión que nos ocupa, entre la normativa europea y la española. En ambas se establece como consecuencia de la declaración de nulidad por abusividad que la cláusula nula por abusiva debe ser expulsada del contrato, sin que pueda vincular en modo alguno al consumidor, ni moderarse, por lo tanto, por el órgano jurisdiccional sus efectos. Reiteramos, debe ser expulsada del contrato, como si la misma no hubiese sido objeto del mismo, con efectos «ex tunc».

Es por ello que no alcanzamos a entender que se puedan dejar de aplicar por parte de nuestros tribunales normas imperativas como las citadas, de obligada aplicación o cumplimiento, sin otro argumento que el sometimiento al criterio –aparentemente–sentado por un superior jerárquico, en el caso de una acción colectiva exclusivamente de cesación, cuando no pueden ser extrapolables a un supuesto de ejercicio de la acción individual de una acción de nulidad por parte de un consumidor contra el empresario predisponente del contrato. Además, en el sistema español la jurisprudencia no es fuente de derecho, sino que sólo lo aplica y, en su caso, interpreta. Esta orfandad argumentativa creemos es el máximo exponente de la inexistencia de argumentos,

pues el argumento meramente jerárquico es sólo predicable de la imperatividad de la Ley, nunca del intérprete de la misma.

Sentado lo anterior, la cuestión que estimamos debemos plantar al Tribunal Europeo es sencilla:

Si declarada la nulidad de la cláusula suelo, ya sea por no cumplir los requisitos para entenderla válidamente incorporada al contrato, ya sea por falta de transparencia, ¿debe llevar aparejado conforme a lo previsto en el artículo 6 de la directiva la no vinculación del consumidor por dicha cláusula y su consecuente expulsión del contrato con todos los efectos o el juez nacional tiene facultades para moderar los efectos de la declaración de nulidad de dicha cláusula, declarándola solamente desde una fecha determinada (la fecha de la sentencia que se dicte, la fecha de la sentencia del Tribunal Supremo o la fecha de interposición de la demanda)?

Deberemos, como no puede ser de otra manera en aras de evitar dilaciones en la resolución de los pleitos, esperar para ver lo que resuelve nuestro Alto Tribunal en la tan esperada sentencia sobre devolución de cantidades en el caso de ejercicio de una acción individual sobre nulidad de cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo hipotecario de vivienda. Tras ello, se procederá conforme a Derecho.