

unir

UNIVERSIDAD
INTERNACIONAL
DE LA RIOJA

Universidad Internacional de La Rioja
Máster en el ejercicio de la abogacía

Responsabilidad patrimonial tras la declaración de nulidad de las cláusulas suelo

Trabajo fin de máster presentado por: Sergio Pérez Parras
Titulación: Máster en el Ejercicio Profesional de la Abogacía
Área jurídica:
Director/a: Sara Ugena Muñoz

Málaga
10 de Junio de 2018
Firmado por:



Sergio Pérez Parras

ÍNDICE

Listado de abreviaturas y siglas.....	3
Resumen.....	5
I. INTRODUCCION.....	6
I.1. Fines y objetivos.....	7
I.2. Metodología.....	8
II. CONDICIONES GENERALES DE CONTRATACIÓN, CLÁUSULAS ABUSIVAS Y CLÁUSULAS SUELO.....	10
II.1. Condiciones generales de contratación.....	10
II.2. Cláusulas abusivas.....	11
II.2.1. Aspectos procesales de las cláusulas abusivas.....	12
II.3. Cláusulas suelo.....	13
II.4. Caso de consumidores y usuarios.....	16
II.5. Caso de no consumidores o usuarios.....	19
II.6. Cláusulas suelo nulas y restituciones: planteamiento.....	21
III. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LOS ESTADOS POR INCUMPLIMIENTO DEL DERECHO DE LA UNION.....	24
III.1. Fundamentos de la responsabilidad patrimonial del Estado Juez. El caso portugués: la errónea interpretación del derecho de la Unión Europea por parte del Tribunal Supremo portugués.....	25
III.2. Requisitos para la responsabilidad del Estado juez.....	28
III.3. La omisión del planteamiento de la cuestión prejudicial.....	30
III.4. Responsabilidad del Estado Juez por incumplimiento de la Directiva 93/13/CEE...33	
IV. EFECTOS DE LA NULIDAD DE LAS CLÁUSULAS SUELO TRAS LA STJUE DE 21 DE DICIEMBRE DE 2016.....	36
IV.1. Evolución temporal de una inseguridad jurídica.....	36
IV.2. El efecto de cosa juzgada.....	43
IV.3. Casuística para la posible recuperación de las cantidades indebidas.....	45
IV.3.1. Proceso declarativo previo.....	45
IV.3.2. Ejecución ordinaria previa, con ausencia de oposición.....	47
IV.3.3. Ejecución ordinaria previa, con oposición, sin alegación de nulidad de cláusula suelo.....	48
IV.3.4. Ejecución ordinaria previa, con oposición alegando nulidad de cláusula suelo.....	49
IV.3.5. Ejecución hipotecaria previa con oposición, alegando nulidad de cláusula suelo.....	50

IV.3.6. Renuncia extrajudicial a la reclamación de cobros indebidos anteriores a la STS de 9 de mayo de 2013.....	50
IV.3.7. Responsabilidad del Estado por defectuosa aplicación del Derecho europeo.....	51
IV.4. El Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo.....	52
IV.4.1. Afectación en el IRPF de la devolución en efectivo y en especie.....	55
V. OTRAS CLAUSULAS ABUSIVAS.....	57
V.1. Préstamo multidivisa.....	57
V.2. Cláusulas de vencimiento anticipado.....	58
V.2.1. Cláusula de vencimiento anticipado por impago de tres o más mensualidades.....	58
V.3. Cláusula que repercute la totalidad de los gastos y tributos provenientes del contrato, sobre el deudor.....	59
VI. CONCLUSIONES.....	61
BIBLIOGRAFIA.....	65

Listado de abreviaturas y siglas

Art: Artículo

AP: Audiencia Provincial

BCE: Banco Central Europeo

CC: Código Civil

CEDH: Consejo Europeo de Derechos Humanos

CGPJ: Consejo General del Poder Judicial

DGRN: Dirección General de los Registros y el Notariado

IRPF: Impuesto sobre la renta de las personas físicas

LCGC: Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación. *Boletín Oficial del Estado*, de 14 de abril de 1998, num. 89.

LEC: Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. *Boletín Oficial del Estado*, de 8 de enero de 2000, num. 7.

LH: Decreto de 8 de febrero de 1946, por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria.

LOPJ: Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. *Boletín Oficial del Estado*, de 2 de julio de 1985, num. 157.

OM: Orden Ministerial

Rec: Recurso

TC: Tribunal Constitucional

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TFUE: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

TJUE: Tribuna de Justicia de la Unión Europea

TRLDCU: Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios

TS: Tribunal Supremo

UE: Unión Europea

Resumen

Uno de los temas de mayor actualidad en España, por el número de consumidores perjudicados y por la trascendencia que a nivel nacional y europeo ha tenido en el ámbito jurídico, ha sido la declaración de cláusulas abusivas en general, y la declaración de nulidad de la cláusula suelo en el préstamo bancario con garantía hipotecaria, en particular. Tras una sucesión de sentencias del Tribunal Supremo español no demasiado afortunadas, que generaron una polémica creciente para, finalmente, ser contradichas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se han puesto de relieve ciertas deficiencias en el sistema legislativo español, que no han redundado en la protección del consumidor español, frente a la fuerte protección que lleva a cabo el Tribunal Europeo. En el presente trabajo se estudian las causas que originaron el conflicto, y la casuística de situaciones complejas a las que derivó el problema finalmente, para obtener así algunas conclusiones generales y soluciones al problema que este tipo de cláusulas entrañan en el sistema jurídico español.

Palabras clave: cláusulas suelo, cláusulas abusivas, control de transparencia, cosa juzgada, derechos e intereses de los consumidores y usuarios, incumplimiento del derecho comunitario, responsabilidad patrimonial del Estado

Abstract

One of the most relevant topical subjects in Spain, because of the number of adversely affected consumers and the importance and impact that it has had on the national and european legal field, has been the court decisions declaring terms to be unfair in general, and the declaration of nullity of ground clauses in mortgage-secured loans, in particular. After a succession of judgments of the Spanish Supreme Court that turned out to be not too fortunate, and that carried out a growing controversy, to finally be contradicted by the Court of Justice of the European Union, some weaknesses of the spanish legislative system has arisen, which have not benefited the spanish consumers, in contrast with the strong defence that the european body perfoms. In this present work, the causes that originated this conflict are studied, as well as the casuistry of complex situations to which this not correctly managed problem finally derived, to finally come to a real picture of the present situation so as to be able to come to some general conclusions and possible solutions to this problem, in the spanish legal system.

Keywords: ground terms, unfair terms, transparency control, res judicata, rights and interests of user and consumers, infringement of Community law, damage liability of a State

I. INTRODUCCION

El impacto que el Derecho Europeo de Consumo ha tenido en nuestro país y en nuestro tráfico jurídico es evidente en la actualidad. No sólo ha afectado a nuestra normativa a través de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, sino que nuestra jurisprudencia se ha visto corregida en sentencias que han generado la responsabilidad del Estado por daños ocasionados a particulares. Y es que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) ha interpretado en diferentes ocasiones que un órgano jurisdiccional español ha violado el Derecho comunitario en materia de consumidores, a través de la Directiva anteriormente señalada.

Fue ya en el año 2012 cuando una primera cuestión prejudicial presentada mediante Auto de 19 de Julio de 2011 por el Titular del Juzgado de lo Mercantil nº3 de Barcelona motivó una sentencia del TJUE¹ relacionada con nuestro Derecho Hipotecario. Dicha sentencia abrió la puerta a toda una avalancha posterior de cuestiones prejudiciales que han motivado reformas legislativas del Derecho Hipotecario español, diferentes sentencias del TJUE y una sentida inseguridad jurídica de los ciudadanos e incluso de los abogados. Escenario éste, que se ha visto amplificado por el resultado de la declaración de diferentes cláusulas en contratos con consumidores como abusivas.

Los esfuerzos que la Unión Europea ha realizado a través de la Directiva 93/13/CEE vienen a dar solución a una situación en la que el consumidor se encuentra en situación de inferioridad con respecto a los profesionales, tanto desde el punto de vista de su capacidad de negociación como de la información, teniendo el primero que adherirse a condiciones que el profesional redacta, colocándose este último en una posición desde la que podría abusar. Se pretende, por tanto, equilibrar las posiciones del profesional y consumidor que negocian, garantizando en todo caso que una cláusula abusiva no vincule al consumidor. Además, dicha Directiva establece que la decisión judicial que declare abusiva una cláusula debe retrotraer sus efectos al momento de la conclusión del contrato. Igualmente, y para salvaguardar al consumidor, esta Directiva permite que el juez pueda conocer de oficio una cláusula abusiva que afecte a su decisión.

¹ LACABA SÁNCHEZ (2017: 3): En el caso AZIZ versus Catalunyaixa, la Abogado General Sra. Juliane Kokott emitió una serie de conclusiones que hacían entrever la polémica que podría surgir en años venideros en España, sobre los efectos de las cláusulas abusivas, en nuestro Derecho Hipotecario.

En ese sentido, el TJUE ha sido bastante restrictivo a la hora de interpretar la Directiva de protección del consumidor frente a cláusulas abusivas, declarando la prohibición de que el juez nacional pueda modificar el contenido de una cláusula abusiva, al margen de limitarse a dejarla sin aplicación al consumidor. También es importante considerar que las declaraciones de cláusulas abusivas que ha realizado el TJUE han sido siempre con carácter retroactivo, aplicando a todas las relaciones jurídicas anteriores a dicha sentencia, limitación temporal que en todo caso compete al propio TJUE, y nunca al órgano judicial nacional.

Si se cotejan las mencionadas directrices que impone el TJUE en torno a la interpretación y consideraciones de la declaración de cláusulas abusivas con respecto al comportamiento que han venido desarrollando los órganos judiciales nacionales españoles en años anteriores y, en concreto, con el del Tribunal Supremo (en adelante, TS), resulta de especial interés analizar y comprender la evolución histórica que ha seguido la denominada “cláusula suelo” hasta su declaración de nulidad en España, prestando merecida atención a la responsabilidad del Estado por daños causados a los particulares que surge, como consecuencia de la violación del Derecho comunitario, ocasionado por órganos jurisdiccionales nacionales.

I.1. Fines y objetivos

A la vista de los acontecimientos mencionados, el objetivo de este trabajo abarcará el análisis de forma pormenorizada de los diferentes aspectos que pueden plantearse en relación con las cláusulas suelo:

- Comprender el concepto de responsabilidad patrimonial de los Estados juez, por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea, ganando conciencia de los aspectos que intervienen en dicho incumplimiento, y profundizando para ello en el conocimiento e interpretación que hasta la fecha ha realizado el TJUE de la Directiva 93/13/CEE.
- Adquirir una visión histórica, acompañada del conocimiento jurisprudencial emitido a lo largo de los últimos años, del concepto de cláusula abusiva, y su evolución en el caso de las cláusulas suelo en España. Se pretende entender el porqué de las diferentes tendencias jurisprudenciales de un organismo jurisdiccional como el TS, en relación con la situación social de España, frente al criterio del TJUE.

- Diferenciar la casuística por las que pueden considerarse válidas, abusivas o nulas las diferentes cláusulas contractuales, así como el procedimiento que se artículo en España tras la declaración del TJUE que establecía el carácter abusivo de la cláusula suelo, a través del Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo, que resultará de especial relevancia para comprender el panorama que se ha abierto ante este tipo de cláusulas, en aras a la protección del consumidor, acarreado con ello una cantidad ingente de demandas.
- Entender diferentes aspectos relacionados con este tipo de cláusulas, como es el efecto de la cosa juzgada, su impacto sobre el contrato global del que forman parte y las formas de restitución, serán fundamentales para enmarcar y contextualizar la solución jurídica por la que se ha optado, para garantizar el tráfico jurídico en una situación particular como ha sido la corrección del error en el que se precipitó nuestro Alto Tribunal.
- Ampliar la visión del impacto que ha supuesto la cláusula suelo y su declaración de carácter abusivo, con respecto a los casos de consumidores y usuarios, así como no consumidores, y la casuística que opera para la recuperación de las cantidades indebidas en cada caso.
- Se analizarán, en relación con el carácter abusivo de las cláusulas suelo, otras posibles cláusulas abusivas o nulas que operan en el contrato de hipoteca y la jurisprudencia existente al respecto, a la fecha de la realización de esta investigación.

I.2. Metodología

La metodología empleada en este trabajo se basa principalmente en el análisis documental, a través de la investigación teórica de la diferente jurisprudencia, doctrina y legislación emitida al respecto del fenómeno de las cláusulas suelo, y de la responsabilidad patrimonial del Estado que ello ha ocasionado.

Dentro de dicho estudio teórico, se establecerán diferentes comparativas para aclarar la evolución temporal que ha seguido la cuestión objeto de estudio, para llegar a comprender qué es lo que ha motivado la responsabilidad patrimonial por error del Estado juez. Igualmente, y en interés de comparar el fenómeno de las cláusulas suelo, se identificarán mediante comparación las concordancias existentes con otras cláusulas existentes en escrituras de

hipoteca que podrían considerarse nulas desde el punto de vista de protección del consumidor, y la evolución que en algunos casos particulares se ha seguido: intereses moratorios, índice IRPH, vencimiento anticipado, tasación de los bienes, etc. De ese modo, se pretende aclarar los rasgos y conceptos que participan de la declaración de abusiva de una cláusula contractual, a la vez que abarcar una visión amplia del problema que entraña el contrato hipotecario y su clausulado principal.

Se aspira, por tanto, a reconstruir a partir del análisis y síntesis de las fuentes documentales existentes, y mediante la comparación y abstracción del problema de las cláusulas suelo bajo estudio con otras posibles cláusulas abusivas, para pasar a continuación a la generalización y concreción de lo aprendido, con aplicación a la variada casuística que contiene el estudio de tales cláusulas, poniendo a prueba así los conceptos asimilados del análisis inicial, a través de un procedimiento inductivo que permita extraer conclusiones personales sobre la lógica jurídica aplicada al problema, y a las restantes cláusulas de especial interés, todo ello basándose en un enfoque de investigación eminentemente cualitativo.

II. LAS CONDICIONES GENERALES DE CONTRATACIÓN, LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS Y LAS CLAUSULAS SUELO

II.1. Las condiciones generales de contratación.

El art. 1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre de Condiciones Generales de la Contratación (en adelante, LCGC), establece como condiciones generales de contratación aquellas cláusulas que incorporadas a un contrato cumplen las siguientes características:

- Son predispuestas, definidas por un predisponente o tercero e impuestas en el contrato por decisión de una de las partes, y
- No han sido individualmente negociadas, y
- Serán incorporadas a una pluralidad de contratos, aunque no necesariamente a todos los contratos a celebrar por el predisponente.

Bajo esas características, se evalúa que una cláusula es condición general de contratación independientemente del resto del clausulado de un contrato, aunque otras cláusulas se hayan negociado individualmente.

Además, basta que una cláusula sea considerada como condición general de contratación para que el contrato se considere como de adhesión, aplicándose dicha Ley a todo el clausulado - incluso a aquellas cláusulas negociadas individualmente- y a todo el contrato, si en su apreciación global se considera un contrato de adhesión. Sin embargo, en la práctica, y especialmente en caso de contratos con consumidores, de especial interés en este estudio, la LCGC se aplicará a las cláusulas no negociadas, y al resto de cláusulas si el contrato se considera globalmente de adhesión, pero el control de contenido se realizará de forma aislada (art. 82.2 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 , en adelante TRLGDCU).

Conviene tener en cuenta que una cláusula no negociada individualmente es aquella que ha sido redactada previamente, e impuesta al adherente, pero que no se pretende incluir en una pluralidad de contratos, sometándose al control que realizan los arts 82 a 90 TRLDCEU. Si, además, el adherente es un consumidor y la cláusula no negociada se considera condición

general de contratación, el control de validez se realiza mediante la LCGC junto con las normas que aplican del TRLDU².

II.2. Las cláusulas abusivas.

Se define cláusula abusiva como aquella estipulación contractual que, no habiendo sido negociada de forma individual en un negocio jurídico entre un empresario/profesional y un consumidor³, provoca un desequilibrio considerable en los derechos y obligaciones derivados del contrato, redundando en perjuicio del consumidor⁴.

De nuevo, el art. 82.1 TRLDU⁵ establece la definición de cláusula general de abusividad en los mismos términos expuestos, añadiendo la característica de ser contraria a la buena fe. De forma complementaria, el art. 82.2 TRLDU enmarca la abusividad como relativa y dependiente del contexto⁶, en cuanto a que depende de la naturaleza de los bienes y servicios, de las circunstancias que concurren al celebrar el contrato, y de las restantes cláusulas que integran el contrato.

En nuestra jurisprudencia, es la STS num. 241/2013, de 9 mayo⁷ presume el criterio prestablecido por el TJUE en el que el consumidor se encuentra en inferioridad frente al profesional, siendo aquel incapaz de negociar y disponiendo de menos información, adhiriéndose a condiciones previamente redactadas por el profesional. Dicha sentencia establece también los caracteres de las cláusulas abusivas:

² Tal como se detalla en *Control de la validez de condiciones generales y cláusulas abusivas*. Nuevos clásicos. Derecho de Contratos (2017: 3), el concepto de cláusula no negociada individualmente contiene al de condición general de contratación, siendo aquel más amplio.

³ Son cláusulas cuya definición se enmarcan en el concepto de condiciones generales de la contratación, definidas por el art. 1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación.

⁴ Siguiendo la definición de Cláusulas abusivas que realiza el diccionario de Aranzadi Instituciones. Disponible en: www.aranzadi.com

⁵ 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.

⁶ Por ejemplo, una cláusula de duración excesiva sería nula, pero puede quedar validada por otra cláusula que permita el desistimiento

⁷ Tribunal Supremo. Sentencia núm. 241/2013, de 9 mayo (RJ 2013, 3088) [consultado 29 de marzo 2018]. Disponible en www.aranzadi.com

- Contractualidad: cláusula contractual que no proviene de una norma imperativa que obliga a su inclusión,
- Predisposición: cláusula previamente redactada sin negociación entre las partes. Ejemplo de los contratos de adhesión.
- Imposición: la cláusula abusiva es impuesta por el empresario, de tal modo que resulta ser imprescindible dicha cláusula para la provisión del producto o servicio.
- Generalidad: las cláusulas son incorporadas a una pluralidad de contratos, aunque no necesariamente a todos.

Ante tal desequilibrio formal en los contratos entre empresarios/profesionales y consumidores, es la Directiva 1993/13/CEE la que viene a establecer un equilibrio real, a través de su art. 6.1, declarando la no vinculación de dichas cláusulas abusivas en los derechos nacionales, manteniendo la eficacia del contrato, si éste pueda subsistir sin tales cláusulas.

En este punto, se revela decisivo el hecho de que el juez nacional pueda⁸ intervenir de oficio para declarar la abusividad de una cláusula contractual, con los siguientes efectos⁹:

- Evita que el consumidor quede vinculado por la cláusula abusiva, tal como persigue la Directiva 1993/13/CEE,
- Disuade a los profesionales de utilizar cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, dando efectividad al art. 7 de la Directiva 1993/13/CEE.

II.2.1. Aspectos procesales de las cláusulas abusivas.

El efecto de la abusividad de una cláusula es que se tenga por no puesta (art. 83 TRLDCU), siendo nula de pleno derecho. Con todo, una vez que el juez declara la nulidad de una cláusula abusiva, el contrato seguirá siendo válido y vinculará a las partes, siempre que pueda subsistir sin ella¹⁰. Y, al ser una cuestión de derecho y no de hecho, no está sujeta a las reglas generales de la carga de la prueba.

⁸ De acuerdo con las SSTSJUE 21.02.2013; 04.06.2012 y otras, no es una facultad del juez, sino una obligación.

⁹ Siguiendo a ROMAN LLAMOSÍ (2015: 4).

¹⁰ Las sentencias del TJUE de 14 de junio de 2012 y de 30 de mayo de 2013 prohíben, respectivamente, la integración y la reducción en contratos afectados por nulidad de cláusulas.

En relación con el control registral de la nulidad, la Dirección General de los Registros y el Notariado (en adelante DGRN) realiza una interpretación extensiva del art. 258.2 LH¹¹ y, en su Resolución de 28 de abril de 2015 (RJ 2015, 3300) y de 25 de septiembre de 2015 (RJ 2015, 4623), permitiendo que los Registradores de la Propiedad puedan control el contenido de cláusulas sujetas a inscripción cuando las condiciones generales hayan sido declaradas nulas, o cuando su abusividad resulte clara¹².

La nulidad parcial que supone en un contrato las cláusulas declaradas abusivas es interpretada de forma ambigua por la jurisprudencia del TJUE: si bien persigue disuadir a los profesionales de que apliquen este tipo de cláusulas¹³, impidiendo al juez nacional, por tanto, que integre el contrato favoreciendo en cierta medida los intereses del profesional, según establece el art. 7 de la Directiva 93/13/CEE, por otra parte el TJUE dota al juez nacional de la facultad de integrar y sustituir las cláusulas abusivas, siempre que se ajusten al art. 6.1 de la citada Directiva, con el objeto de restablecer el equilibrio real entre las partes del contrato¹⁴.

II.3. Las cláusulas suelo.

Se define cláusula suelo como el acuerdo de préstamo hipotecario entre el banco (predisponente) que incluye la condición general en el contrato, y el prestatario o adherente a dicha cláusula de contratación, en el que el tipo de interés es variable con la particularidad de que, si el tipo de interés se sitúa por debajo de un umbral pactado, llamado suelo, se establece que el prestatario continúa pagando los intereses fijados por dicho umbral. De ese modo, el tipo de interés variable proporcional, en general, al Euribor, se transforma en un préstamo de tipo de interés fijo mínimo cuando el Euribor baja del umbral acordado. En esos términos establece el art. 2.3 del Real Decreto-Ley 1/2017, de 20 de enero de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo dicha definición de cláusula suelo.

¹¹ Decreto de 8 de febrero de 1946, por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria.

¹² Resulta llamativo este cambio de criterio con respecto a la anterior Resolución previa (RDGRN de 24 de julio de 2008 (RJ 2008, 7718), por la que un Registrador no podía realizar control de contenido de cláusulas contractuales que no hubieran sido declaradas nulas por sentencia firme, y que estuvieran inscritas en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, en base al art. 84 TRLDU.

¹³ Auto TJUE de 11 de junio de 2015.

¹⁴ La STJUE de 21 de enero de 2015 faculta al juez nacional a aplicar supletoriamente la legislación nacional cuando la declaración de abusividad de cláusulas y la consecuente anulación total del contrato sitúen al consumidor en peor posición jurídica.

Las partes pueden fijar un tipo de interés fijo o variable al pactar un préstamo hipotecario. Si bien el interés fijo no variará a lo largo del tiempo de vida del contrato, con la certidumbre que ello supone para el prestatario, en el caso de interés variable referenciado a algún tipo de índice de referencia pactado, la incertidumbre del prestatario es claramente mayor, pero presumiblemente el tipo de interés será inicialmente más bajo en comparación con un préstamo hipotecario de interés fijo¹⁵. Es por ello por lo que los préstamos hipotecarios superiores a diez años suelen pactarse con tipo de interés variable, de modo que se revisa periódicamente (semestralmente o anualmente) el tipo de interés aplicable al nuevo período, que se obtiene de sumar a un tipo de referencia (en muchos casos, por ejemplo, el Euribor) un margen determinado en el momento de firmar el préstamo, que se conoce como diferencial:

$$\begin{array}{l} \text{Tipo de interés} \\ \text{aplicable a un período} \end{array} = \begin{array}{l} \text{Tipo de referencia} \\ \text{(por ejemplo, Euribor)} \end{array} + \begin{array}{l} \text{Margen fijado en el momento} \\ \text{de firma del préstamo} \\ \text{(diferencial)} \end{array}$$

De ese modo, se puede fijar un techo o suelo al tipo de interés. Por ejemplo, si el tipo de referencia pactado en un préstamo hipotecario es el *Euribor + 0,6 puntos* y se fija un “suelo” de 3%, cuando el Euribor se sitúe por debajo del 2,4% el deudor no se beneficiará nunca de la bajada del tipo de interés, y estará obligado a pagar el 3%, como límite fijado.

Así, los bancos se aseguraban de que, si el tipo de interés bajaba demasiado, seguirían consiguiendo beneficios considerables por los préstamos de garantía hipotecaria concedidos a sus clientes, y que dichos beneficios no bajarán indefinidamente con la bajada de tipo de interés, hasta suponer finalmente los préstamos hipotecarios una carga para sus cuentas. Pero debido al comienzo de la crisis en el año 2007, el Banco Central Europeo (en adelante, BCE) disminuyó progresivamente el Euribor para proteger a los prestatarios de dichos créditos hipotecarios, a la vez que fomentar el consumo para dinamizar la economía. Al estar el tipo de interés de los préstamos vinculado normalmente al Euribor, el tipo de interés fue disminuyendo hasta llegar al tope del suelo fijado por los bancos en las llamadas cláusulas suelo, con lo que los bancos pudieron así asegurarse y mantener sus ingresos ante esa situación económica¹⁶.

¹⁵ MARQUÉS MOSQUERA (2014: 6-7).

¹⁶ MENSION COLL (2017: 81-92).

Los consumidores, prestatarios de los préstamos de crédito hipotecario, se vieron sorprendidos por el efecto de las cláusulas suelo, que aseguraban desconocer en su mayoría, pero que por otra parte habían firmado ante fedatarios públicos, argumentando las entidades bancarias que, dentro de la libre disposición de las partes, sus clientes habían aceptado y firmado.

Comenzó en ese momento el debate de si dicha cláusula suelo era legal, y si se había firmado en condiciones adecuadas por los prestatarios de préstamos hipotecarios, habiendo cumplido los bancos con todas sus obligaciones al respecto (forma de incorporación de la cláusula, información al cliente y negociación de dichas cláusulas).

Se debe entender que la cláusula suelo se interpreta como una cláusula accesoria al contrato en tiempos de bonanza económica, donde los tipos de interés son altos en un marco de posible inflación, y el suelo se sitúa como salvaguarda de los bancos en caso de un cambio dramático y acelerado la situación económica. Además, dicho límite permite garantizar el beneficio de la entidad bancaria prestamista ofreciéndole tranquilidad, permitiéndole ofrecer de ese modo un producto, como es el préstamo hipotecario, en condiciones ventajosas para el consumidor, en un mercado competitivo como es el bancario. A priori, el beneficio de la cláusula suelo era mutuo, por lo tanto: el banco aseguraba su rentabilidad y competía con el resto de las entidades, y el prestatario obtenía condiciones más ventajosas, en tiempos de expansión económica.

El problema surge cuando la situación económica favorable cambia, comienzan a bajar los tipos de interés, y el prestatario se ve perjudicado. Entra en juego en esta situación la evaluación de la información con la que cuenta el prestamista, entidad bancaria, que en general será muy superior a la del prestatario, consumidor. El banco será conocedor de un posible cambio de escenario económico con mucha más antelación que el prestatario, haciéndose patente la debilidad de este último, por la falta de información.

Ante la ignorancia de los consumidores prestatarios, el banco impone una cláusula que a primera vista resulta irrelevante para aquellos, pero que el prestamista sabe a ciencia cierta que jugará un papel crucial y se convertirá en una cláusula primordial en el contrato dentro del período de vida del préstamo, contando el banco, a su vez, con los expertos que le permitirán analizar el mercado y conocer con antelación en qué momento entrará en juego dicha cláusula.

Además, dicha cláusula suelo ha permitido a los bancos ofrecer préstamos hipotecarios a condiciones muy ventajosas en tiempos de crecimiento económico, ocultando de nuevo la realidad de dicha cláusula, que garantizaría un beneficio considerable del prestamista en tiempos de crisis o, incluso, permitiendo ofrecer préstamos hipotecarios a tipo variable, ante el desconocimiento de un consumidor que no vislumbra el fraude de estar contratando, en realidad, un préstamo fijo ante la cercanía temporal de la llegada de la crisis.

II.4. Caso de consumidores y usuarios.

Ya se ha adelantado que el consumidor, como prestatario, se sitúa en una clara posición de desventaja frente al prestamista bancario. Pero con todo, la cláusula suelo, de por sí, no se puede considerar nula a priori, ni siquiera ante un consumidor, pues no contraviene esta cláusula ninguna norma imperativa o artículo prohibitivo¹⁷, por lo que pueden ser utilizadas con validez.

En todo caso, ya se adelantaba la importancia que representa en este escenario la asimetría de la información entre prestamista y prestatario. En ese sentido, el art. 6 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social, declara que para inscribir préstamos hipotecarios con personas físicas como prestatarios, para una vivienda en el que se impone un límite mínimo al tipo de interés variable, en forma de cláusula suelo y techo, siendo el límite inferior menor que el techo, es requisito obligatorio que conste firma manuscrita del prestatario que reconozca que se le ha advertido del riesgo que entraña dicha situación¹⁸. Y es que, tal como aclara el TS¹⁹, una cláusula suelo es lícita bajo la condición de que permita al consumidor identificarla como una cláusula que define el objeto del contrato de manera determinante, siendo consciente del riesgo

¹⁷ Sentencia de la AP de Pontevedra, Sección 1ª, 446/2013, de 29 de noviembre. Rec. 517/2013: “de por sí, la cláusula suelo con supone una cláusula nula en cuanto a que no contraviene ninguna norma imperativa o que prohíba”.

Existe incluso doctrina que defiende las ventajas competitivas que aporta la existencia de la cláusula suelo, y el efecto negativo que conlleva su supresión: López Jiménez, J.M. “Diez Ideas Clave sobre la cláusula suelo”. Diario La Ley nº 8273 [en línea], 18 de marzo de 2014. [consulta: 15 de abril de 2018]. Disponible en: www.laley.es

¹⁸ Pero lo que resulta evidente es que, aunque el prestatario haya firmado el préstamo hipotecario, ello no conlleva que el banco le haya aclarado con detalle que el préstamo vincula una cláusula suelo, los riesgos y el significado de ello. AP de Asturias, Oviedo (Sección 1ª). Sentencia num. 174/2016, de 6 de junio. Rec. 495/2015.

¹⁹ Tribunal Supremo. Sentencia 241/2013, de 9 de mayo de 2013 (Rec. 485/2012). Esta doctrina se asienta en lo establecido por el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE que dispone que una cláusula no será declarada abusiva por su vínculo con el objeto principal del contrato, siempre que tales cláusulas se expresen de forma comprensible.

real que conlleva su efecto en los tipos variables. Así, impone el TS un control del grado de comprensión que efectivamente debe tener el consumidor en este caso. En contrario, las SSAP Zamora, Sección 1ª, 223/2016, de 21 de noviembre, recurso 299/2016, y 224/2016, de 21 de noviembre, Rec. 300/2016 declaran como válidas aquellas cláusulas suelo suscritas bajo condiciones de claridad y comprensibilidad en cuanto al impacto que provocaban en el coste del crédito y la posible evolución del tipo de interés durante la vida del préstamo. Igualmente, destaca la SAP de Asturias (Sección 4ª), 226/2016, de 16 de junio, Rec. 47/2016 que no declara nula una cláusula suelo firmada por prestatarios que entendieron y conocían los términos del contrato bancario siendo, además, demandantes cualificados en este caso, al ser administradores de una sociedad que asesoraba en el terreno fiscal, económico y contable, lo que el tribunal apreció de manera especialmente significativa.

De forma similar, una cláusula suelo firmada ante Notario, en la que éste hace constar en escritura hipotecaria que el consumidor recibió explicaciones y aclaraciones de dicha cláusula en el momento de la firma, no demuestra que hubiera negociación individual entre el banco y el consumidor, ya que, en general, estos últimos simplemente se adhieren y se ven obligados al clausulado previamente redactado por el banco²⁰, no aportando el fedatario público, en este caso, control de transparencia con respecto a la cláusula suelo. Y, es que, la propia jurisprudencia reconoce que el acto de firma notarial de escritura hipotecaria es un acto ritual que no suele conllevar la explicación detallada del contenido y verdadera transcendencia de una cláusula como la suelo²¹.

Ni siquiera la inclusión de frases tipo en el contrato que firma el prestatario, y que reconocen que le fueron explicadas y entiende con claridad el contenido de las cláusulas firmadas, conlleva el conocimiento detallado del contrato y su contenido²².

Ante este panorama, el Real Decreto-Ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo pretende dar solución a la ingente cantidad de demandas que se vislumbra, de acuerdo con la gran cantidad de afectados, mediante reclamaciones extrajudiciales. Dicho Real Decreto-Ley articula un cauce sencillo para el

²⁰ AP de Cáceres (Sección 1ª). Sentencia 57/2013, de 13 de febrero (Rec. 57/2013).

²¹ AP de Zaragoza (Sección 5ª). Sentencia 156/2016, de 14 de marzo de 2016, Rec. 105/2016.

²² AP de Zaragoza (Sección 5ª). Sentencia 558/2016, de 22 de noviembre de 2016, Rec. 494/2016.

consumidor, que de forma voluntaria acerque la posibilidad de un acuerdo con la entidad bancaria, como vía previa a la evitación del juicio. De ese modo, el consumidor escoge libremente entre la presentación de una reclamación por vía extrajudicial previa, a la que la entidad de crédito debe obligatoriamente atender, haciendo una propuesta de cálculos y cantidad a devolver, incluidos los intereses correspondientes, disponiéndose de un plazo máximo de tres meses para llegar a un acuerdo y devolver la cantidad acordada.

El art. 3.4 del Real Decreto-Ley 1/2017 detalla la casuística por la que el procedimiento extrajudicial se entiende concluido sin acuerdo²³.

Los procesos en los que el deudor consumidor puede conseguir la declaración de nulidad de la cláusula suelo son²⁴:

- Iniciado un proceso de ejecución contra el consumidor deudor, se puede oponer por cláusulas abusivas en el plazo de 10 días hábiles tras la notificación de despacho, ya sea ejecución hipotecaria (art. 695.1.4ª LEC) u ordinaria (art. 557.1.7ª LEC). También el juez podrá apreciar de oficio la condición de abusividad antes de despachar la ejecución (art. 552.1.II LEC)²⁵.
- Caso de que no se haya iniciado el proceso de ejecución, el consumidor puede iniciar juicio declarativo ordinario de condiciones iniciales de contratación²⁶ (art. 249.2 5º LEC) por nulidad de la cláusula suelo más reclamación de cantidades abonadas indebidamente, ante el Juzgado de Primera Instancia²⁷ de su domicilio, se ejercita acción individual.

²³ Entre las posibilidades por las que se entiende concluido sin acuerdo el procedimiento extrajudicial, se encuentran: que la entidad bancaria rechace de manera expresa la solicitud del consumidor; que finalice el plazo de tres meses sin respuesta del banco al consumidor que le reclama; que el consumidor no esté de acuerdo con el cálculo realizado por el banco, o que rechace la cantidad que éste le ofrece; que tras tres meses no se haya hecho efectivo la cantidad a devolver al reclamante.

²⁴ ACHÓN BRUÑÉN (2017B: 22).

²⁵ Sin embargo, si el ejecutado no es consumidor o usuario, ni él ni el juez podrán disponer de las facultades mencionadas.

²⁶ En esa misma situación se encuadra el caso de profesional o empresario.

²⁷ El pasado 1 de junio de 2017, el CGPJ puso en marcha un plan de especialización de 54 juzgados de Primera Instancia (uno por cada provincia en la península, más uno en cada isla principal de los archipiélagos) para conocer de manera exclusiva, aunque no excluyente, las acciones individuales en materia de cláusulas suelo, intereses moratorios, vencimiento anticipado, contratación multidivisa o gastos de formalización de hipoteca. Dicho plan ha sido revisado y actualizado para el año 2018, pasando de 54 a 55 juzgados especializados en la materia, con competencia exclusiva y total -se incorpora uno más en Canarias-, o parcialmente excluyente. Esta situación

Según el art. 86 ter.2 d) LOPJ (reformado por la LO 7/2015, de 21 de julio), sólo tienen competencia los Juzgados de lo Mercantil para dirimir acciones colectivas relativas a condiciones generales de contratación y protección de consumidores y usuarios, quedando las acciones individuales bajo la competencia jurisdiccional de los Juzgados de Primera Instancia.

La competencia territorial la determina el art. 52.1, 14ª LEC, estableciendo el tribunal del domicilio del demandante para la acción de no incorporación de cláusulas de condiciones generales de contratación, mientras que, para las acciones declarativa, de retractación o de cesación, impera el tribunal del lugar del establecimiento del demandado, o el de su domicilio en territorio español a falta de aquel, o el del lugar donde se hubiera consumado la adhesión a falta de domicilio español.

El consumidor que concierta un contrato compuesto por condiciones generales está sometido, en cuanto al régimen de nulidad por abusividad, al Texto Refundido de la Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios, que incorpora la Directiva 1993/13/CEE.

II.5. Caso de no consumidores o usuarios.

Cuando es un profesional el que contrata, aplican dos tipos de normas: por una parte, los arts. 5, 7 y 8 LCGC para el control de incorporación de condiciones generales y límites de las normas imperativas y prohibitivas y, por otra, las disposiciones generales que el Código Civil contiene sobre contratación y principios contractuales.

Conviene tener presente que la Directiva 1993/13/CEE afecta sólo a consumidores, y en la transposición que hizo el estado español no amplió el alcance subjetivo de protección, de modo que la normativa de cláusulas abusivas sólo aplica a contratos concertados con consumidores.

Así, aplican a un contrato con profesionales únicamente los requisitos positivos que exige el art. 5 LCGC son la concreción, claridad, transparencia y sencillez, y los negativos que previene el art. 7 LCGC, como son la no incorporación de cláusulas ilegibles, incompresibles o ambiguas. Por tanto, el único control que se impone al contrato con profesionales que incluya

responde al hecho de que, a fecha de 17 de diciembre, se habían contabilizado 156.862 demandas por cláusulas suelo en el territorio nacional.

cláusulas suelo es el de inclusión o incorporación²⁸, pero no el de transparencia, que sólo aplica al contrato con consumidores o usuarios. La diferencia radica en que el control de transparencia del contrato suscrito con consumidores debe permitir a estos, a partir de la información que reciben, determinar que las cláusulas suelo (y las abusivas en general) se caracterizan porque determinan el objeto principal²⁹ del contrato, pudiendo afectar a su obligación de pago y al negocio jurídico en el que se incluyen.

En definitiva, un profesional o autónomo sólo podrá solicitar la nulidad³⁰ de la cláusula suelo en su préstamo hipotecario si ve incumplido lo establecido por los arts. 5 y 7 LCGC, y se ha utilizado la mala fe. Con todo, resulta claro a la vista de la jurisprudencia que la declaración de nulidad de una cláusula suelo resulta más difícil en el caso de un deudor profesional, al considerarse que dichas cláusulas no suscitan dudas en cuanto a su control de inclusión del art. 5.5 y 7 LCGC, donde se alude a la necesidad del simple conocimiento real de la inclusión de la cláusula por parte del suscribiente del contrato.

Cabe además señalar que en el caso de deudor profesional o empresario no se produce la inversión de la prueba de la normativa de consumidores y usuarios³¹, teniendo que ser el deudor

²⁸ La STS de 9 de mayo de 2013 alude a la transparencia documental o formal del contrato entre profesionales y empresarios, que controla únicamente que se ajuste el contrato a la normativa sectorial en cuanto a la provisión de información y uso de las cláusulas suelo en contratos con clientes bancarios -elimina la alusión a consumidores-. Pero la transparencia intelectual o material es la que aplica al control de contenido. Sin embargo, el control de inclusión o incorporación también aplica al contrato celebrado con consumidores. Añade esta sentencia que la transparencia de cláusulas de adhesión en contratos concertados con consumidores sí incluye el control de la comprensión de su importancia, como elemento principal de perfeccionamiento del contrato. En ese sentido, la STS 138/2015 (Pleno), de 24 de marzo, reitera que la transparencia documental de la cláusula abusiva resulta suficiente en cuanto a la incorporación a un contrato entre profesionales y empresarios, pero se torna insuficiente para impedir el examen de su contenido y, con ello, determinar si se consideran cláusulas abusivas. Se alude por tanto a la diferencia entre el mero control de inclusión, que la legislación nacional y comunitaria, el TJUE y el TS atribuyen únicamente a las condiciones generales en contratos celebrados con profesionales, frente al doble control de transparencia del contrato con consumidores que previene la Directiva 1993/13/CEE, en la STS (Sala Primera, de lo Civil) 367/2016, de 3 de junio, Rec. 2121/2014.

²⁹ La fijación del interés en el contrato de préstamo hipotecario, junto con el plazo de vencimiento y el capital prestado, son elementos esenciales del contrato, constituyendo su objeto principal. En la STS (Sala 1ª), de 13 de mayo de 2013, se aclara que no se puede realizar un control judicial del objeto principal de un contrato, como sería el interés que ha de devolver el prestatario del contrato de préstamo hipotecario, pues resultaría contrario a nuestro sistema jurídico y a los tratados de la UE, pero sí se debe realizar un control de transparencia. Este control de transparencia resulta ser el fundamento de la declaración de abusividad de ciertas cláusulas suelo, como mecanismo de protección de los consumidores legos, que desconocían del efecto principal de éstas, tal como aclara SALAS CARCELLER (2017: 2).

³⁰ Es decir, un profesional o autónomo podrá solicitar la nulidad de la cláusula suelo, pero no la declaración de abusividad que se reserva a consumidores, siguiendo a ACHÓN BRUÑÉN (2017B: 39).

³¹ AP de Albacete (Sección 1ª), Sentencia num. 55/2015, de 13 de marzo, Rec. 292/2014.

cualificado el que demuestre los caracteres determinantes de la nulidad (art. 217 LEC) de la cláusula suelo.

En resumen, el control que realiza la LCGC es un control de muy limitado, únicamente en cuanto a inclusión, pero no en cuanto a abusividad, tanto para consumidores como para quienes no lo son, a través de los arts. 2, 5, 6 y 7, basándose en un control de la buena fe, principalmente, que deviene en la nulidad, pero no en la abusividad cuando contraviene la normativa citada. Por tanto, el deudor cualificado que representa el empresario o profesional no se beneficia de la protección que otorga al consumidor la legislación correspondiente, ubicándose aquel únicamente bajo el paraguas protector del régimen de control de incorporación de condiciones generales de contratación.

II.6. Cláusulas suelo nulas y restituciones: planteamiento.

Resulta obvio afirmar a fecha de hoy que por los problemas que han surgido en torno a la reclamación de cláusulas abusivas y, más recientemente, sobre cláusulas suelo, en contratos de préstamo bancario de adquisición de vivienda habitual por consumidores, esta cuestión ha adquirido dimensiones difíciles de imaginar hace varios años. Muestra de ello son las numerosas peticiones prejudiciales que los tribunales españoles han efectuado al TJUE, pendientes de resolución³², con un gran impacto en el ordenamiento jurídico español, y en la seguridad jurídica de un amplio colectivo de consumidores.

En ese sentido, la importante sentencia del TJUE (Gran Sala), de 21 de diciembre 2016, analiza y aclara los problemas originados en los tribunales españoles por las citadas cláusulas abusivas y suelo, para dar solución a la determinación de la fecha a partir de la cuál debería tener efecto el inicio de la restitución, consecuencia de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo, en cumplimiento de la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas.

Como ya se ha explicado, las cláusulas suelo convertían el objeto principal del contrato de préstamo hipotecario en uno de interés mínimo fijo, pero variable al alza. Si bien, para

³² SABATER BAYLE (2017: 1) contiene una amplia relación de peticiones prejudiciales realizadas por tribunales españoles al TJUE, no resueltas a la fecha de redacción del citado artículo doctrinal.

consumidores inexpertos esta situación no anticipaba ningún perjuicio, para los profesionales del sector ya era ampliamente conocida la inminente caída de los tipos de interés a cotas desconocidas en el pasado. Estos contratos de préstamo hipotecario llegaron a incluir cláusulas techo, a la par que las suelo. Dichas cláusulas techo transmitían la imagen irreal de protección del consumidor frente a hipotéticas subidas de tipos de interés que, de nuevo, eran descartadas por los profesionales del sector bancario.

Es la STS (Pleno) num. 241/2013, de 9 de mayo 2013 (RJ2013/3088), fruto de la acción colectiva interpuesta por la Asociación Ausbanc Consumo contra varias entidades bancarias, la que supuso un punto de inflexión a la situación colectiva que se estaba viviendo en los números casos judiciales ya interpuestos: declaró la abusividad de las cláusulas suelo, a pesar del reconocimiento de la validez de estas cláusulas, por falta de transparencia material, entendida ésta como la efectiva comprensión de sus consecuencias económicas para consumidores inexpertos.

En esta cuestión, el TS fue claro al indicar que dichas cláusulas suelo, como cláusulas no negociadas en contratos con consumidores, superaban el control de transparencia de cara a su inclusión como condiciones generales, pero no superaban el obligado control de claridad que se debe exigir a cláusulas generales o particulares en contratos con consumidores. Sin embargo, el TS declaró en este punto que, en aras de la buena fe de los interesados y del equilibrio de la economía nacional, la declaración de nulidad no debía conllevar la retroactividad sobre casos ya dirimidos por los tribunales, o sobre cantidades ya abonadas por los prestatarios.

La resolución de irretroactividad en la devolución de cantidades en contratos con cláusula suelo generó una gran polémica, por sus numerosas contradicciones, en base al art. 1303 CC, que consagra la devolución de prestaciones consecuentes a la nulidad contractual, por efecto de la prohibición de retención de ganancias obtenidas sin causa.

De ese modo, la STS num. 241/2013, de 9 de mayo 2013, no dejaba de ser una advertencia al sector bancario, para que dejara de hacer uso de dichas cláusulas suelo, pero no repercutía en el interés de los perjudicados, los consumidores prestatarios que, por otra parte, son un colectivo ampliamente respaldado por el Derecho de la UE.

El efecto de la citada STS de mayo de 2013 presenta a su vez un gran interés jurídico, analizado desde el punto de vista de la responsabilidad patrimonial de los estados por incumplimiento del Derecho de la Unión, objeto del siguiente punto del presente estudio.

III. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LOS ESTADOS POR INCUMPLIMIENTO DEL DERECHO DE LA UNIÓN

Los consumidores se encuentran en situación de clara inferioridad con respecto al profesional en cuanto a información y capacidad de negociación de los contratos que celebran, por lo que resulta de especial relevancia la Directiva 93/13/CEE (CLEur 1993, 1071)³³, adoptada por el Consejo de las Comunidades Europeas, dentro del marco de medidas tomadas para establecer progresivamente el mercado interior europeo. Dicha Directiva evita que el profesional pueda abusar de su posición, obligando al consumidor, sin capacidad de negociación, a adherirse a unas cláusulas previamente redactadas por el aquel.

Resulta especialmente relevante el art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE, que libera al consumidor de verse obligado por los derechos nacionales de los Estados miembros a vincularse con las cláusulas abusivas de un contrato celebrado con un profesional. Dicho precepto ha sido interpretado por los Estados miembros de forma diferente (desde la nulidad y anulabilidad del contrato, ineficacia y hasta la inaplicabilidad de las cláusulas abusivas), pero la Directiva reserva en todo caso el derecho al consumidor de invocar una cláusula contractual como abusiva ante la justicia, así como a negarse a cumplir con las obligaciones originadas por una cláusula abusiva sin la existencia de una sentencia judicial previa. Además, la Directiva establece que la decisión judicial que declara abusiva una cláusula contractual, que puede iniciarse de oficio, debe retrotraer su efectividad al momento de la finalización del contrato.

Con el objetivo de sancionar y erradicar el uso de cláusulas abusivas, el TJUE aplica con carácter retroactivo a los contratos firmados con antelación a la sentencia que resuelva la interpretación de una cláusula que contradiga la Directiva 93/13/CEE (STJUE, de 21 de marzo de 2013, RWE asunto C-92/11 (TJCE 2013, 93), apartado 59), siendo competente únicamente el TJUE para, de forma excepcional, acotar el efecto de su sentencia en el tiempo.

³³ Siguiendo a CALATAYUD PRATS (2017: 4-12): esta Directiva se consolida en el interés de proteger al consumidor en el mercado interior europeo, en base a los presupuestos de que este mercado debe de ser un espacio de libre circulación garantizada de mercancías, personas, servicios y capitales, en un contexto de legislaciones de los Estados miembros sobre cláusulas (y cláusulas abusivas) de los contratos celebrados con los vendedores de bienes y proveedores de servicios muy heterogéneas, susceptibles de generar, por tanto, distorsiones en la comercialización realizada en otros Estados miembros. Se sustenta también esta Directiva en la atención al desconocimiento general del consumidor de las normas que regulan dichos contratos, especialmente en otros Estados miembros. Se persigue, por tanto, fomentar la competencia de los vendedores dentro de su propio país, así como en el mercado interior, proteger al consumidor de las cláusulas abusivas de manera armonizada a nivel comunitario en contratos firmados con profesionales, en contratos verbales o escritos. Tiene aplicación esta Directiva a las cláusulas contractuales que no han sido negociadas individualmente, a la vez que garantizando a los Estados miembros la libertad de dotar internamente de mayor protección a los consumidores con disposiciones más estrictas, resultando ser una directiva de mínimos.

III.1. Fundamentos de la responsabilidad patrimonial del Estado Juez. El caso portugués: la errónea interpretación del derecho de la Unión Europea por parte del Tribunal Supremo portugués

La responsabilidad del Estado por incumplir el Derecho de la Unión Europea se hace patente en dos momentos temporales bien señalados, a través de dos sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: la sentencia *Francovich y Bonifaci*³⁴, en 1991, y la sentencia *Brasserie du Pêcheur y Factortame*³⁵, en 1996. A ello se suma otro caso decisivo, la sentencia *Köbler*³⁶, que representa un incumplimiento desde el punto de vista judicial del Derecho de la Unión Europea, en 2003, y su consiguiente responsabilidad patrimonial.



Figura 1. Sentencias clave del Tribunal de Justicia de la Unión Europea para el reconocimiento de la Responsabilidad Patrimonial del Estado juez.

Y es que, la integración de los Estados miembros en la Unión Europea supone una cesión de poderes que acarrea un recorte en sus soberanías, así como la necesaria aceptación de un nuevo ordenamiento jurídico comunitario y de sus principios de articulación con los ordenamientos internos, para con ellos resolver los conflictos que puedan surgir entre el ámbito estatal y el supranacional.

³⁴ STJ, de 19 de noviembre de 1991 (TJCE 1991, 296).

³⁵ STJ, de 5 de marzo de 1996 (TJCE 1996, 37).

³⁶ STJ, de 30 de septiembre de 2003 (TJCE 2003, 292). La sentencia *Köbler* completa los cimientos del principio de responsabilidad patrimonial de los Estados, debido a la infracción del Derecho de la Unión Europea, rompiéndose por primera vez la inercia creada por la Comisión que evitaba castigar ante el Tribunal de Justicia las infracciones de los Estados a través de sus órganos judiciales. Siendo el poder judicial un pilar fundamental en la defensa de los derechos que los particulares obtienen de las normas comunitarias, también se debe garantizar que los órganos judiciales no dañan los intereses de dichos particulares si comenten una infracción del Derecho comunitario imputable a la última instancia jurisdiccional de tales órganos de un Estado miembro, cuyo dictamen adquiere por tanto firmeza. Aclara SOLER SOLÉ, G. Cláusulas suelo. TJUE, TS, cosa juzgada y responsabilidad del Estado. *Diario La Ley, Sección Tribuna*, [en línea]. N° 8905 que la última instancia jurisdiccional en el caso de cláusulas abusivas será el recurso de casación ante el TS, lo que legitimaría a todos los consumidores afectados por las sentencias del TS, fueren acciones individuales o colectivas, perjudicados por el criterio de devolución limitada en el tiempo.

Los principios de articulación que surgen entre el ordenamiento comunitario y el interno son:

- *Efecto directo*: por el que los particulares pueden invocar ante sus órganos estatales (tribunales y Administración) los derechos que les son de aplicación en base a las normas comunitarias que los generan.
- *Primacía*: el Derecho comunitario se aplica con preferencia al Derecho interno, impidiendo la existencia de normas internas incompatibles. Este principio junto con el anterior, garantizan la eficacia del Derecho comunitario, que es aplicado y ejecutado principalmente por el juez ordinario y las Administraciones nacionales. La aplicación descentralizada del Derecho comunitario se homogeneiza en base a la interpretación que de dicho Derecho realiza el TJUE, mediante la respuesta a cuestiones prejudiciales³⁷ principalmente.
- Responsabilidad patrimonial del Estado por incumplimiento del Derecho Comunitario: se genera cuando fracasan los principios de homogeneización en la interpretación del Derecho comunitario y se interpretan y aplican erróneamente dichas normas, sin recurrir a la obligatoria cuestión prejudicial. Resulta ser un mecanismo garantista de la efectividad del Derecho comunitario y de protección de los particulares.

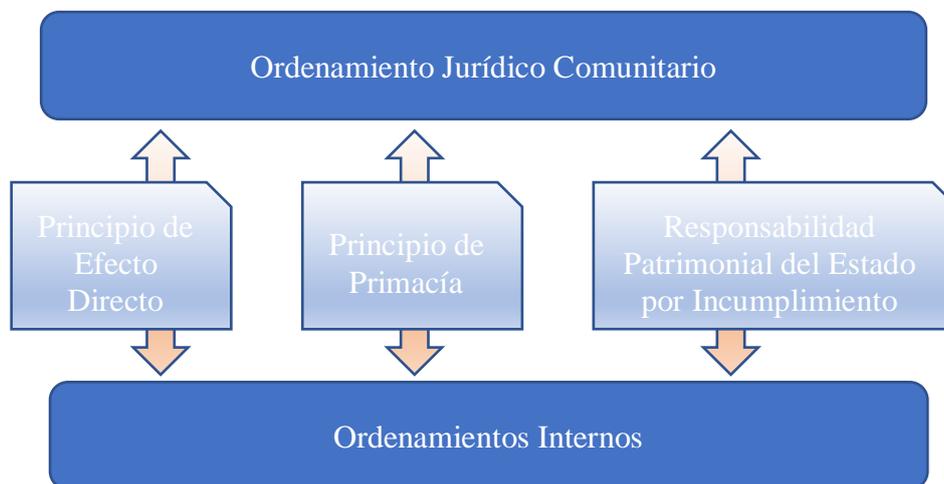


Figura 2. Principios de articulación entre el ordenamiento jurídico comunitario e internos

³⁷ Tal como indica CALATAYUD PRATS (2017: 7-9), la cuestión prejudicial es un mecanismo de orden público de la Unión Europea que garantiza que la norma común sea aplicada de igual manera por todos los tribunales de los Estados miembros, a favor de la seguridad jurídica en la UE, ofreciendo a los órganos jurisdiccionales internos de los Estados miembros y a sus jueces la oportunidad y obligación de consultar al TJUE la interpretación adecuada del Derecho de la Unión. En definitiva, todo órgano jurisdiccional nacional está obligado a someter a cuestión prejudicial al TJUE cualquier cuestión interpretativa de alguna norma del Derecho comunitario, salvo que dicho órgano sea la última instancia nacional y ya exista jurisprudencia asentada al respecto.

Fue la Sentencia Köbler, asunto C-224/01 (TJCE 2003, 292) la que abrió la puerta a la posibilidad de exigir ante el TJUE responsabilidad patrimonial al Estado³⁸ y, en concreto, al poder judicial de éste, por no interpretar y aplicar en última instancia el Derecho comunitario de manera correcta, como forma de evitar un debilitamiento de la eficacia de las normas y de la protección de los derechos subjetivos comunitarios que apliquen a los ciudadanos. De este modo, se posiciona el TJUE como el órgano supremo en la interpretación de las normativas comunitarias, y se obliga a los órganos jurisdiccionales nacionales de última instancia a plantear cuestiones prejudiciales cuando existan dudas razonables en la interpretación de la normativa comunitaria, bajo responsabilidad patrimonial del Estado en caso de no hacerlo.

La Sentencia Ferreira marcó un hito no sólo por el hecho de reconocer por primera vez la responsabilidad del Estado juez por error de sus órganos judiciales nacionales, sino que, para ello, debió salvar los siguientes obstáculos:

- 1) *Superación de la objeción de la cosa juzgada*: reconocer la responsabilidad patrimonial del Estado no lleva aparejado atacar la cosa juzgada de la resolución, ya que se pretende de este modo la reparación del daño causado por el Estado al ofendido, base del concepto del daño patrimonial del Estado en el ordenamiento comunitario, pero no la revisión y modificación de la resolución judicial interna que provocó la lesión (apartado 39 de la Sentencia)³⁹. Es decir, en nuestro sistema jurídico se sigue un paralelismo⁴⁰ con

³⁸ La Sentencia Köbler, asunto C-224/01 (TJCE 2003, 292), utiliza como argumento para reforzar su tesis el hecho de que en relación con el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo cuenta con la potestad de condenar a un Estado por infracción del citado Convenio, obligándole a reparar los daños causados a los perjudicados, incluso en el caso de que el causante sea un órgano jurisdiccional nacional que resuelva en última instancia (apartado 49 de la citada sentencia).

³⁹ Este concepto no debe plantear mayor inquietud a nivel interno en España, pues nos recuerda COBREROS MENDAZONA (2016: 8) que con base a los arts. 292 y ss. LOPJ, el TC en su STC 39/1995, de 13 de febrero 1995 (RTC 1995, 39) falló declarando lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva cuando en un procedimiento de declaración de error judicial, el TS suspendió parcialmente la ejecución de sentencia instada por la AP. Y es que con fundamento en los arts. 292 y ss. LOPJ se obtiene título para reclamar la posterior indemnización con reconocimiento del error judicial cometido por el anormal funcionamiento de la Administración de justicia, pero en ningún caso se pretende la revisión de la sentencia judicial que causó el daño. Por el contrario, nuestro ordenamiento contempla en base al art. 960 LECrim la posibilidad de interponer recurso extraordinario de revisión penal, con el que se persigue, fundamentalmente, revisar la sentencia, y como pretensión secundaria obtener además una indemnización prevista en dicha norma.

⁴⁰ No obstante, nos detalla SOLER SOLÉ (2017: 7-9) lo tedioso, complejo y caro que supone la reclamación del derecho a indemnización a cargo del Estado español, en relación con los arts 9.3 CE que establece el principio de responsabilidad de los poderes públicos, el art. 121 CE con respecto al error judicial y el funcionamiento anormal de la administración de justicia, que devienen en el derecho subjetivo, según el art. 292 LOPJ, a una indemnización a cargo del Estado. Esto es, el reconocimiento al derecho a indemnización a cargo del Estado español supone el reconocimiento del derecho por otro tribunal distinto al que falló cometiendo el error, que puede ser el tribunal de apelación de la instancia superior, o bien la Sala Especial del TS, si fue el propio TS el que incurrió en el error

el Derecho comunitario a la hora de indemnizar el daño causado por una resolución judicial errónea firme, dictada en última instancia, como forma de reparación del error y subsiguiente perjuicio causado.

- 2) *La responsabilidad patrimonial del Estado reconocida en el Derecho comunitario no ataca la independencia y autoridad judicial nacional*: dado que la responsabilidad va ligada al error del Estado, y no a la persona del Juez, por lo que no pone en riesgo la independencia de éste. Además, tal como declara el TJCE en la propia Sentencia Ferreira, el reconocimiento de la indemnización asociada a un error judicial en el ámbito nacional refuerza la calidad del ordenamiento jurídico, pero no la perjudica.
- 3) *Inexistencia de órgano jurisdiccional estatal previsto para conocer de pretensiones indemnizatorias por incumplimiento del Derecho comunitario por error judicial*: en este caso, el TJCE simplemente recuerda que dicha postura es inaceptable a la vista del Derecho de la Unión, y supone un incumplimiento de éste, a la vez que un obstáculo al derecho de los ciudadanos a reclamar indemnización al Estado ante dicho error. En la Sentencia Ferreira, el TJUE recordó en este punto los principios de equivalencia y efectividad⁴¹ vigentes en el Derecho comunitario.

III.2. Requisitos para la responsabilidad del Estado juez

Fue la Sentencia Köbler, asunto C-224/01 (TJCE 2003, 292) la que estableció de forma definitiva y precisa los requisitos para admitir la responsabilidad patrimonial del Estado juez por infracción del Derecho comunitario.

Es decir, no sirve cualquier tipo de incumplimiento del Derecho comunitario para que surja la responsabilidad patrimonial del Estado juez, sino que se exige un umbral de especial gravedad para el grado de incumplimiento en este caso, hasta el punto de hacerlo intolerable.

judicial, para, tras el reconocimiento jurisdiccional del derecho, solicitar petición indemnizatoria al Ministerio de Justicia y que, en caso de recibir respuesta negativa del Ministerio, se podrá interponer recurso contencioso-administrativo. La interpretación del error judicial por nuestro TS también es muy restrictiva, exigiendo que resulte ser patente, manifiesto, palmario, incontestable o que se derive de razonamientos jurídicos ilógicos, irracionales o absurdos. Si bien, el criterio a aplicar al evaluar la posibilidad de indemnización por responsabilidad del Estado será el establecido por el TJUE.

⁴¹ El TJUE reconoce en este punto que la Ley portuguesa impone una serie de requisitos que dificultarían la efectividad para que un ciudadano perjudicado, pudiera a través de los órganos jurisdiccionales estatales obtener indemnización.

La citada sentencia añadió a los requisitos ya comentados anteriormente el de *la violación suficientemente caracterizada* para el supuesto del incumplimiento judicial. En ese sentido, el TJCE se expresa en la Sentencia Köbler advirtiendo que, en atención a la especificidad de la función jurisdiccional y las exigencias legítimas de la seguridad jurídica, solamente se podrá exigir de manera excepcional la indemnización del Estado por infracción judicial del Derecho comunitario aplicable.

Es decir, no basta el mero incumplimiento o culpa del Estado, sino que el Estado y su órgano jurisdiccional debe haberse extralimitado de manera manifiesta y grave en el ejercicio de sus facultades. Esta concepción de la responsabilidad del Estado juez por parte del TJUE no sorprende, pues es la concepción propia que aplica en su jurisprudencia⁴² por responsabilidad de la Unión Europea. Pero, en todo caso, no es el Estado miembro el que pueda precisar de forma restrictiva criterios para definir el grado de una infracción que pueda determinar la responsabilidad del Estado⁴³, más allá de las que impone el Derecho comunitario y el propio TJUE en su interpretación y adopción del requisito de la infracción manifiesta y grave⁴⁴ de dicho Derecho, como requisito necesario y suficiente de la característica de violación suficientemente caracterizada.

Si bien, por una parte, es comúnmente aceptado que el TJUE ha sido restrictivo a la hora de aplicar la infracción del Derecho comunitario por responsabilidad del Estado juez⁴⁵, y es que el propio TJUE no pierde de vista, y reconoce expresamente, el margen de apreciación en la interpretación de los texto legales en el normal ejercicio de la actividad jurisdiccional, en

⁴² Sentencia de 25 de mayo 1978, HLN y otros/Consejo y Comisión, 83/1976, 94/1976, 4/1977, 15/1977, Rec. Pg. 1209, apartados 5 y 6. En ese sentido, se necesita de tres requisitos para que el Derecho comunitario reconozca el derecho a indemnización: que el objeto de la norma jurídica infringida sea el de conferir derechos a los ciudadanos, que la violación sea suficientemente caracterizada, y que exista una relación de causalidad directa entre la infracción del Estado y el daño sufrido por el ofendido.

⁴³ Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Caso Traghetti Mediterráneo. Sentencia de 16 de junio 2006 (C-173/09). Esta sentencia aclara que un Estado miembro (en este caso particular, Italia) no puede excluir de su Derecho interno cuestiones referentes a la responsabilidad del Estado por incumplimiento, ni puede imponer requisitos más restrictivos que el de la infracción manifiesta que impone el propio TJUE.

⁴⁴ Tal como nos detalla CALATAYUD PRATS (2017: 2-5), los requisitos para que se pueda apreciar una violación manifiesta son: el grado de precisión de la norma vulnerada, la intención apreciable en la infracción, así como el carácter inexcusable de la infracción del Derecho comunitario, la jurisprudencia existente en la materia en cuestión a nivel comunitario, y el incumplimiento del órgano jurisdiccional de remitir la cuestión prejudicial oportuna.

⁴⁵ Ya advierte COBREROS MENDAZONA (2016: 3-4): la sentencia Ferreira Da Silva. *Revista Española de Derecho Europeo*, [en línea]. N° 58 que en la Sentencia Köbler, el TJUE utiliza expresiones del estilo de: “especificidad” de la función jurisdiccional, “caso excepcional”, o “infringir de manera manifiesta el Derecho aplicable”.

muchas ocasiones en casos especialmente complejos, por otra parte, el concepto de “violación suficientemente caracterizada ha permanecido inalterado en la interpretación que ha venido realizando el TJUE. Es decir, si bien el TJUE mantiene un criterio que pueda resultar demasiado estricto a la hora de apreciar la responsabilidad patrimonial del Estado juez, a su vez mantiene un criterio bien asentado y suficientemente flexible como para, sin necesidad de alterarlo, abrir la posibilidad a ampliar su margen de apreciación en futuras circunstancias y actuaciones.

III.3. La omisión del planteamiento de la cuestión prejudicial

Como se ya se ha detallado anteriormente, la Sentencia Köbler, asunto C-224/01 (TJCE 2003, 292), desgana las características de cuándo se produce una infracción manifiesta del Derecho de la Unión Europea:

- El grado de claridad y precisión de la norma infringida,
- El carácter excusable o no del error de Derecho
- La intencionalidad de la infracción
- La posición adoptada por alguna institución de la UE
- El incumplimiento del deber de plantear la cuestión prejudicial, ex art. 267 TFUE por parte del órgano jurisdiccional nacional que resuelve en última instancia.

Interesa resaltar en este punto que la Sentencia Köbler no aclaró cuándo se produce una infracción manifiesta del Derecho de la UE, constitutiva de violación suficientemente caracterizada, por incumplir la obligación de plantear cuestión prejudicial.

Es el Abogado General Léger quien, en sus conclusiones de la Sentencia Traghetti⁴⁶, profundiza en dos nuevos supuestos de no planteamiento de cuestión prejudicial que aparejado a la incorrecta aplicación material del Derecho de la UE conllevaría el presupuesto de la responsabilidad del Estado juez:

- 1) Si la norma jurídica infringida es poco clara e imprecisa, el error cometido es inexcusable, ya que el órgano jurisdiccional de última instancia debería haber planteado

⁴⁶ Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Caso Traghetti Mediterráneo. Sentencia de 16 de junio 2006 (C-173/09) [consultado 6 de marzo 2018]. Disponible en www.aranzadi.com

la cuestión prejudicial, pues la decisión que tomaba generaba dudas razonables⁴⁷ de que se pudiera infringir el Derecho comunitario.

- 2) Si la norma infringida en el Derecho de la UE es clara y precisa, el error cometido es difícilmente excusable, y con mayor motivo el órgano jurisdiccional nacional debería haber planteado cuestión prejudicial al TJUE para, con nuevos argumentos, justificar el interés de apartarse de la tendencia jurisprudencial supranacional ya resuelta.

Por tanto, la conclusión es que, en aquellos casos en los que un juez nacional infrinja materialmente el ordenamiento comunitario, la situación se verá agravada por el incumplimiento formal de la indebida omisión de la cuestión prejudicial, lo que conllevará la calificación de violación suficientemente caracterizada. Además, la respuesta y aclaración que emita el TJUE a la cuestión prejudicial, debe ser aplicada por el juez nacional a aquellas relaciones jurídicas que nacieran incluso antes de que se emita la sentencia interpretativa (STJUE, Starjakob, de 28 de enero 2015, C-417/13, apartado 63).

Dentro de la casuística que se puede generar en torno a la infracción del Derecho comunitario está el supuesto en el que, en un pleito nacional, ambas partes confrontan sus diferentes versiones interpretativas, bien argumentadas y justificadas, de una norma del Derecho de la UE, sobre la que además no exista jurisprudencia previa del TJUE. En este caso, al tomar el Tribunal nacional una decisión sin emitir una cuestión prejudicial previa estaría infringiendo formalmente el Derecho comunitario, aunque no materialmente, ya que no se sabe realmente si la interpretación del juez nacional es correcta o no. Si la parte que se cree perjudicada por dicha decisión nacional quisiera iniciar un pleito para obtener indemnización por el daño sufrido, previamente debería probar que, si se hubiera solicitado cuestión prejudicial, el TJUE habría

⁴⁷ Es la sentencia STJEU, as. Cilfit, de 6 de octubre 1982, asunto 283/81, la que establece y acuña la doctrina del “acto claro” de cara a eximir de la necesidad de planteamiento de cuestión prejudicial. Esta sentencia resulta determinante a la hora de aclarar los tres supuestos en los que se permite no plantear una cuestión prejudicial, que definen la citada doctrina del “acto claro”: 1) cuando ya existe jurisprudencia del TJUE en respuesta a cuestión prejudicial previa que le fue planteada en un caso análogo, 2) cuando ya existe jurisprudencia del TJUE al respecto de dicha cuestión de derecho, 3) cuando no existe duda razonable interpretativa de la aplicación del Derecho comunitario al respecto de cuestión planteada.

Es el juez nacional el que debe apreciar la existencia o no de la doctrina del “acto claro”, debiendo para ello tener en cuenta, como indica la Sentencia Ferreira, de 9 de septiembre 2015, C-160/14 (TJCE 2015, 368) apartado 39: 1) la concreción o no de la norma comunitaria en cuestión, 2) las dificultades de interpretación que pueda ofrecer la norma concreta a aplicar, 3) el riesgo de divergencia con el resto de interpretaciones jurisprudenciales que puedan hacer el resto de Estados de la Unión al respecto de dicha norma (Sentencia Intermodal Transports, C-495/03 (TJCE 2005, 270)).

interpretado la norma comunitaria en el sentido de avalar esta postura de la parte y, por lo tanto, el dictamen del juez nacional le hubiera sido favorable a sus pretensiones⁴⁸. Pero contra dicha solicitud indemnizatoria surgiría probablemente el obstáculo de que el pretendido daño es sólo posible, y no real y efectivo, y además existe una sentencia nacional en contra del supuesto ofendido. Y al no haberse solicitado cuestión prejudicial por el juez nacional, se estaría perjudicando a dicho ofendido. Surge en este caso el concepto de “pérdidas de oportunidades procesales”, como perjuicio indemnizable, que la Sentencia Köbler no menciona, pero sí lo hace el Abogado General Léger en sus conclusiones, encuadrándolo en un posible daño moral indemnizable⁴⁹. No queda en esta situación clara, en todo caso, la posible infracción material por parte del juez nacional, del Derecho comunitario. Sobre esta situación se desenvuelve la Sentencia Ferreira⁵⁰, como ya se explicó anteriormente.

Por tanto, resulta clara de esta última situación que, los Tribunales Supremos de los diferentes estados miembros juegan un papel crucial a la hora de garantizar el cumplimiento del Derecho de la UE, siendo los garantistas de su cumplimiento, asegurando la interpretación correcta del Derecho comunitario y evitando las diferentes de interpretación entre diferentes Estados miembros. Es decir, que mientras que el resto de los tribunales nacionales tienen la mera posibilidad de interponer la cuestión prejudicial ante el TJUE, en el caso de los tribunales de última instancia, se convierte en una obligación. Solamente quedarán a salvo los Tribunales Supremos de dicha obligación de interposición de cuestión prejudicial, como ya se ha mencionado, en los casos en que no exista una duda clara y objetiva de interpretación del Derecho de la UE.

⁴⁸ COBREROS MENDEZONA (2016: 10). Este autor indica claramente que el supuesto en el que el tribunal de última instancia decide sobre una cuestión, incumpliendo el deber de plantear una cuestión prejudicial ante una norma comunitaria que genera dudas de interpretación razonables, y toma con ello una decisión errónea, en contra del Derecho comunitario, agravada por el no planteamiento de la cuestión prejudicial, genera sin duda el nacimiento de la responsabilidad del Estado juez, ya que el tribunal nacional desplaza al comunitario, arrogándose el primero la funcionalidad que no le corresponde del TJUE, de aclarar la interpretación de la normativa comunitaria, tomando decisiones erróneas y causando un daño.

⁴⁹ Siguiendo a COBREROS MENDEZONA (2016: 16), las vías que pueden abrirse ante la falta de interposición de cuestión prejudicial por un órgano jurisdiccional nacional que sienta sentencia firme son las siguientes: 1) Demanda de incumplimiento por parte de la Comisión, 2) la vía del recurso de amparo ante el TC, en el ordenamiento jurídico español por infracción al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), 3) Demanda ante el TEDH, por infracción del art. 6.1 CEDH, al vulnerarse el derecho reconocido a la tutela judicial efectiva, independiente e imparcial, establecido por Ley., 4) Debilitamiento de los efectos de cosa juzgada, y 5) infracción manifiesta del Derecho de la UE, acarreado el derecho a indemnización del Estado infractor.

⁵⁰ TJUE (Sala Segunda) [versión electrónica – base de datos Aranzadi]. Caso Joao Filipe Ferreira da Silva e Brito y Otros, Estado portugués. Sentencia de 9 diciembre 2015 [consultado 12 de marzo 2018]. Disponible en www.aranzadi.com.

Por lo tanto, los jueces nacionales se convierten en jueces ordinarios para la aplicación del Derecho comunitario, mientras que los jueces del TJUE se erigen en jueces ordinarios predeterminados para la interpretación del Derecho comunitario.

Y si existiendo dudas objetivas⁵¹ para interpretar las normas del Derecho europeo el tribunal de última instancia incumple su obligación de plantear la cuestión prejudicial, para que el juez predeterminado por ley del TJUE emita su interpretación, o bien se aparta de la jurisprudencia ya existente del TJUE, se genera la responsabilidad patrimonial del Estado juez⁵² cuando se hace patente, posteriormente, que se realizó una interpretación errónea del Derecho de la UE. La función del TJUE como órgano intérprete de la normativa europea es una función de orden público que garantiza la eficacia del Derecho comunitario en todo el espacio geográfico de aplicación.

III.4. Responsabilidad del Estado Juez por incumplimiento de la Directiva 93/13/CEE

Para que nuestro TS dictamine sobre el carácter abusivo de las cláusulas suelo, debe aplicar la Directiva 93/13/CEE (LCEur 1993, 1071), y especialmente su art. 6.1, que, según el informe de la Comisión sobre aplicación de la citada Directiva del Consejo, de 5 de abril de 1993 (COM/2000/0248), determina que la declaración de una cláusula como abusiva debe suponer la retroacción de sus efectos al momento temporal en que tuvo efecto dicha cláusula (*ex tunc*).

⁵¹ Las dudas que se presenten al juzgador no pueden ser dudas de convicción subjetiva (STC 58/2004 de 19 de abril (RTC 2004, 58), sino que a través del análisis de datos externos se pueda establecer la existencia o no de duda en la interpretación del Derecho comunitario. Por ejemplo, el hecho de que existen diferentes interpretaciones a nivel nacional, de órganos jurisdiccionales inferiores, de una norma comunitaria, es un indicador objetivo que la obligación de plantear cuestión prejudicial. Igualmente, lo es la existencia de diferentes interpretaciones por parte de órganos jurisdiccionales de distintos Estados miembros. CALATAYUD PRATS (2017: 3-6) indica la existencia de datos externos para que se pueda aseverar la existencia de dudas objetivas en al menos otros dos supuestos: 1) la deficiente e incorrecta motivación de la decisión de no plantear cuestión prejudicial, no siguiendo la doctrina *Cilfit*, o 2) la emisión de votos particulares emitidos en el seno del órgano jurisdiccional nacional de última instancia, que resulta ser muestra evidente de que existen dudas interpretativas de la norma, no resultando una norma clara.

⁵² Así lo expresó el Abogado General Bot en las conclusiones de la Sentencia Ferreira, Asunto C-160/14, de 11 de junio 2015 (TJCE 2015, 368), en las que plantea dos posibles alternativas a un supuesto específico: si existe jurisprudencia del TJUE sobre un asunto del que está conociendo un órgano jurisdiccional nacional, y el juez nacional decide no presentar cuestión prejudicial para aclarar el supuesto concreto, entonces deberá aceptar y dictaminar en la línea jurisprudencial ya emitida por el TJUE. En caso contrario, el tribunal nacional habrá cometido una violación del Derecho comunitario que se considerará suficientemente caracterizada y devengará en responsabilidad del Estado juez si, dicha sentencia firme del órgano jurisdiccional nacional de última instancia, posteriormente se constata por el TJUE que dictaminó erróneamente. Y es que, en las dos alternativas planteadas, el error que comete el órgano jurisdiccional nacional es inexcusable.

Por otra parte, la posición del TJUE es clara en cuanto a la declaración de nulidad de una cláusula: la regla general determina que la declaración de nulidad de una cláusula se aplica con carácter retroactivo a cualquier relación jurídica que conforma, incluso antes de la sentencia de declaración de nulidad, siendo excepcional la situación en que el TJUE limite el efecto de dicha sentencia en el tiempo, siendo, en todo caso, potestad exclusiva del TJUE imponer dicha limitación temporal, no pudiendo en ningún caso modificar el juez nacional el contenido de dicha cláusula.

En conclusión, el hecho de que nuestro TS limitara a través de las sentencias SSTS num. 241/2013, de 9 de mayo (RJ 2013, 3088) y num. 139/2015 de 25 de marzo (RJ 2015, 735) supuso una violación suficientemente caracterizada del Derecho comunitario, agravado por la evidencia de dudas objetivas en cuanto a la interpretación de la norma de Derecho comunitario de aplicación, con obligación por ser nuestro tribunal de última instancia a interponer cuestión prejudicial⁵³, lo que da lugar, nuevamente, a responsabilidad del Estado juez⁵⁴, al ser patente en España la heterogeneidad de las decisiones de órganos inferiores al respecto de dichas cláusulas suelo.

La necesidad de interponer cuestión prejudicial por nuestro TS también se evidenciaba en otros 2 factores:

- La falta de uniformidad de los dictámenes de los altos tribunales de otros Estados miembros, patente en la jurisprudencia comunitaria emitida al respecto, y
- La emisión de votos particulares por magistrados de nuestro TS, que evidenciaban la doctrina jurisprudencial comunitaria contraria al dictamen mayoritario que nuestro tribunal de última instancia acordaba.

Ya se ha explicado anteriormente que tales dudas objetivas originan la obligación del tribunal de última instancia a entablar cuestión prejudicial. La decisión de no entablar dicha cuestión

⁵³ De hecho, al omitir nuestro TS la interposición de la cuestión prejudicial, provocó una situación de desconcierto, teniendo otros tribunales inferiores que acudir al auxilio de la aclaración del TJUE, como por ejemplo el Juzgado de lo Mercantil 1 de Granada y AP de Alicante.

⁵⁴ Siguiendo a SOLER SOLÉ (2017: 14), es independiente el efecto de que existan consumidores que obtuvieron resolución judicial no del TS, sino de tribunales inferiores, ya que dichos tribunales inferiores dictaminaron siguiendo la directriz jurisprudencial del TS y, por lo tanto, el derecho a solicitar indemnización por reclamación de responsabilidad del Estado prevalece en idéntica oportunidad.

prejudicial no fue motivada por nuestro TS, no alineándose con la jurisprudencia comunitaria del caso Cilfit.

La conclusión final a todas estas consideraciones es que, claramente, todos aquellos consumidores a los que repercute favorablemente una sentencia con carácter de cosa juzgada emitida con posterioridad a la STS de 9 de mayo 2013 (RJ 2013, 3088), deben ver satisfecha su demanda de recuperar el total de los pagos realizados⁵⁵, entablado una acción de responsabilidad del Estado juez, al haber cometido nuestro TS una violación suficientemente caracterizada del Derecho de la UE, y con ello haber ocasionado un daño a dichos consumidores⁵⁶.

⁵⁵ Se verifica, en esta situación, que se ha cometido en los dictámenes de 2013 y 2015 del TS la infracción de normas que confieren derechos, como son los arts. 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE, siendo evidente la relación de causalidad entre el daño que provoca el dictamen del TS, que permite a los consumidores afectados por la declaración de nulidad de las cláusulas suelo, recuperar sólo una parte de las cantidades indebidas entregadas, frente al dictamen de la devolución íntegra, lo que sumado a la línea jurisprudencial que mantiene el TJUE desde el año 2000 sobre declaración abusividad de una cláusula, permite, como ya se ha explicado, declarar que la infracción de la norma fue suficientemente caracterizada, como desglosa SOLER SOLÉ, G. Cláusulas suelo. TJUE, TS, cosa juzgada y responsabilidad del Estado. *Diario La Ley, Sección Tribuna*, [en línea]. Nº 8905, pg. 14.

⁵⁶ La conclusión a la que se llega resulta clara tras el análisis realizado en este estudio, y como pone de manifiesto CALATAYUD PRATS (2017: 8-9).

IV. EFECTOS DE LA NULIDAD DE LAS CLAUSULAS SUELO TRAS LA STJUE DE 21 DE DICIEMBRE DE 2016.

Si por algo se caracterizan los ordenamientos latinos es por las restricciones que se imponen a las acciones restitutorias, primando el principio de seguridad jurídica. En esa línea, el art. 1303 CC únicamente establece el efecto restitutorio retroactivo con carácter general, *ex tunc*, motivado por la declaración de nulidad contractual, pero no profundiza en su régimen jurídico.

Resultado de tal indeterminación ha desencadenado que los tribunales españoles desarrollaran hasta tres teorías diferentes a la hora de proceder a las restituciones provenientes de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo y, especialmente, sobre la fijación de la fecha de inicio o *dies a quo* de los efectos retroactivos. Tal situación erosiona la seguridad jurídica que todos los operadores del mercado anhelan, con una clara delimitación de lo que es nulo, y los efectos de dicha nulidad, muy diferente al clima de desconfianza que se ha llegado a generar en nuestro país, con respecto al sistema bancario, a nuestro propio Gobierno, e incluso hacia nuestros jueces, en continua contradicción con la normativa europea y con el TJUE, a los ojos de los consumidores españoles.

IV.1. Evolución temporal de una inseguridad jurídica.

Como se ha mencionado, debido a la errática jurisprudencia emitida por el TS español, en confrontación con los dictámenes del TJUE, podemos diferenciar hasta tres teorías jurisprudenciales diferentes en los tribunales españoles en torno a las cláusulas suelo, y hasta cinco fases diferentes en la evolución temporal de esta materia, que se pasan a analizar a continuación⁵⁷:

1) Fase 1: las cláusulas suelo son perfectamente lícitas.

Todos los agentes del mercado reconocen la licitud de las cláusulas suelo, que limitan la variabilidad del tipo de interés, y que existen desde hace más de catorce años en contratos de préstamo hipotecario hasta que surge la polémica en el año 2009, momento en que

⁵⁷ JUAN GÓMEZ (2017: 6)

empiezan a surtir efectos este tipo de cláusulas, que habían pasado inadvertidas hasta el momento.

Esta situación se hubiera podido perpetuar en el tiempo, si no hubiera sido por la llegada de la crisis económica en el último trimestre de 2008, y la caída drástica de los tipos de interés.

Los consumidores comienzan a sentir cada vez mayor frustración, al no ver alivio a su situación económica en plena crisis, cuando esperaban que las caídas de tipo de interés redujeran sus cuotas de préstamo hipotecario.

Las primeras reclamaciones judiciales contra cláusulas suelo ven desestimadas sus pretensiones y, además, deben asumir las costas procesales.

La presión de diferentes asociaciones y medios de comunicación sigue en aumento y, el 23 de septiembre de 2009, el Pleno del Senado decide aprobar una moción que insta al Ejecutivo a erradicar las prácticas abusivas en relación con las cláusulas suelo, en cumplimiento de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, solicitando un informe de análisis de la situación al Banco de España.

El Banco de España apuntó en su informe las siguientes cuestiones:

- Las cláusulas suelo afectan al carácter esencial del contrato, como es su precio, lo que las excluye del análisis de abusividad del art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE.
- La fijación de tipos de interés en operaciones bancarias se enmarca en el principio de libertad de las partes, en la normativa española⁵⁸. Alude aquí el Banco de España al control de incorporación, o de transparencia formal, necesario para la inclusión de cláusulas suelo.

⁵⁸ De la literalidad de la OM de Economía y Hacienda, de 12 de diciembre de 1989, se desprende la libre disposición de las partes en cuanto a la fijación de los tipos de interés en operaciones con entidades de crédito. Pero de la OM de 5 de mayo de 1994, se fija la importancia del requisito informativo, como criterio de validez de las cláusulas limitativas de tipos de interés variables.

- Considera que la cláusula suelo es una estipulación negociada, lo que lo excluye del control legislativo de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

En este punto, la STJUE (Sala 1ª), de 3 de junio de 2010, C-484/08, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid contra Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc), en resolución a la petición de decisión prejudicial del TS español, no vino sino a avivar aún más la polémica, al dejar la puerta abierta a la declaración de abusividad de cláusulas que inciden en el objeto principal del contrato, como son las cláusulas de redondeo debatidas en ese caso.

El error que se estaba produciendo en este momento temporal para abordar el problema jurídico de las cláusulas suelo era que se centraban en la proporcionalidad de las prestaciones, que era un enfoque fracasado, y no en la solución final del TJUE enfocada en el control de la transparencia material.

2) *Fase 2: resoluciones contradictorias en las primeras instancias jurisdiccionales.*

La sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº de Sevilla, num. 246/2010, de 30 de septiembre de 2010, Juicio Verbal 348/2010, declara nula las cláusulas suelo en la acción colectiva de Ausbanc contra tres entidades financieras, en base a la falta de reciprocidad y desequilibrio entre el techo y suelo fijados. Esta sentencia defiende la tesis de que la cláusula suelo no es, en sentido estricto, elemento esencial del contrato, sino que perfila los intereses del contrato, que existirían de por sí sin la cláusula suelo, lo que la convierte en una condición general que existe prefijada en multitud de contratos, no siendo objeto de negociación de las partes.

Esta sentencia fue revocada por la SAP de Sevilla, (Sección 5ª), que vuelve a reconocer la legalidad de las cláusulas suelo, realizando un examen de transparencia meramente formal, ubicando la cláusula nuevamente en el núcleo esencial del negocio jurídico, contradiciendo a la primera instancia, ahondando en dos nuevos elementos al realizar el examen de abusividad: la inexistencia de mala fe por las partes, y la inexistencia de desproporción, que ha de ser valorada desde un punto de vista jurídico, y no económico.

Muchas sentencias que afirmaban con rotundidad un postulado u otro⁵⁹, declarando su nulidad o afirmando su legalidad, sucedieron a ésta en los años siguientes.

3) *FASE 3: STS (Sala Primera), num. 241/2013, de 9 de mayo de 2013 (RJ 2013, 3088). No retroactividad.*

Esta es la etapa más crítica por la que atraviesa el ciclo de vida judicial de las cláusulas suelo. La sentencia del Alto Tribunal da lugar a innumerables críticas desde todos los colectivos. Una sentencia que, probablemente, se dicta teniendo en cuenta el impacto en la economía que la nulidad de las cláusulas suelo iba a tener, al casar la sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº2 de Sevilla, mencionada en la fase anterior.

Esta sentencia del TS da un gran paso adelante, asentando su línea jurisprudencia en el hecho de que las cláusulas suelo son nulas por la falta de transparencia material desde la perspectiva de un consumidor medio, es decir, por falta de comprensibilidad de las consecuencias económicas que acarrearían, exigidas por la OM de 5 de mayo de 1994, y no por desproporcionalidad, o por mala fe de las entidades financieras.

Esta sentencia supone un gran paso adelante por parte del TS, ya que se anticipa a la jurisprudencia emitida hasta la fecha por el TJUE, otorgando mayor protección a los consumidores que la que brinda la propia Directiva 93/13/CEE.

Además, esta STS, de 9 de mayo de 2013, analiza el alcance de la nulidad de las cláusulas suelo. En este sentido, el TS se pronuncia valorando la declaración de nulidad de las cláusulas en cuestión como generadoras de un trastorno económico grave, seguramente motivada por la salvaguarda de la seguridad jurídica (art. 9.3 CE), emitiendo lo que algunos autores⁶⁰ han considerado como una sentencia en equidad, con la intención de buscar una solución intermedia a las partes, que satisficiera a todos los implicados. Dicha interpretación del TS le llevó a declarar la irretroactividad de la nulidad -resulta importante

⁵⁹ La sentencia del Juzgado de lo Mercantil num. 2 de Alicante/Alacant, Sentencia 201/2011 de 23 de junio 2011, Proc. 407/2010 incidía en el carácter esencial de configuración del negocio jurídico de la cláusula suelo, negando la posibilidad de cualquier examen de abusividad. La AP de Madrid, Sección 28ª, Sentencia 75/2007, de marzo 2007, Rec. 333/2006 defendía la legalidad de las cláusulas suelo, aludiendo tangencialmente a la necesidad de transparencia material que más adelante defendería el TJUE en su decisiva sentencia de 2016. Otras muchas sentencias de AP defendieron la validez de la cláusula suelo: AP de Segovia, Sentencia 281/2012, de 28 de diciembre 2012, Rec. 359/2012 y otras.

⁶⁰ JUAN GÓMEZ (2017: 6-7).

recordar que esta sentencia se enmarca en el ámbito de una demanda colectiva, y no particular-, y en línea con la STJUE, de 21 de marzo de 2013, C-92/11, que desestimaba la retroactividad de la restitución de cantidades pagadas indebidas, en aras de la seguridad jurídica (art. 9.3 CE), el riesgo grave de trastornos del orden público y de la buena fe (art. 106 de la entonces vigente Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común), y otras⁶¹. La propia sentencia argumentaba que, si se declarara la retroactividad, “se verían afectados contratos ya finalizados, generándose la obligatoriedad de la devolución de cantidades desorbitadas, ya cobradas”. Esta sentencia incardina su dictamen en cuestiones tales como que la cesación de condiciones generales se realiza con vistas a futuro, ya que no se contempla para el caso de las condiciones generales las restituciones, así como que el TC optó por la limitación de la retroactividad en numerosas sentencias de recursos de inconstitucionalidad.

La inestabilidad que generó esta doctrina del TS se percibió en la cantidad de cuestiones prejudiciales que se emitieron a partir de este momento por instancias inferiores, así como en la suspensión de otros procedimientos hasta que se aclarara y asentara de mejor manera esta situación creada por el TS.

En definitiva, el TS dictamina de manera sorprendente que la sentencia emitida que declara la nulidad de las cláusulas suelo no afecta a las resoluciones judiciales definitivas, con efecto de cosa juzgada, ni a los pagos ya efectuados a la fecha de publicación de su sentencia.

4) *Fase 4: STS de 25 de marzo de 2015. Retroactividad parcial.*

La STS 139/2015, (Pleno), de 25 de marzo 2015, Rec. 138/2014 resulta ser una clarificación de la sentencia emitida por este mismo Alto Tribunal en 2013, en aspectos como los efectos de nulidad en acciones individuales, y en si debía existir retroactividad en resoluciones de nulidad posteriores a la sentencia TS de 2013.

⁶¹ STJUE de 10 de enero 2006, caso Skov y Bilka, C-402/03 limita también el efecto de retroactividad indicando que sólo a este Tribunal compete de manera excepcional esa capacidad, basándose necesariamente en la concurrencia de dos supuestos esenciales: la buena fe de las partes, y el riesgo de trastornos públicos graves. En la misma línea se pronuncian la STJUE de 21 de marzo 2013, caso RWE Vertrieb, C-92/11, y STJUE de 18 de enero 2007, C-313/05, Caso Brzeziński y otras.

Se puede resumir, por tanto, esta STS de 2015 en el sentido de que hace extensiva la doctrina de 2013 a acciones individuales y declara su irretroactividad parcial, limitada a la fecha de la sentencia anterior de 9 de mayo de 2013, pero todo ello con dos votos particulares en este caso.

De nuevo, esta sentencia resulta ser polémica en el ámbito de las cláusulas suelo, en el sentido de que dos magistrados del tribunal votan a favor de la eficacia ilimitada -ex tunc- desde la fecha inicial de celebración del contrato, y no sólo desde la fecha de la anterior sentencia del TS, de mayo de 2013. Estos dos magistrados disidentes asumen que la restitución ilimitada es consustancial a la nulidad contractual declarada, y fuera de discusión en el ordenamiento jurídico español, ex art. 1033 CC. Interesa resaltar que también estos dos magistrados con voto particular criticaron la argumentación de la sentencia del TS de marzo de 2013 por el uso que hacía del criterio de la buena fe, en contra de los intereses de los consumidores, cuando dicho principio fue legislado al servicio del consumidor adherente.

5) *Fase 5: STJUE de 21 de diciembre 2016: retroactividad total del efecto restitutorio.*

Las grandes divergencias existentes en la jurisprudencia nacional, hasta este momento, llevó a determinados jueces a interponer cuestiones prejudiciales en auxilio del TJUE. Tal era el desconcierto que, tras la STJUE, de 21 de diciembre 2016, que estableció finalmente la retroactividad total de la restitución, la asociación Jueces para la Democracia hizo público un comunicado en el que denunciaba una campaña de desprestigio contra los jueces que llevaron ante el Tribunal Europeo los abusos en las cláusulas suelo⁶².

La STJUE (Gran Sala), Sentencia de 21 de diciembre 2016, C-154/2015, acumula dos peticiones prejudiciales en base al art. 267 TFUE, provenientes del Juzgado de lo Mercantil nº1 de Granada (C-154/15) y de la AP de Alicante (C-307/15 y 308/15). El objetivo que persiguen ambas peticiones es unificar los arts. 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE con el art. 1303 CC, y los arts. 7 y 8 TRLDCU y las SSTS de 9 de mayo 2013, 25 de marzo 2015, y la doctrina del TJUE en el ámbito de las cláusulas abusivas.

⁶² Los jueces denuncian una campaña de desprestigio por llevar al tribunal europeo los abusos en cláusulas suelo (2017: 1-3).

Las acciones acumuladas pretenden, en resumen, obtener respuesta a las siguientes cuestiones:

- ¿es posible limitar el efecto restitutorio, en acciones individuales, en el tiempo?,
- ¿es el principio de la buena fe entre las partes un criterio justificativo para la limitación de la eficacia retroactiva en el Derecho de la UE?, y ¿qué presupuestos atiende dicho principio para presuponer su existencia?, en caso de que pueda interpretarse como buena fe la de un profesional (del sector bancario) que ha omitido la transparencia material en una cláusula con impacto en el objeto principal del contrato,
- al igual que en la cuestión anterior, pero aplicado al riesgo de trastornos graves, ¿cómo opera en el Derecho de la UE dicho concepto y, bajo qué presupuestos en relación con el perjuicio que provoca a los consumidores?
- ¿es aplicable la dictaminado en el seno de una demanda colectiva a demandas individuales, bajo el principio de no vinculación y del derecho a la tutela judicial efectiva?

La STJUE, de 21 de diciembre 2016, asevera los siguientes puntos:

- 1) El principio de no vinculación ex art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE es equiparable a las normas de orden público internas de los Estados miembros,
- 2) El juez nacional, cuando detecte una cláusula abusiva, debe únicamente dejar sin aplicación la misma, sin modificar su contenido,
- 3) La declaración de abusividad de una cláusula supone que dicha cláusula nunca ha existido y conlleva, por tanto, el efecto restitutorio,
- 4) El TJUE es el único que puede limitar en el tiempo la retroactividad que aplique a las interpretaciones del Derecho de la Unión que haga.

Esta sonada resolución del TJUE provocó que algunos Juzgados y Audiencias Provinciales dictaran resoluciones a favor de la restitución completa de las cantidades de forma inmediata, con retroactividad a la fecha de celebración del contrato de préstamo hipotecario, previo a la regulación de las consecuencias de la sentencia del TJ.

En cualquier caso, la resolución TJUE de 21 de diciembre de 2016 es clara: es necesario devolver todos los importes indebidamente satisfechos por el consumidor, desde el inicio del contrato, como única manera de que la cláusula abusiva no vincule a éste, restableciéndose de ese modo la situación de hecho y de derecho al punto inicial en el que nunca hubiera existido esa cláusula, no menoscabándose el efecto disuasorio a la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos. En conclusión, la protección que otorgó el TS en su resolución de 2015 resultó insuficiente y errónea a los ojos del TJUE.

IV.2. El efecto de cosa juzgada.

Si con la sentencia del TJUE de diciembre de 2016 quedaron resueltos los efectos de la nulidad de las cláusulas suelo, dentro del panorama de incertidumbre jurídica generada por este tema se abría un nuevo gran debate, generador de no menos polémica: ¿cómo operar en el caso de los procesos declarativos que fueron resueltos como firmes por órganos jurisdiccionales nacionales, y que reconocieron solamente la restitución parcial, en aplicación de la doctrina emitida por el TS de 9 de mayo de 2013?

Se abre ante dicha situación una serie de cuestiones, necesitadas de respuesta: ¿es viable desde el punto de vista procesal la revisión de la sentencia firme del proceso declarativo que reconoció el efecto restitutorio limitado a la STS de 2015, corregida por la STJUE de 2016?, ¿puede revisarse una sentencia firme o interponerse nueva demanda para reclamar los pagos indebidos del consumidor desde el inicio del contrato hasta la STS de mayo de 2013?, ¿cómo afecta la cosa juzgada a esta situación?, ¿sería posible, también en este caso, la reclamación por responsabilidad patrimonial del Estado juez? Todas estas cuestiones requieren de contestación y fundamentación en el caso que nos ocupa.

En cuanto a la posibilidad de revisar una sentencia firme, la STS de 18 de febrero de 2016 rechaza la posibilidad, en base al principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y al principio procesal de cosa juzgada, de revisar una sentencia del TS desestimada por otra sentencia del TJUE posterior. Argumenta el TS que no es revisable una sentencia firme porque la STJUE es una resolución jurisdiccional, y no un documento de los que prevé el art. 510.1 LEC, relativo a la revisión de sentencias firmes. Además, el sentido de los documentos decisivos del art. 510.1 LEC es que dichos documentos deben existir antes del momento de preclusión de la posibilidad de que la parte lo aporte al proceso⁶³. La sentencia del TJUE es posterior a dicho momento y además, en este caso tampoco es un documento que la otra parte haya retenido, o que la parte demandante de revisión no haya podido aportar por fuerza mayor. En conclusión, la revisión de la sentencia firme del TS en relación con las cláusulas suelo es inviable, a todas luces de la legislación nacional española, por esta vía.

De hecho, el TJUE, en base al Derecho comunitario, no impone la revisión de sentencias firmes⁶⁴ cuando no está previsto dicho mecanismo en la normativa nacional, en aras de preservar el efecto de la cosa juzgada, bajo el principio de seguridad jurídica que preside los Estados de derecho democráticos.

En conclusión, el principio de primacía del derecho europeo cede ante los de cosa juzgada o seguridad jurídica, lo que imposibilita la vía de revisión de las sentencias firmes de cláusulas suelo, para reclamar los pagos indebidos del consumidor desde el inicio del contrato hasta la STS de mayo de 2013. En cualquier caso, ya la STJUE, Sala Primera (asunto C-421/14, Banco Primus, S.A. y Jesús Gutiérrez García), posterior a la de 21 de diciembre de 2016, señala la necesidad de revisar en el ordenamiento nacional español ciertas normas procesales en cuestión de cosa juzgada material, así como la necesidad de apreciación de oficio del carácter abusivo de algunas cláusulas en la contratación bancaria española.

⁶³ Se entiende, conforme establece el art. 510.1 LEC, que la parte no pudo aportar el documento al proceso antes de la preclusión de la posibilidad, no por la inexistencia del documento hasta el momento de la preclusión, sino por fuerza mayor o por la acción de la otra parte.

⁶⁴ El TJUE respeta la cosa juzgada en los Estados nacionales que no contemplan en su legislación nacional la revisión de sentencias firmes, en STJUE (Sala Primera), de 16 de marzo 2006, C-234/04, caso KAPFERER, y otras.

IV.3. Casuística para la posible recuperación de las cantidades indebidamente cobradas.

Descartada la vía de la revisión de sentencias firmes en materia de cláusulas suelo, tras la STJUE de 21 de diciembre de 2016 sí existe la posibilidad de plantear una demanda para reclamar la devolución de cantidades indebidamente cobradas, desde la fecha de contrato hasta la fecha de la STS de 9 de mayo de 2013, si con anterioridad no se ha cursado ningún procedimiento en relación con el contrato de cláusula suelo, al no darse la situación de cosa juzgada en este caso.

Se analiza a continuación la casuística de procedimientos judiciales que se pueden haber tramitado en relación con el contrato de cláusula suelo, y la viabilidad de cara a poder recuperar las cantidades abonadas indebidamente.

IV.3.1. Proceso declarativo previo.

Si en un proceso previo se reclamó la devolución íntegra de cantidades indebidamente pagadas en relación con la cláusula suelo, es evidente que excluiría la posibilidad de plantear un nuevo procedimiento, que cedería a favor de la cosa juzgada.

Pero con respecto a aquellos procedimientos en que se reclamó únicamente el período fijado por la STS de marzo de 2015 a través de un proceso declarativo previo, habría que superar dos obstáculos importantes para evitar el efecto de cosa juzgada:

- 1) Primer obstáculo: el art. 222.1 LEC cierra el paso a nuevas demandas en el caso de cosa juzgada por sentencias firmes anteriores, una vez se hubieran agotado todas las vías de recurso posibles, o hubieran expirado los plazos para interponer dichos recursos, normativa que se ve respaldada, como ya hemos analizado, por la STJUE de 21 de diciembre de 2016 y otras⁶⁵, así como por el Derecho comunitario.

⁶⁵ STJUE (Sala Primera), de 6 de octubre 2009. Austurcom Telecomunicaciones SL contra Cristina Rodríguez Nogueira. Asunto C-40/08.

Pues bien, según el art. 222.1 LEC, existirá cosa juzgada cuando el objeto de dos procesos sea idéntico. Ello excluye, por tanto, la posibilidad de una nueva reclamación para aquellos que ya solicitaron la devolución íntegra de las cantidades pagadas indebidas, pero no vieron satisfecha su reclamación por aplicación de la propia doctrina del TS.

Para quienes solicitaron únicamente la devolución del período correspondiente al 9 de mayo de 2013 en adelante, ¿existe de nuevo efecto de cosa juzgada de cara a la nueva reclamación correspondiente al período previo a esta fecha y hasta el inicio del contrato, en base al art. 222.1 LEC? La respuesta no es clara. En un primer proceso declarativo de nulidad que reclamó las cantidades pagadas indebidamente desde la STS de 9 de mayo de 2013, también se ejercitó implícitamente una acción de condena para recuperar tales cantidades. La diferencia, por tanto, entre ese primer proceso declarativo (y de condena) y el segundo posible proceso de condena a interponer estaría en los plazos de tiempo: se reclamaría, en base a la nulidad ya declarada por el primer procedimiento, un tramo temporal completamente diferente al primero, es decir, se reclamaría desde el contrato hasta la STS de 9 de mayo de 2013.

¿Esa diferencia de tiempo en los tramos temporales a reclamar entre el primer proceso y este posible segundo, suponen objetos idénticos de cara al efecto de cosa juzgada? A favor de la cosa juzgada se podría argumentar que quien reclamó únicamente desde el 9 de mayo de 2013, aunque fuera en base a la STS correspondiente que luego fue rechazada por el TJUE, lo hizo por voluntad propia, y porque no consideró procedente reclamar todo el período temporal desde el inicio de contrato. Por tanto, existen dudas acerca de si existiría identidad de objeto de la cosa juzgada sólo por el hecho de haber ejercitado acción de condena en ambos procesos, o si para ello deben además coincidir los períodos temporales reclamadas en ambas acciones.

- 2) Segundo obstáculo: según el art. 400 LEC, ¿el demandante debió reclamar el tramo íntegro en la primera demanda, y no reservar el tramo anterior al 9 de mayo de 2013 para una posterior acción, porque no son diferentes hechos ni distintos títulos jurídicos, a efectos de cosa juzgada? La STS 328/2016, de 4 de febrero de 2016, Rec. 2495/2013 aclara que se entiende causa juzgada por la razón de pedir, en base al art. 400 LEC, si el segundo proceso se base en el mismo petitum y la misma causa petendi. Se deduce,

por tanto, que lo mismos argumentos que superarían el art. 222.1 LEC, igualmente superarían el art. 400 LEC, dado que, si no se articuló en la segunda acción la misma reclamación, no tiene sentido exigir por el art. 400 LEC que el demandante hubiera alegado en su primera acción el art. 1303 CC, o la primacía del derecho europeo, para reclamar así el período anterior a la STS de 9 de mayo de 2013. Si no son el mismo petitum, en ningún caso operará la cosa juzgada del art. 400 LEC.

A favor del art. 400 LEC y de que se están solicitando petitums diferentes en ambos procesos es que, se hubieran basado en fundamentos jurídicos diferentes según el período diferente a reclamar: en el primer proceso se hubiera reclamado desde el período posterior a la STS de 9 de mayo de 2013 en atención a lo dictaminado en esa misma sentencia, y en la acción segunda se hubiera reclamado desde el inicio del contrato en base al art. 1303 CC y la SSTJUE de 21 de diciembre de 2016 y anteriores en esa misma línea.

Igualmente, se interpreta a partir de la STS 328/2016, de 4 de febrero de 2016, que el art. 400 LEC no es absoluto, sino que, ante un hecho imprevisto y extraño, se permite presentar un recurso posterior, no operando la cosa juzgada. En ese sentido, la STJUE de 21 de diciembre de 2016 podría considerarse una cuestión nueva, o imprevisto posterior y extraño a la primera acción

En definitiva, cuando en un proceso declarativo previo se reclamó la cantidad correspondiente al período fijado por la STS de 25 de marzo de 2015, podría existir una posibilidad de superarse el efecto de cosa juzgada, y que la reclamación por el período previo al 9 de mayo de 2013 sea estimada.

IV.3.2. Ejecución ordinaria previa, con ausencia de oposición.

¿Se da el efecto de cosa juzgada cuando el acreedor accionó previamente la ejecución de préstamo hipotecario, sin ningún tipo de oposición del ejecutado? La respuesta que parecería evidente es la de que no cabría efecto de cosa juzgada porque, si hubo silencio del demandado, no hubo ni auto de resolución judicial. Pero la STS (Sala Primera), num. 462/2014, de 24 de

noviembre de 2014, sostiene que la mera ausencia de oposición en proceso de ejecución impide promover una acción declarativa posterior para alegar la nulidad de la cláusula de vencimiento, que ya podría haber sido alegada en el proceso de ejecución previo. Los fundamentos jurídicos de ello son los arts. 222 LEC y 400.2 LEC, ya analizados previamente.

En ese sentido, el TS realiza una interpretación amplia del efecto de cosa juzgada, restringiendo el derecho de defensa del consumidor y, aunque dicha sentencia se basa en un primer procedimiento de ejecución en el que existe mero silencio del consumidor, no resulta tan claro que excluya la posibilidad de que el consumidor pueda iniciar una posterior acción para declarar la nulidad de la cláusula suelo. Existen otros posibles argumentos que defienden la tesis de la posibilidad de presentar una posterior acción para reclamar a nulidad de la cláusula suelo abusiva⁶⁶.

IV.3.3. Ejecución ordinaria previa, con oposición, sin alegación de nulidad de cláusula suelo.

Existiendo una oposición a la ejecución previa, el ejecutado alegó motivos de oposición diferentes a la nulidad de la cláusula suelo. Si bien, y en comparación con el apartado anterior, resulta aquí más difícil debilitar la eficacia de cosa juzgada, también en este caso se podría argumentar a favor de la viabilidad de la posterior de alegación de nulidad de la cláusula suelo, en un segundo procedimiento posterior al de ejecución ordinaria. La razón sería que el art. 400.2 LEC excluye la posibilidad de solicitar, por efecto de cosa juzgada, lo que se podía haber pedido en un proceso anterior. Pero en este caso, si en el proceso de ejecución anterior se alegó, por ejemplo, nulidad del vencimiento anticipado y, en el declarativo posterior, la nulidad de la cláusula suelo, no habría identidad de petitums (pretensiones), no habiendo lugar a analizar la posibilidad de efecto de cosa juzgada entre los dos procesos.

⁶⁶ Siguiendo la tesis de SOLER SOLÉ (2017: 8-11), entre los diferentes argumentos que habilitarían la posibilidad de reclamar en una acción posterior la declaración de nulidad de una cláusula suelo, a una previa ejecución ordinaria, sería la STJUE (Sala Quinta), de 21 de noviembre de 2002, asunto C-473/00, COFIDIS S.A. contra Jean-Louis Fredout, en la que el TJ cuestiona la fijación de una preclusión temporal al control de abusividad, tanto de oficio como de parte, por degradar la posibilidad de protección del consumidor. Además, un segundo argumento sería que la posterior declaración de nulidad de una cláusula suelo y condena a la devolución de los cobros improcedentes no atentaría contra la integridad de la eficacia de ejecución previa, sino que la sentencia posterior sólo determinaría la cantidad a la que fuera condenado el acreedor, sin por ello conculcarse la efectividad del proceso de ejecución previo.

IV.3.4. Ejecución ordinaria previa, con oposición alegando nulidad de cláusula suelo.

La cuestión por dilucidar en este caso es si, habiéndose dirimido un proceso anterior en el que el demandante acciona la ejecución ordinaria y el demandado opone la nulidad de la cláusula suelo, podría el consumidor inicialmente demandado, ya en un proceso posterior, accionar la declaración de nulidad, de nuevo, de la cláusula suelo.

Para aclarar este punto hay que poner el art. 561.1 LEC en relación con el 447.4 LEC. Este último artículo niega el efecto de cosa juzgada en aquellas situaciones concretas que la propia ley los niegue. Y, el art. 561.1 LEC puede acotar los efectos del auto que resuelva la oposición a la ejecución a lo únicamente resuelto en el contexto de la ejecución, y no en el proceso declarativo posterior. Por otra parte, no conviene perder de vista la regla general del principio de seguridad jurídica por la que, cualquier resolución firme deviene en cosa juzgada.

Pero la literalidad del art. 561.1 LEC es dudosa, pues no es pacífica la interpretación de dicha norma. Si bien otros artículos como el 603 LEC o el 447.2 LEC son claros al respecto de negar el efecto de cosa juzgada a otras situaciones concretas que la de su propio ámbito, en el caso del 561.1 LEC es más dudosa, en especial cuando se refiere a “los meros efectos de ejecución”.

Con todo, el art. 561.1 LEC parece deducir la ausencia de cosa juzgada, lo que permitiría interponer un posterior proceso declarativo, aunque siempre debiendo salvarse otros límites que operarían, como la buena fe (art. 7 CC) o la prohibición por abuso de derecho (art. 247 LEC). Se debe precisar en este punto que, aceptada la posibilidad de interponer el segundo proceso declarativo de la nulidad de cláusula suelo, la STJUE de 21 de diciembre de 2016 supondría un hecho nuevo posterior (al primer proceso ejecutivo) a alegar en el este segundo procedimiento, que nos podría salvar del abuso de derecho que supondría la situación de reclamar la misma pretensión, con el mismo fundamento, buscando simplemente una segunda oportunidad de declaración de nulidad de la cláusula suelo.

En caso de prosperar y estimarse el segundo procedimiento declarativo, supondría un título judicial con el que exigir la devolución de las cantidades indebidamente cobradas, desde la fecha del contrato hasta la de la STS de 9 de mayo de 2013, no interfiriendo de ninguna manera con la ejecución previa.

IV.3.5. Ejecución hipotecaria previa con oposición, alegando nulidad de cláusula suelo.

En el caso de la ejecución hipotecaria, regula el art. 695.4 LEC, de manera muy diferente a la de la ejecución ordinaria (art. 561.1 LEC), tanto la apelación como el alcance expansivo del auto que se dicta en oposición. El mencionado art. 695.4 LEC establece claramente⁶⁷ que es posible interponer recurso de apelación contra el auto de sobreseimiento de ejecución, de desestimación de abusividad de una cláusula, o de inaplicación de una cláusula por abusividad.

Es decir, ahora, claramente, sólo los autos que no se refieren a la casuística que detalla el art. 695.4 LEC se circunscriben al proceso ejecutivo y no devienen en cosa juzgada, mientras que los que contempla el propio artículo en cuestión, solamente se pueden atacar por apelación, deviniendo en cosa juzgada en cualquier otro posterior nuevo procedimiento que quisiera interponerse que no fuera en instancia superior.

En este caso, cabría únicamente la vía de la apelación, si aún existen instancias superiores a las que recurrir.

IV.3.6. Renuncia extrajudicial a la reclamación de cobros indebidos anteriores a la STS de 9 de mayo de 2013.

Si las partes (entidad bancaria y deudor hipotecario) hubieran acordado, con renuncia expresa del consumidor, no reclamar los cobros indebidos anteriores a la STS de 9 de mayo de 2013, no opera en este caso la cosa juzgada, sino que interesa dilucidar si la renuncia del consumidor, en el ámbito de la libertad de disposición de las partes (art. 1255 CC) es definitiva.

Pero teniendo en cuenta los límites que establece el propio art. 1255 CC, ese pacto no puede ser contrario a la ley, a la moral ni al orden público. Por tanto, dicho pacto se podría entender que infringe el artículo 6 de la Directiva 93/13/CEE, que protege al consumidor desvinculándole de las cláusulas abusivas, artículo que el TJUE, en su sentencia de 21 diciembre de 2016,

⁶⁷ Tras la STJUE (Sala Primera), de 17 de julio de 2014, asunto C-169/14, Juan Carlos Sánchez Morcillo y María del Carmen Abril García contra BBVA S.A. que rechazó el régimen de recursos nacional del incidente de oposición de la ejecución hipotecaria, motivó la reforma del art. 695.4 LEC mediante Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre.

además ha interpretado como de orden público en su transposición a los ordenamientos internos⁶⁸.

También, este pacto puede resultar abusivo pues, en él, el banco puede hacer que el cliente firme haber sido informado de la cláusula suelo y sus efectos.

Por último, en defensa de la tesis de que este pacto entre las partes puede ser abusivo, el art. 10 del TRLCU fija que la renuncia a derechos que dicha norma atribuye a consumidores y usuarios es nula.

Tan sólo interesa contemplar la excepción del caso de acuerdos homologables en sede judicial. Esto es, si ambas partes acordaron, previo a la STJUE de 21 de diciembre de 2016, la restitución únicamente de las cantidades indebidamente cobradas a partir del 9 de mayo de 2013, la homologación de tal acuerdo en sede judicial tiene rango de sentencia, y una vez que deviene firme aplica la cosa juzgada.

IV.3.7. Responsabilidad del Estado por defectuosa aplicación del Derecho europeo.

Tras analizar las diferentes alternativas para la reclamación de cantidades indebidas, se concluye la imposibilidad de la revisión de sentencias firmes en el sistema jurídico interno español por cláusulas abusivas y, los muy probables efectos de cosa juzgada para reclamar cantidades indebidas desde la fecha del contrato, se hubieran solicitado anteriormente o no.

Resta analizar una última posibilidad: la responsabilidad del Estado juez por la defectuosa aplicación del Derecho europeo. Esta cuestión fue analizada con detalle en el apartado III de este estudio, y la conclusión fue clara: se produjo una infracción de la normativa europea suficientemente caracterizada, lo que permite exigir la responsabilidad del Estado juez.

Igualmente, se llegó a la conclusión de que dicha responsabilidad del Estado habilita al demandante a exigir una reparación íntegra del daño, lo que incluye:

⁶⁸ Igualmente establece la STJUE (Sala Primera), de 30 de mayo de 2013, C-488/11, Asbeek Brusse, de Man Garabito y Jahani BV.

- Cantidades cobradas indebidamente y no recuperadas, desde la fecha del contrato, por la declaración de nulidad de la cláusula suelo que nuestro TS resolvió erróneamente
- Los intereses legales
- Otros posibles gastos soportados en relación con el daño sufrido
- Posibilidad de acumular un daño moral, en relación con otros consumidores que vieron satisfechas sus pretensiones a través de órganos jurisdiccionales españoles que no siguieron la doctrina del TS de 2015.

IV.4. El Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo

El Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo aplica exclusivamente a consumidores prestatarios que hayan suscrito contratos de préstamo o crédito garantizados mediante hipoteca inmobiliaria que incluyan cláusula suelo.

Tal como el mismo Real Decreto-ley argumenta en su exposición de motivo, articula un cauce que permita a los consumidores llegar a acuerdos con sus respectivas entidades bancarias con las que tienen suscritos sus contratos de préstamo o crédito con garantía hipotecaria, con dos objetivos claros:

- Evitar la consabida avalancha de demandas judiciales,
- Reducir los costes de las reclamaciones que interpondrían los consumidores.

El Real Decreto-Ley destaca en cuatro aspectos:

1. Obliga a las entidades de crédito a implantar un procedimiento de reclamación extrajudicial, de carácter voluntario para el consumidor, en el plazo máximo de un mes. Mediante este procedimiento extrajudicial, la entidad bancaria que recibe la reclamación del consumidor debe calcular el importe a devolverle, más el interés legal correspondiente a dichas cantidades, notificando de ello oportunamente al reclamante, motivando su decisión si la entidad bancaria no considera oportuna la devolución de las cantidades reclamadas.

El plazo máximo de este procedimiento debe ser de tres meses, dentro del cuál, el consumidor tiene que manifestar si está de acuerdo o no con el cálculo realizado por la entidad bancaria.

El Real Decreto-Ley prevé la posibilidad del silencio negativo del banco.

2. Dado que el objetivo de este procedimiento extrajudicial es la descongestión de los juzgados ante la avalancha que se preveía de reclamaciones por cláusulas suelo, para incentivar este mecanismo se imponen costas al consumidor que acuda al posterior procedimiento judicial y no consiga una restitución económica mayor que la que podría haber obtenido en el procedimiento extrajudicial previo (art. 394.1 LEC). Sin embargo, si el consumidor consigue con la ulterior demanda judicial la misma cantidad que le ofertó el banco vía extrajudicial, tampoco se le condena al consumidor en costas salvo temeridad (art. 394.2 LEC).

En el mismo sentido, una entidad bancaria no asumiría las costas del procedimiento judicial en el que se allanara previo a la contestación de la demanda, pues no se considerará mala fe procesal y no se impondrán costas a ésta (art. 395.1 LEC), si el consumidor no hubiera tramitado la reclamación previa de carácter voluntario. Por el contrario⁶⁹, si existió acción extrajudicial previa que la entidad bancaria no atiende, allanándose previa a la contestación de la demanda, se entiende mala fe procesal y será

⁶⁹ AP de Cáceres (Sección 1ª). Sentencia 255/2016, de 8 de junio, rec. 299/2016.

condenada en costas, de acuerdo con la casuística que establece el art. 395.I.II LEC, que no debería ser en ningún caso limitada por el art. 4 del Real Decreto-Ley 1/2017.

3. Posibilidad de que consumidor y su entidad bancaria acuerden medidas compensatorias diferentes a la devolución en efectivo. Dicho acuerdo debe ser por escrito y documentado, con indicación expresa del plazo previsto para la restitución.
4. Posibilidad de que las partes incurso en otros procedimientos judiciales por cláusulas suelo suspendan de mutuo acuerdo dichos procedimientos para acogerse a este Real Decreto.

Este Real Decreto-ley nació lleno de tensiones y controversias, y no ha logrado el objetivo que se marcó. Por ejemplo, Consumo aconsejaba a los consumidores que se asesoraran antes de aceptar los acuerdos de devolución que le propusieran sus entidades bancarias⁷⁰. Además, se preparaban ya juzgados especializados en cláusula suelo por parte del Ministerio, lo que también hacía anticipar la dudosa prevista efectividad de acuerdo extrajudicial. También la diputada socialista Margarita Robles defendía la efectividad del Real Decreto aludiendo a que “si muchos pensaban que se iban a lucrar a costa de Real Decreto, ya se veía que con este no iba a ser así”⁷¹. Incluso FACUA advertía por otra parte de que algunos despachos de abogados estaban imponiendo condiciones desproporcionadas para defender a consumidores⁷² y, más recientemente, el informe anual de 2017 del Defensor del Pueblo en funciones, Francisco Fernández Marugán, tilda de fracaso el Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero⁷³.

⁷⁰ El mismo 23 de enero de 2017, recién aprobado el Real Decreto-ley, se publicaba en el diario La Nueva España que la Agencia de Sanidad Ambiental y Consumo del Principado de Asturias recomendaba a todas las personas afectadas por cláusula suelo que se asesoraran cuidadosamente sobre sus derechos como consumidores, y sobre las cantidades que le correspondían, antes de aceptar las cantidades fruto de acuerdos extrajudiciales de devolución que les ofrecieran sus bancos.

⁷¹ Explica JUAN GÓMEZ (2017: 3-4), en su artículo doctrinal, cómo la tensión que generó este Real Decreto-ley motivó a muchos de los agentes implicados a atacarse unos a otros como forma de justificar sus respectivas posiciones y salir al paso de las críticas que estaba generando.

⁷² Alerta FACUA de despachos de abogados que incluso llegan a quedar con todo el dinero de la cláusula suelo: *FACUA advierte de despachos de abogados que llegan a quedarse con todo el dinero de la cláusula suelo*. Sitio web de FACUA [online] [consultado en 13/05/2018]. Acceso en: www.facua.org

⁷³ En la noticia *El Defensor del Pueblo se suma a la tesis de ADICAE y exige medidas para impulsar el Real Decreto-ley en Cláusulas Suelo*, se detalla cómo la oficina del Defensor del Pueblo tramitó en 2017 un total de 25.776 expedientes, de los cuales 24.976 era quejas, entre las que se detectaban graves problemas con la Justicia, aludiendo a los que ADICAE ya llevaba tiempo notificando, en relación con las cláusulas suelo. El Defensor del Pueblo tilda abiertamente de “fracaso” el Real Decreto-ley de 2017, pues se superaban ya, en diciembre de 2017, las 156.000 demandas por cláusulas suelo, lo que estaba ocasionando un claro problema de desbordamiento de los tribunales. Explicaba el Defensor del Pueblo que perjudicados quedaban en manos de la banca y de los juzgados,

Hoy en día, dicho Real Decreto-Ley 1/2017 ha demostrado ser infructuoso, pues el número de litigios por cláusulas suelo ha resultado ser enorme, con los juzgados creados ad-hoc desbordados, dado que las entidades bancarias no han hecho sino poner obstáculos a la devolución de las cantidades realmente adeudadas, al suponer esta situación un perjuicio elevado para sus cuentas. Esta situación se traduce en un perjuicio para los afectados, que ven enlentecidos su tutela efectiva.

Resulta, además, especialmente llamativo y hasta criticable el hecho de que sea la entidad bancaria la que realice el cálculo de cantidad a devolver que estime oportuno, y que no exista tampoco una sanción para las entidades que infrinjan dicha norma o que no devuelvan las cantidades pactadas al consumidor, más los intereses, en el plazo de mínimo de tres meses, según establece el art. 3.4.d) del Real Decreto-Ley.

IV.4.1. Afectación en el IRPF de la devolución en efectivo y en especie.

El Real Decreto-Ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo contiene en su disposición final primera una nueva disposición adicional a la Ley 35/2006, de 28 de noviembre del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio, estableciendo el tratamiento de las devoluciones correspondientes a cláusulas suelo en préstamos hipotecarios bancarios, sea por acuerdos con las entidades financieras, o por sentencias judiciales o laudos arbitrales.

El efecto principal del tratamiento de las cantidades devueltas previamente satisfechas, y de sus intereses es, en cuanto a impuesto sobre la renta de las personas físicas se refiere (en adelante, IRPF), que no se integran en la base imponible del impuesto.

El tratamiento fiscal que se articula para las cantidades e intereses devueltos es el siguiente:

a través de dicho Real Derecho-ley, sin una solución clara, pues sólo una minoría veían satisfechas sus pretensiones de manera extrajudicial. Se señala que las entidades bancarias están utilizando este mecanismo extrajudicial como un camino de desincentivación, por el que alargar en el tiempo las reclamaciones todo lo posible. Se hace evidente también en este informe la falta de voluntad de los bancos para cerrar acuerdos, pues el 98% de las sentencias dieron la razón a los consumidores, contrastando con el dato de que el 87% de las reclamaciones extrajudiciales fueron denegadas por los bancos.

- Si tales cantidades hubieran formado parte, en ejercicios anteriores no prescritos, de la base deducible por inversión en vivienda habitual o por deducciones legisladas en la Comunidad Autónoma, se compensarán incrementando la cuota líquida devengada en el ejercicio en el que se hubiera alcanzado acuerdo con la entidad bancaria con las cantidades indebidamente deducidas anteriormente.

No se adicionará la parte correspondiente a las cantidades devueltas que se dediquen a minorar el principal del préstamo.

En la misma línea, las cantidades mencionadas, pero en este caso, correspondientes a ejercicios no autoliquidados aún por el contribuyente, no se adicionarán a la base deducible por inversión en vivienda habitual ni autonómica.

- Si tales cantidades se consideraron gasto deducible en anteriores ejercicios, la Administración recuperará la deuda que dicha deducción beneficiara al contribuyente, sobre los ejercicios no prescritos, mediante autoliquidación complementaria.

V. OTRAS CLAUSULAS ABUSIVAS

Con la intención de obtener una visión más amplia del concepto de cláusula abusiva, sus diferentes tipologías y casuísticas, y aspectos relevantes y características que determinan justamente su declaración de abusividad, se analizan a continuación algunas de las muy variadas cláusulas que a fecha de hoy se encuentran dentro del citado conjunto, en ámbito del contrato de hipoteca

V.1. Préstamos multidivisa.

El préstamo multidivisa es un préstamo con garantía hipotecaria de interés variable en el que el prestatario selecciona, de entre una serie de divisas posibles, aquella a la que se referencia el capital y las amortizaciones periódicas. Igualmente, el tipo de interés se calcula normalmente sobre un índice de referencia distinto al Euribor.

De ese modo, tomando como referencia una divisa de un país con tipos de interés inferiores a la zona euro, el prestatario tiene la posibilidad de conseguir condiciones más ventajosas en su préstamo.

La STJUE de 30 de abril de 2014 obliga al control de transparencia de las cláusulas multidivisa, que resultan ser de especial complejidad. Dicha sentencia incide de manera especial en la claridad gramatical con que deben redactarse estas cláusulas multidivisa, el mecanismo que supone la conversión de divisas, y las consecuencias económicas que conlleva este contrato. Y es que, el riesgo de este tipo de préstamos radica en la variabilidad del tipo de interés, y en la del tipo de cambio de divisa seleccionada, que pueden provocar que, si la divisa utilizada se aprecia en un instante de tiempo determinado frente al euro, el prestatario debe mayor capital que el que debía tiempo atrás.

Se declara la abusividad de este tipo de cláusulas por vicio del consentimiento, si el prestatario no recibió suficiente información de la entidad bancaria prestamista de este tipo de contrato y sus riesgos, lo que puede originar la nulidad parcial⁷⁴ del préstamo hipotecario suscrito, o incluso la nulidad total. Sin embargo, no supone vicio del consentimiento ni acarrea nulidad de

⁷⁴ La Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia, nº 84 de Madrid, sentencia de 12 de mayo de 2014, estima la nulidad parcial para menor perjuicio del demandante consumidor, que se vería abocado a devolver íntegramente el préstamo, y de una sola vez, ante la declaración de nulidad contractual.

pleno derecho la falta de información del prestador al prestatario cualificado que dispone de suficientes conocimientos para entender el producto ofrecido, pero que no obtiene ganancia final, sino pérdidas, de este tipo de contrato⁷⁵.

V.2. Cláusulas de vencimiento anticipado.

Entre otros, se considera abusiva la cláusula de vencimiento anticipado en los siguientes casos:

- Cuando se ejecuta la cláusula por incumplimiento de condiciones no esenciales, sino accesorias, del contrato, y en esos términos los expresa la Resolución de la DGRN de 8 de junio de 2011, o la STS, Sala 1ª (Pleno). Sentencia num. 705/2015, de 23 de diciembre, Rec. 2658/2013.
- Por embargo de bienes o empeoramiento de la solvencia del prestatario⁷⁶.
- Por imposibilidad de inscribirse la garantía hipotecaria en Registro⁷⁷.
- Por fallecimiento del fiador o deudor, y es que el art. 1112 CC establece la transmisión de derechos y obligaciones, pudiendo los herederos subrogarse en ellos.
- Por la sola causa de la declaración del fiador o deudor en concurso de acreedores, tal como establece el art. 61.3 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

V.2.1. Cláusula de vencimiento anticipado por impago de tres o más mensualidades.

Si bien la legislación española establece como no abusiva la cláusula de vencimiento anticipado que, por impago de una sola cuota, dicho pago no fuera mensual sino cada tres o más meses⁷⁸,

⁷⁵ Caso de la SAP de Madrid, Sección 19ª, 259/2013, de 17 de julio (Rec. 273/2013) que considera que un abogado especialista en derecho inmobiliario no puede alegar error del consentimiento, debido a sus propios conocimientos en la materia.

⁷⁶ El art. 1129 CC prevé el vencimiento anticipado del préstamo hipotecario si el deudor resulta insolvente, salvo que garantice la deuda, pero no por ello puede quedar en manos de la entidad bancaria, a su discreción, la ejecución de la cláusula de vencimiento anticipado.

⁷⁷ Siendo constitutiva la inscripción de hipoteca en el Registro de la Propiedad (art. 145 LH y 1875 CC), si el prestamista no se aseguró de que el contrato resultaba inscribible en Registro, éste no puede ejecutar la cláusula de vencimiento anticipado si no es responsabilidad del prestatario la imposibilidad de inscripción mencionada, y así lo dictamina la STS, Sala 1ª, Sentencia num. 792/2009, de 16 de diciembre, Rec. 2114/2005.

⁷⁸ RDGRN de 24 de marzo de 2014. Regula el art. 693.2 LEC que se puede reclamar el montante de lo adeudado más los intereses cuando se ha pactado el vencimiento total por impago de, al menos, tres mensualidades o bien,

en la práctica no se aplica dicha literalidad, ya que el Auto del TJUE, Sala Décima, de 17 de marzo de 2016 aclara que los arts. 3 y 4^a, apartados 1^a de la Directiva 93/13/CEE impiden la apreciación de abusividad por el juez de nacional de la cláusula de vencimiento anticipado en los términos que establece el art. 693 LEC.

En definitiva, en esta materia se aplica un criterio de proporcionalidad⁷⁹, siendo necesario que el impago del prestatario cause un desequilibrio importante entre sus respectivos derechos y obligaciones⁸⁰. Sólo ante el incumplimiento de algún elemento esencial del contrato, la gravedad del incumplimiento en proporción a la cuantía y duración del préstamo, así como la posición del consumidor en cuanto a capacidad de evitar la situación de impago devendrán en la posibilidad de vencer anticipadamente la cantidad adeudada por parte del acreedor (Tribunal Supremo (Sala 1^a). Sentencia num. 79/2016, de 18 de febrero, Rec. 2211/2014).

V.3. Cláusula que repercute la totalidad de los gastos y tributos provenientes del contrato, sobre el deudor.

Tanto la SAP Madrid, Sección 28, Sentencia num. 242/2013, de 26 de julio, Rec. 161/2012 como el art. 89 TRLDCU establecen claramente que la cláusula que impone que el consumidor asuma los tributos en los casos en que el empresario es el sujeto pasivo es abusiva. Ya la Directiva 93/13/CEE establece en su art. 3.1 que el desequilibrio que conlleva la cláusula que repercute todos los gastos sobre el consumidor, debe de ser importante, habiendo resuelto la STJUE, Sala 1^a, de 16 de enero de 2015 que dicho desequilibrio no tiene por qué ser importante desde un punto de vistas económico, sino que basta con que conlleve un desequilibrio significativo en la relación jurídica que implica a consumidor y profesional.

un número de cuota cuyo incumplimiento suponga al menos tres meses de impago, constando dicho pacto en escritura de constitución y en asiento registral.

⁷⁹ ACHÓN BRUÑÉN (2017C: 3).

⁸⁰ SAP Pontevedra, Sección 1^a, de 14 de mayo de 2014 establece como abusivo el impago de cuatro mensualidades, que suponen una cantidad del 1.28% del total. Sin embargo, la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona, de 5 de mayo de 2014, dictamina que el impago de cinco cuotas, que ascienden al 1.38% del total de plazos acordados, no supone un incumplimiento grave, teniendo en cuenta que se ha pactado la deuda a treinta años.

Por ejemplo⁸¹, son nulas las cláusulas que obligan al consumidor a asumir los costes notariales⁸² y registrales, así como el pago de impuestos de actos jurídicos documentados, siendo el banco sujeto pasivo en la relación contractual. Igualmente, la jurisprudencia ha otorgado el carácter de abusivo a la cláusula que repercute gastos y tributos por inscripción en el Registro de la Propiedad⁸³ y expedición de primera copia al hipotecante, por vulnerar el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

En general, la normativa deposita la responsabilidad de pago de gastos contractuales al solicitante del servicio, y en el caso de préstamo hipotecario, la garantía se establece a favor del prestamista.

⁸¹ España. Tribunal Supremo, Sala 1ª, Sentencia núm. 705/2015, de 23 de diciembre, Rec. 2658/2013.

⁸² La norma 6ª, Anexo II, Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios.

⁸³ España. SAP Pontevedra, Sección 1ª, Sentencia núm. 309/2016, de 9 de junio, Rec. 378/2016.

VI. CONCLUSIONES

A la vista de la situación provocada por las divergencias que el propio TS ha generado a través de las diferentes sentencias que han ido marcando la dinámica de los acontecimientos, amplificadas por las decisiones tomadas por el TJUE en contradicción con aquellas, hasta terminar con la conformación de un fracasado Real Decreto-ley de 2017, que no cumple con el mandato constitucional que impone el art. 51 CE que exige a los diferentes poderes públicos asegurar la defensa de los consumidores y usuarios, se proponen otras alternativas que podrían haber dado solución al problema de las cláusulas suelo, y de otras posibles cláusulas que se declaren abusivas en el futuro:

- I. Tras la sentencia del TJUE, de 21 de diciembre de 2016, que resuelve sin margen de dudas en la línea de devolver los pagos indebidos desde el inicio del contrato, una solución óptima al problema generado por el TS hubiera podido ser la del recurso de revisión, vía art. 510 LEC.

La posibilidad del recurso de revisión habría permitido al TS sentar doctrina sobre la manera de restituir a los consumidores afectados por las cláusulas suelo desde el inicio del contrato, atendiendo al dictamen del TJUE, evitando la judicialización masiva, tardía (porque podría haberse resuelto de mejor manera y antes), inoportuna (porque no termina de resolver el problema) y que no beneficia a nadie, salvo probablemente al sistema bancario que consigue retrasar en el tiempo su devolución.

- II. Generado el problema, a la vista está que la solución de crear unos juzgados especializados en cláusulas suelo no han resuelto la lentitud con la que nuestros órganos jurisdiccionales están atendiendo la masiva demanda de cláusulas suelo en la actualidad.

Si, inicialmente, la competencia para resolver las demandas por cláusulas suelo correspondía a los Juzgados de los Mercantil y, tras la reforma de la LOPJ de 2015, pasó a manos de los Juzgados de Primera Instancia con la intención de descongestionar el sistema, fue tras el acuerdo de mayo de 2017 del CGPJ cuando se atribuyeron competencias a los 54 juzgados de capitales de provincia, especializados en cláusulas suelo. Esta solución ha degenerado en un problema, al crear un embudo para la solución de un problema acuciante, como ha sido el que se generó en este caso de las cláusulas suelo.

Por lo tanto, una posible solución a esta situación de colapso de los tribunales encargados de dirimir estas demandas en la actualidad podría ser la de suspender el acuerdo del CGPJ para devolver la competencia a los Juzgados de Primera Instancia. En el sistema ordinario, la acumulación de procesos de similar naturaleza, como son los asuntos de cláusulas suelo, podrían agilizar enormemente la tramitación de estos, frente a la situación actual.

- III. El sistema extrajudicial de reclamación, articulado por el Real Decreto-ley de 2017, ha perdido su utilidad de base, en lo que pretendía ser su razón de origen: articular un mecanismo eficaz, que evitara que una avalancha de demandas judiciales colapsase los órganos jurisdiccionales, para resolver el problema de devolución de las cantidades pagadas indebidas. Ese Real Decreto-ley, podemos afirmar hoy con toda tranquilidad, a la vista de sus resultados, que ha sido un fracaso.

Atajar dicho problema y solucionarlo, podría ser nuevamente una solución al problema de colapso judicial creado. Por tanto, una Comisión de seguimiento de las reclamaciones de cláusulas suelo podría reorientar de forma diligente y contundente la situación, desplegando las medidas necesarias para encauzar la actitud de las entidades bancarias. Medidas que animaran, o mejor dicho, obligaran a la banca a llegar a acuerdos objetivos, realistas y sinceros con sus clientes, a los que han perjudicado por el uso abusivo de las cláusulas suelo, aceleraría la convergencia a la solución del problema (la restitución del daño), mejorando la imagen de marca de las entidades bancarias de puertas adentro y afuera, desatascando el sistema judicial y aproximándose al momento temporal en el que el problema caótico que han generado las cláusulas suelo fueran un mal recuerdo del mal hacer de nuestros tres poderes públicos, y del sistema bancario español, del pasado.

- IV. Llama poderosamente la atención, en todo este asunto de las cláusulas suelo, la actuación tibia del Banco de España en el antes, durante y después del problema de las cláusulas suelo. Si ya tuvo que emitir un informe a instancias del Pleno del Senado en septiembre de 2009, en el que arrojó poca luz a una solución anticipada del problema que estaban generando este tipo de cláusulas, en la actualidad, y ante la actuación esquiva de dichas entidades bancarias que mal usan el Real Decreto-ley de 2017 en su favor, una vez más, y en perjuicio del resto de agentes, ya sean consumidores, o recursos públicos como es nuestro sistema judicial, lo cierto es que el Banco de España podría abrir expedientes a aquellas entidades que, de forma objetiva y a la luz de las estadísticas, están provocando

que consumidores insten finalmente la acción judicial. La pasividad de las entidades bancarias por llegar a un acuerdo eficaz que ponga fin al problema de sus clientes bien podría ser sancionada por el Banco de España. Las entidades bancarias que originariamente crearon el problema, en la actualidad no están actuando con diligencia para solucionarlo, sino más bien amplificándolo. Es evidente que a los bancos les está resultando barato y beneficioso acudir a los tribunales en materia de cláusulas suelo.

V. Para solucionar el problema de colapso de las cláusulas suelo se recurrió a un sistema de resolución extrajudicial: el Real Decreto-ley de 2017. Esta solución ad-hoc, que ha resultado ser un gran fracaso, marginó al resto de sistemas de resolución extrajudicial existentes en nuestro sistema: mediación y arbitraje, ya implantadas en España en la resolución de discrepancias en el ámbito del consumo. Sin embargo, y en la actualidad, siguen siendo las grandes olvidadas una vez más y, en este caso particular también, como es el de las cláusulas suelo. Su complementariedad bien articulada, e incluso obligada en este caso, podría haber sido solución al problema que la realidad demuestra que permanece sin resolver.

VI. Nuestro sistema judicial ya ha articulado otro tipo de soluciones en años recientes para agilizar nuestro maltrecho sistema jurisdiccional, que padece un problema de colapso bien conocido. La Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria ya dio juego a otros agentes como Notarios y Secretarios Judiciales a la hora de tramitar de manera más rápida ciertos problemas litigiosos. ¿No podrían otros agentes como Notarios, Registradores, Fiscales, etc, formar parte de un sistema judicial más garantista, que atajara el problema de las cláusulas abusivas con más solvencia, más velocidad, y con mayor previsión?

VII. Se siguen observando inquietantes contradicciones⁸⁴, tal como interpreta la doctrina actual⁸⁵, en materia de cláusulas abusivas, entre las sentencias que continúa emitiendo el

⁸⁴ La STS, Sala 1ª, Num. 558/2017, de 16 de octubre, Rec. 225/2015, resuelve el acuerdo de novación al que, posteriormente a un contrato de cláusula suelo, llegaron el prestatario y la entidad bancaria, declarando dicho acuerdo posterior nulo, al basarse en una cláusula nula, de pleno derecho, como es la citada cláusula suelo, en base al concepto de orden público que introduce en nuestro ordenamiento interno el art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE. Sin embargo, la posterior STS Sala 1ª, Num. 205/2018, de 11 de abril, Rec. 751/2017, declara válido el acuerdo transaccional posterior, sobre una cláusula nula como es de nuevo la cláusula suelo, convalidando la cláusula nula por un acuerdo más favorable para el consumidor que concertaron entidad bancaria y prestatario.

⁸⁵ Siguiendo a SÁNCHEZ GARCÍA, J.M. Cláusulas Suelo: de nuevo sobre la validez de los acuerdos extrajudiciales. Breves comentarios a la sentencia del TS de abril de 2018. Revista de Derecho vLex. [en línea]. Nº 167, la consideración de norma de orden público e imperativa que adquiere el art. 6.1 de la directiva 93/13/CEE en la transposición a nuestro ordenamiento jurídico nacional motiva la nulidad de pleno derecho, radical, de aquellas cláusulas consideradas abusivas, en base a nuestros arts. 6.3 y 1255 CC. Por lo tanto, querer realizar una

TS. Nos encontramos nuevamente, por tanto, ante situaciones ya descritas, en las que surge un voto particular⁸⁶ que representan serias dudas en cuanto a la precisión de la resolución que adopta nuestro TS, que no plantea cuestión prejudicial ante el TJUE. Parece que nos tendremos que conformar con esos votos particulares para que sean otras instancias españolas, en futuros procesos jurisdiccionales, los que planteen cuestiones prejudiciales para resolver las lagunas e incertidumbres que se plantean en torno a este interesante campo de las cláusulas abusivas.

transacción entre consumidor y entidad bancaria donde ambas partes renuncien a los efectos ex tunc de la cláusula suelo, corregida por el TJUE la sentencia en la que nuestro TS declaró erróneamente la irretroactividad de dichas cláusulas, resultar a todas luces ser un acuerdo erróneo que contraviene los límites del art. 1255 CC, por cuestión de orden público, por tanto.

⁸⁶ El Magistrado Javier Orduña emite voto particular en la STS Sala 1ª, Num. 205/2018, de 11 de abril, Rec. 751/2017.

BIBLIOGRAFIA

A. Legislación

➤ Comunitaria

Unión Europea. Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores. *Diario Oficial de la Unión Europea L 095*, 21 de abril de 1993, pp 29-34.

➤ Nacional

España. Decreto de 8 de febrero de 1946, por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria. *Boletín Oficial del Estado*, de 27 de febrero de 1946.

España. Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. *Boletín Oficial del Estado*, de 2 de julio de 1985, num. 157.

España. Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. *Boletín Oficial del Estado*, de 20 de octubre de 1993.

España. Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación. *Boletín Oficial del Estado*, de 14 de abril de 1998, num. 89.

España. Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. *Boletín Oficial del Estado*, de 8 de enero de 2000, num. 7.

España. Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. *Boletín Oficial del Estado*, de 10 de julio de 2013.

España. 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. *Boletín Oficial del Estado*, de 30 de noviembre de 2007, num. 287.

España. Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social. *Boletín Oficial del Estado*, de 15 de mayo de 2013, num. 116.

España. Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo. *Boletín Oficial del Estado*, de 21 de enero de 2017, num. 18, pp. 5379-5386.

España. Real Decreto-ley 536/2017, de 26 de mayo que crea y regula la Comisión de seguimiento, control y evaluación prevista en el Real Decreto-ley 1/2017, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo, y por el que se modifica el artículo 6 del Real Decreto 877/2015, de 2-10-2015, de desarrollo de la Ley 26/2013, de 27-12-2013, de cajas de ahorro y fundaciones bancarias. *Boletín Oficial del Estado*, de 27 de mayo de 2017, num. 126, pp. 42963-42967.

B. Jurisprudencia

➤ **Tribunales españoles**

○ **Tribunal Constitucional**

España. Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia de 39/1995, de 13 de febrero 1995 (RTC 1995, 39) [consultado 29 de marzo 2018]. Disponible en www.aranzadi.com

España. Tribunal Constitucional (Pleno). Auto de 4 de abril de 2017, Rec. 7/2017. [consultado 29 de Abril 2018]. Disponible en www.aranzadi.com

○ **Tribunal Supremo**

España. Tribunal Supremo, Sala 1ª. Sentencia num. 792/2009, de 16 de diciembre, Rec. 2114/2005 [consultado 3 de junio 2018]. Disponible en www.aranzadi.com

España. Tribunal Supremo. Sala 1ª. Sentencia num. 139/2015, de 25 marzo (RJ 2015, 735) [consultado 29 de marzo 2018]. Disponible en www.aranzadi.com

España. Tribunal Supremo, Sala 1ª (Pleno). Sentencia num. 705/2015, de 23 de diciembre, Rec. 2658/2013 [consultado 2 de junio 2018]. Disponible en www.aranzadi.com

España. Tribunal Supremo (Sala 1ª). Sentencia num. 328/2016, de 4 de febrero, Rec. 2495/2013 [consultado 7 de mayo 2018]. Disponible en www.aranzadi.com

España. Tribunal Supremo (Sala 1ª). Sentencia num. 79/2016, de 18 de febrero, Rec. 2211/2014 [consultado 3 de junio 2018]. Disponible en www.aranzadi.com

España. Tribunal Supremo (Sala 1ª). Sentencia num. 367/2016, de 3 de junio, Rec. 2121/2014 [consultado 5 de abril 2018]. Disponible en www.aranzadi.com

España. Tribunal Supremo (Sala 1ª). Sentencia num. 558/2017, de 16 de octubre, Rec. 225/2015 [consultado 3 de junio 2018]. Disponible en www.aranzadi.com

España. Tribunal Supremo (Sala 1ª). Sentencia num. 205/2018, de 11 de abril, Rec. 751/2017 [consultado 3 de junio 2018]. Disponible en www.aranzadi.com

○ **Audiencias Provinciales**

España. AP de Madrid, Sección 28ª, Sentencia 75/2007, de marzo 2007, Rec. 333/2006 [consultado 6 de mayo 2018]. Disponible en www.aranzadi.com

España. AP de Cáceres (Sección 1ª). Sentencia num. 57/2013, de 13 de febrero. Rec. 57/2013 [consultado 26 de abril 2018]. Disponible en www.aranzadi.com

España. Tribunal Supremo. Sentencia num. 241/2013, de 9 mayo (RJ 2013, 3088) [consultado 29 de marzo 2018]. Disponible en www.aranzadi.com

España. AP de Pontevedra (Sección 1ª). Sentencia num. 446/2013, de 29 de noviembre. Rec. 517/2013 [consultado 15 de abril 2018]. Disponible en www.aranzadi.com

España. AP de Albacete (Sección 1ª). Sentencia num. 55/2015, de 13 de marzo. Rec. 292/2014 [consultado 2 de mayo 2018]. Disponible en www.aranzadi.com

España. AP de Asturias, Oviedo (Sección 1ª). Sentencia num. 174/2016, de 6 de junio. Rec. 495/2015 [consultado 15 de abril 2018]. Disponible en www.aranzadi.com

España. AP de Zaragoza (Sección 5ª). Sentencia 156/2016, de 14 de marzo de 2016, Rec. 105/2016) [consultado 27 de abril 2018]. Disponible en www.aranzadi.com

España. AP de Cáceres (Sección 1ª). Sentencia num. 255/2016, de 8 de junio, rec. 299/2016 [consultado 1 de mayo 2018]. Disponible en www.aranzadi.com

España. SAP Pontevedra, Sección 1ª, Sentencia núm. 309/2016, de 9 de junio, Rec. 378/2016. Disponible en www.aranzadi.com

España. AP de Asturias (Sección 4ª). Sentencia num. 226/2016, de 16 de junio, Rec. 47/2016 [consultado 20 de abril 2018]. Disponible en www.aranzadi.com

AP de Zaragoza (Sección 5ª). Sentencia num. 558/2016, de 22 de noviembre de 2016, Rec. 494/2016 [consultado 28 de abril 2018]. Disponible en www.aranzadi.com

- **Juzgados de Primera Instancia**

España. Juzgado de lo Mercantil num. 2 de Alicante/Alacant, Sentencia 201/2011 de 23 de junio 2011, Proc. 407/2010 [consultado 7 de mayo 2018]. Disponible en www.aranzadi.com

- **Tribunales internacionales**

- **Tribunal de Justicia de la Unión Europea**

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Srl Cilfit y Lanificio di Gavardo SpA contra el Ministerio de Sanidad, de 6 de octubre 1982 (283/81).

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Pleno) [versión electrónica – base de datos Aranzadi]. Caso Andrea Francovich y otros contra República Italiana. Sentencia de 19 de noviembre 1991 [consultado 25 de marzo 2018]. Disponible en www.aranzadi.com

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Pleno) [versión electrónica – base de datos Aranzadi]. Caso Brasserie du pêcheur y Factortame contra la República Federal de Alemania. Sentencia de 5 de marzo 1996 [consultado 25 de marzo 2018]. Disponible en www.aranzadi.com

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala Quinta), asunto C-473/00, COFIDIS S.A. contra Jean-Louis Fredout. Sentencia de 21 de noviembre de 2002 [consultado 8 de mayo 2018]. Disponible en www.aranzadi.com

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Pleno) [versión electrónica – base de datos Aranzadi]. Caso Gerhard Köbler contra Austria. Sentencia de 30 de septiembre 2003 [consultado 25 de marzo 2018]. Disponible en www.aranzadi.com

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala Primera) [versión electrónica – base de datos Aranzadi]. Sentencia Intermodal Transports, de 15 de septiembre 2005 (C-495/03) [consultado 12 de marzo 2018]. Disponible en www.aranzadi.com

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Caso Traghetti Mediterráneo. Sentencia de 16 de junio 2006 (C-173/09) [consultado 6 de marzo 2018]. Disponible en www.aranzadi.com

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera), de 6 de octubre de 2009. Austurcom Telecomunicaciones SL contra Cristina Rodriguez Nogueira. Asunto C-40/08 [consultado 5 de mayo 2018]. Disponible en www.aranzadi.com

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera), de 3 de junio de 2010, C-484/08, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid contra Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc) [consultado 6 de abril 2018]. Disponible en www.aranzadi.com

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera), de 30 de mayo de 2013, C-488/11, Asbeek Brusse, de Man Garabito y Jahani BV [consultado 13 de mayo 2018]. Disponible en www.aranzadi.com

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera), de 17 de julio de 2014, asunto C-169/14, Juan Carlos Sánchez Morcillo y María del Carmen Abril García contra BBVA S.A [consultado 10 de mayo 2018]. Disponible en www.aranzadi.com

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda) [versión electrónica – base de datos Aranzadi]. Caso Joao Filipe Ferreira da Silva e Brito y Otros, Estado portugués. Sentencia de 9 diciembre 2015 [consultado 12 de marzo 2018]. Disponible en www.aranzadi.com

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) [versión electrónica – base de datos Aranzadi]. Caso Francisco Gutiérrez Naranjo y Otros, Cajasur Banco, S.A.U. y Otros. Sentencia de 21 diciembre 2016 [consultado 12 de marzo 2018]. Disponible en www.aranzadi.com

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera) [versión electrónica – base de datos Aranzadi]. Asunto C-421/14. Caso Banco Primus S.A. y Jesús Gutiérrez García. Sentencia de 26 enero 2017 [consultado 15 de marzo 2018]. Disponible en www.aranzadi.com

C. Doctrina

ACHÓN BRUÑÉN, M^aJ. (2017), Efectos de la STJUE de 21 de diciembre de 2016: supuestos en que va a ser posible reclamar todas las cantidades indebidamente pagadas por la aplicación de la cláusula suelo y casos en que no. *Diario La Ley, Sección Doctrina*, [en línea]. N^o 8904. [consulta: 17 de marzo de 2018]. Disponible en : www.laleydigital.es

ACHÓN BRUÑÉN, M^aJ. (2017), *Las reclamaciones por cláusulas suelo y otras muchas cláusulas abusivas en las escrituras de hipoteca. Tras la Sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016 y el Real Decreto-Ley 1/2017, de 20 de enero*, Madrid, Dykinson, págs. 13-205

ACHÓN BRUÑÉN, M^aJ. (2017), Análisis de las distintas cláusulas de vencimiento anticipado que se pueden considerar abusivas en las escrituras de hipoteca. *Práctica de Tribunales*, Nº 126, Wolters Kluwer.

BERROCAL LANZAROT, A.I. 2017. Cuestiones varias en torno a la situación jurídica del fiador. *Cuadernos de Derecho y Comercio*, [en línea]. Nº 67. [consulta: 18 de marzo de 2018]. Disponible en <http://www.vlex.com>

CALATAYUD PRATS, I. 2017. La responsabilidad patrimonial del estado Juez por incumplimiento de la obligación de plantear la cuestión prejudicial. A propósito de la Sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016, sobre cláusulas suelo. *Revista Aranzadi Unión Europea*, [en línea]. Nº 3/2017. [consulta: 12 de marzo de 2018]. Disponible en www.aranzadi.com

COBREROS MENDAZONA, E. 2016. Un paso más en la consolidación de la responsabilidad patrimonial de los estados por incumplimiento judicial del derecho de la unión europea (y en el reforzamiento de la cuestión prejudicial): la sentencia Ferreira Da Silva. *Revista Española de Derecho Europeo*, [en línea]. Nº 58. [consulta: 9 de marzo de 2018]. Disponible en www.aranzadi.com

Control de la validez de condiciones generales y cláusulas abusivas. Nuevos clásicos. Derecho de Contratos (2017) [consulta: 9 de marzo de 2018]. Disponible en www.aranzadi.com

GABEIRAS VÁZQUEZ, P. Las hipotecas multidivisa y la obligatoriedad de elevar cuestión prejudicial en evitación de la ulterior responsabilidad patrimonial del Estado. *Actualidad Civil*, [en línea] Nº 6. [consulta: 19 de marzo de 2018]. Disponible en www.laleydigital.es

JUAN GÓMEZ, M.C. 2017. Cláusulas suelo: crónica de una inseguridad jurídica. *Actualidad Civil*, [en línea] N° 2. [consulta: 16 de marzo de 2018]. Disponible en www.laleydigital.es

LACABA SÁNCHEZ, F. 2017. El deber de información y el proceso de ejecución hipotecaria español. *Revista de derecho vLex*, [en línea] N° 154. [consulta: 9 de marzo de 2018]. ISSN: 2462-3423. Disponible en www.vlex.com

MARÍN NARROS, H.D. 2017. Retroactividad, cosa juzgada, consideración de la condición de consumidor y superación del control de transparencia en los casos de cláusulas suelo según la doctrina contenida en las STJUE de 21 de diciembre de 2016, SSTs de 18 de enero de 2017, de 24 de febrero de 2017, de 9 de marzo de 2017 y ATS de 4 de abril de 2017. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 763. [consulta: 15 de marzo de 2018]. ISSN: 0210-0444. Disponible en www.vlex.com

MARQUÉS MOSQUERA, C. 2014. Las cláusulas suelo. *Cuadernos de Derecho y Comercio*, [en línea]. N° Extraordinario - 2014 [consulta: 7 de abril de 2018]. Disponible en : <http://www.vlex.com>

MENSION COLL, M. 2017. Las cláusulas suelo. Un análisis económico, jurídico y fiscal. *Actum Inmobiliario Urbanismo*, [en línea] N° 40, pp 81-92. [consulta: 19 de marzo de 2018]. Disponible en <http://www.elderecho.com>

PAZOS CASTRO, R. La retroactividad de la nulidad de la cláusula suelo según el TJUE: luces y sombras. STJUE de 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15: Gutiérrez Naranjo y otros. *La Ley Inición Europea*, [en línea]. N° 45. [consulta: 18 de marzo de 2018]. Disponible en www.laleydigital.es

PRENDES VALLE, M. Cláusulas suelo: Cosa juzgada en el marco de acciones colectivas, revisión de sentencias y responsabilidad patrimonial del Estado. *Revista de Jurisprudencia*, [en línea]. N° 1. [consulta: 19 de marzo de 2018]. Disponible en www.elderecho.com

ROMAN LLAMOSÍ, S. Cláusula abusiva. Antecedentes legislativos. *Tratamiento procesal actual*. *Revista de Derecho vLex*, [en línea]. N° 136, Septiembre 2015 [consulta: 14 de mayo de 2018]. Disponible en <https://app.vlex.com/?r - vid/583056579>

SABATER BAYLE, E. Cláusulas suelo nulas y restituciones. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, [en línea]. N° 3/2017. [consulta: 14 de marzo de 2018]. Disponible en www.aranzadi.com

SALAS CARCELLER, A. 2017. Efectos de la nulidad de las cláusulas suelo tras la STJUE de 21 diciembre 2016. *Revista Aranzadi Doctrinal*, [en línea]. N° 3/2017. [consulta: 14 de marzo de 2018]. Disponible en www.aranzadi.com

SÁNCHEZ ÁLVAREZ, E. No es viable la revisión sentencias firmes en materia de cláusulas suelo: contario al auto del Tribunal Supremo de 4 de abril de 2017. *Diario La Ley, Sección Doctrina*, [en línea]. N° 9012. [consulta: 19 de marzo de 2018]. Disponible en www.laleydigital.es

SÁNCHEZ GARCÍA, J.M. Cláusulas Suelo: de nuevo sobre la validez de los acuerdos extrajudiciales. Breves comentarios a la sentencia del TS de abril de 2018. *Revista de Derecho vLex*. [en línea]. N° 167. [consulta: 3 de junio de 2018]. Disponible en www.laleydigital.es

SOLER SOLÉ, G. Cláusulas suelo. TJUE, TS, cosa juzgada y responsabilidad del Estado. *Diario La Ley, Sección Tribuna*, [en línea]. N° 8905. [consulta: 17 de marzo de 2018]. Disponible en www.laleydigital.es

VÁZQUEZ MUINA, T. El IRPH y el deber de información en la contratación bancaria (1). *Actualidad Civil*, [en línea]. N° 1/2018. [consulta: 17 de marzo de 2018]. Disponible en www.laleydigital.es

VELA TORRES, P.J. 2016. Control judicial de condiciones generales en contratos bancarios. Una visión jurisprudencial. *Anales de la Academia Sevillana del Notariado*. Tomo XXVII, pp. 190-214. ISBN; 978-84-937762-3-7

D. Noticias

Los jueces denuncian una campaña de desprestigio por llevar al tribunal europeo los abusos en cláusulas suelo [consultado en 2/05/2018]. Acceso en www.publico.es

Consumo aconseja a los afectados por cláusulas suelo que se asesoren antes de aceptar los acuerdos de devolución que les propongas. Diario La Nueva España [consultado en 13/05/2018]. Acceso en www.vlex.es

FACUA advierte de despachos de abogados que llegan a quedarse con todo el dinero de la cláusula suelo [online] [consultado en 13/05/2018]. Acceso en www.facua.org

El Defensor del Pueblo se suma a la tesis de ADICAE y exige medidas para impulsar el Real Decreto-ley en Cláusulas Suelo [online] [consultado en 13/05/2018]. Acceso en www.adicae.net