Revista del OCCA Órgano de Control de Cláusulas Abusivas

Número 2. Enero-Junio 2015

María José Reyes López, Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Valencia

"COMENTARIO A LA STS (SALA DE LO CIVIL) DE 25 DE MARZO DE 2015"

Resumen: Las últimas sentencias falladas por el Tribunal Supremo han establecido doctrina sobre el control de transparencia en las cláusulas suelo.

En éstas, al hilo de la doctrina marcada por el TJUE, se valora como una categoría intermedia entre el control de incorporación y el de contenido, valorando si el consumidor ha tenido posibilidad real de conocer el alcance jurídico y económico a que le conduce la formalización del contrato.

Sin embargo, la limitación de los efectos que produce la declaración de nulidad por falta de control de transparencia, establecida como doctrina del Pleno en la STS de 25 de marzo de 2015, ha abierto otros interrogantes, como cuál es la utilidad de las acciones colectivas como protectoras de los derechos de los consumidores cuando se plantea posteriormente el ejercicio de una acción individual.

Sumario:

I. La STS de 25 de marzo de 2015

II. Comentario a la STS de 25 de mayo de 2015

III. A modo de conclusión.

María José Reyes López, Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Valencia

I. LA STS DE 25 DE MARZO DE 2015

1. Planteamiento

El Tribunal Supremo en su sentencia de 25 de marzo de 2015 ha resuelto una cuestión que tiene como antecedente su anterior sentencia de 9 de mayo de 2013.

En ésta sin embargo, a diferencia de la de 2013 la reclamación se sustenta sobre el ejercicio de una acción individual, abriendo el interrogante de los efectos que produce una acción colectiva frente al ejercicio posterior de una acción individual.

Se cuestiona además que en este caso se inste la devolución de las cantidades pagadas desde el día de la interposición de la demanda, declarando el Tribunal Supremo la irretroactividad de los efectos de la declaración de nulidad de cláusula suelo con fecha anterior a la publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013.

Esta sentencia fija como doctrina legal: "Que cuando en aplicación de la doctrina fijada en la sentencia de Pleno de 9 de mayo de 2013, ratificada por la de 16 de julio de 2014, Rc. 1217/2013 y la de 24 de marzo de 2015, Rc. 1765/2013 se declare abusiva y, por ende, nula la denominada cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo con tipo de interés variable, procederá la restitución al prestatario de los intereses que hubiese pagado en aplicación de dicha cláusula a partir de la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013".

Sin embargo, la doctrina que ha establecido no ha tenido en cuenta las circunstancias económicas actuales, ni tampoco los posteriores pronunciamientos por parte del TJUE, que hacen aconsejable revisar alguno de los argumentos mantenidos en la STS de 9 de mayo de 2013 con el fin de adaptarlos a esta nueva realidad, que se exponen seguidamente tras resumir los hechos que han dado lugar a dicho pronunciamiento.

2. Hechos de la sentencia

El supuesto sobre el que se pronuncia la sentencia de 25 de marzo de 2015 se sustenta en el ejercicio de una acción declarativa de nulidad de condiciones generales de la contratación y de devolución de cantidades entregadas entablado en juicio ordinario contra el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA "BBVA SA" interpuesta por parte de los actores, que habían suscrito un préstamo hipotecario que contenía la misma cláusula que había sido declarada nula por abusiva en la anterior STS de 9 de mayo de 2013.

El Juzgado de 1ª Instancia número Uno de Vitoria-Gasteiz declaró la nulidad de la cláusula de interés variable impuesta por el BBVA por abusiva, condenándolo al pago de todas las cantidades pagadas con anterioridad por la cláusula abusiva.

La Audiencia Provincial (Sección 1ª) de Vitoria ratificó la sentencia del Tribunal de 1ª Instancia, desestimando el recurso interpuesto por el BBVA.

La representación procesal de Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA, interpuso recurso extraordinario por infracción procesal, que se desestimó, y recurso de casación, con base en los siguientes motivos:

«Recurso extraordinario por infracción procesal por infracción de los Artículos 22, 221, 400 y 413 LEC, en relación con los efectos derivados de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 y recurso de casación, por infracción del artículo 9.3 CE, y de los

Revista ROCCA Número 2. Enero-Junio 2015
ISSN 2386-9151

artículos 8,1, 9,2 y 10 LCGC y el artículo 1303 CC, relativos a los efectos de la declaración de nulidad de las condiciones generales de la contratación y la posibilidad de limitarlos por parte de los Tribunales, en relación con la doctrina jurisprudencial sentada por el Tribunal Supremo en sentencia de 9 de mayo de 2013.

La Sentencia recurrida niega la irretroactividad y estima la devolución de las cantidades reclamadas, argumentando la diferente naturaleza de las acciones ejercitadas, una de cesación y otra individual, y añadiendo que en la colectiva no se solicitó la devolución de las cantidades abonadas en virtud de las condiciones a que afecta la sentencia, mientras que en la acción individual si se contempla tal pretensión. Sin embargo, tal distinción entiende la Sala que no se contempla en la Sentencia del Tribunal Supremo, recogiendo su parágrafo 282 que «como apunta el Ministerio Fiscal, la finalidad de las acciones de cesación no impide el examen de los efectos de la nulidad determinante de la condena a cesar en la utilización de las cláusulas abusivas y a eliminar de sus contratos los existentes, cuando éstas se han utilizado en el pasado.»

Prosigue señalando que no resulta trascendente en el caso enjuiciado que se trate de una acción colectiva o de una individual, puesto que el conflicto jurídico es el mismo y se está en presencia de una doctrina sentada por la repetida sentencia para todos aquellos supuestos en que resulte, tras su examen, el carácter abusivo de una cláusula suelo inserta en un préstamo de interés variable cuando se den las circunstancias concretas y singulares que el Tribunal Supremo entendió que la tiñen de abusiva, debiendo ser, por ende, expulsada del contrato.

Sobre esta eficacia irretroactiva que declaró la Sentencia de Pleno de la Sala de 9 de mayo de 2013, que viene mereciendo respuestas dispares por parte de nuestros Tribunales en cuanto a la devolución o no de las cuotas percibidas por las entidades prestamistas en aplicación de la cláusula suelo declarada abusiva[1], considera la sentencia la necesidad de ofrecer respuesta a tan debatida cuestión, no revisando la fijada sino despejando dudas y clarificando su sentido para lo que establece el carácter irretroactivo de los efectos desde la fecha de publicación de la STS de 9 de mayo de 2013.

La sentencia contiene un voto particular formulado por el Magistrado Francisco Javier Orduña Moreno y al que se adhiere el Magistrado Xavier O' Callaghan Muñoz, que manifiesta su discrepancia respecto al alcance que se pretende de la ineficacia que deriva de la nulidad de la cláusula por falta de transparencia en el marco de una acción individual de impugnación, argumentándolo en la insuficiencia del fundamento técnico que se da, basado en una mera remisión en bloque a la fundamentación que para el caso de una acción de cesación se contempló en la sentencia de 9 de mayo de 2013, no revisando la fijada sino despejando dudas y clarificando su sentido y, en la abstracta alegación del principio de buena fe, sin concreción alguna respecto de su proyección en la naturaleza y alcance del control de transparencia; entendiendo que, en este caso, hay inexistencia de cosa juzgada respecto del pronunciamiento de la sentencia de 9 de mayo de 2013 sobre la cuestión relativa a la restitución o no de los intereses pagados, así como que es necesario concretar el fundamento técnico en el ámbito del ejercicio individual de la acción de impugnación por el consumidor adherente.

[1] CÁMARA LAPUENTE, S., "¿De verdad puede controlarse el precio de los contratos mediante la normativa de cláusulas abusivas?. De la STJUE de 3 junio 2010 (*Caja de Madrid*, C-484/08) y su impacto aparente y real en la jurisprudencia española a la STS (Pleno) de 9 mayo 2013 sobre las cláusulas suelo", *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2013), vol. 5, núm. 2, pp. 209-233

ISSN 2386-9151

María José Reyes López, Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Valencia

II. COMENTARIO A LA STS DE 25 DE MAYO DE 2015

1. Introducción

La STS de 25 de marzo de 2015 remite, en cuanto a sus efectos, a los enunciados en su anterior STS de 9 de marzo de 2013 y declara la irrelevancia de la naturaleza de la acción en cuanto a las consecuencias que derivan de la de la declaración de nulidad de la cláusula por abusiva, para todos los supuestos que presenten las mismas semejanzas.

Sin embargo, esta aseveración no tiene en cuenta que con esta remisión a los efectos vinculantes a la STS de 9 de mayo de 2013 olvida que en el ínterin transcurrido desde la fecha de publicación de dicha sentencia hasta la de 25 de marzo de 2015 han mediado algunos pronunciamientos por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, cuya omisión puede propiciar el planteamiento de una cuestión de prejudicialidad ante este mismo Tribunal; al mismo tiempo que algunas de las consideraciones en las que se sustentó la sentencia, como el grave perjuicio al orden público económico, han sufrido un notable cambio que, al menos hubiera debido ser mencionado, -si no, valorado-, en dicho fallo judicial.

El voto particular, con reconocido carácter tardío, viene a poner de manifiesto alguno de estos extremos, que se suscitan como rémora de la STS de 9 mayo de 2013, que dejó abierto varios flancos sin resolver, como evidencia que la sentencia anterior no estableciese criterios claros que permitiesen relacionar en el futuro el contenido de dicha sentencia con las posteriores, fundamentalmente cuando se produce una colisión de derechos en perjuicio del consumidor, como es el caso presente y que se plantean como consecuencia de la naturaleza de las acciones colectivas y de la desafortunada adaptación de la Directiva 93/13/CE, a nuestro ordenamiento interno.

2. Peculiaridades a tener en cuenta

La contratación en masa presenta una serie de particularidades que la apartan de los presupuestos por los que se rige la contratación individual, entre las que son propiamente características del ámbito de consumo, el reforzamiento del derecho de información, como paso previo a la formalización del contrato y el ejercicio de acciones colectivas en defensa de los intereses colectivos de los consumidores por parte de entes a los que de manera expresa el ordenamiento jurídico les ha atribuido dicha legitimación, en virtud de lo establecido en los arts. 24 y 54 TRLGDCU y art. 11.1 LEC.

A estos efectos, la LCGC contempla en su art. 5 los requisitos de incorporación que toda cláusula debe reunir, para proceder en su art. 7 a recoger los de no incorporación, estableciendo en su art. 9 el régimen y la sanción que en este caso les corresponde, así como en su art. 12, el régimen de las acciones de cesación, retractación y declarativa.

Los dos primeros de estos preceptos se detienen en verificar si se han dado todos los presupuestos de información y formales necesarios para que el consumidor pueda haberse percatado adecuadamente de las consecuencias que apareja la firma del contrato, tanto en el plano económico como jurídico.

La comprobación de que las cláusulas reúnen estos presupuestos es lo que se denomina control de incorporación, que se extiende en un doble ámbito: en reunir los presupuestos de transparencia y de forma.

De otra parte, y de modo parejo, los arts. 80 y 82 TRLGDCU establecen los presupuestos que una cláusula debe reunir para ser considerada abusiva, dando lugar con ello a un solapamiento de difícil

Revista ROCCA Número 2. Enero-Junio 2015
ISSN 2386-9151

justificación.

Uno de los aspectos en los que más ha incidido la protección del consumidor ha sido en la obligación de cumplimentar los requisitos de información establecidos actualmente en el art. 60 TRLGDCU, tras la reforma operada como consecuencia de la necesidad de adaptar la regulación española a la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por Ley 3/2014.

Dicha reforma no sólo amplió el contenido de este derecho sino que asimismo modificó los arts. 80, 81 y 83, como consecuencia éste último de la STJUE de 14 de junio de 2012, que impide a los jueces y tribunales integrar el contenido de una cláusula declarada nula y obliga en los dos primeros la obligación de cumplimentar ciertos requisitos formales en orden a asegurar una mejor comprensión del alcance del contenido de lo que se firma por parte del consumidor.

Junto a ello, otra característica se plasma en el reconocimiento de acciones colectivas, con el fin de que los entes legitimados puedan interponer, en defensa de todos los posibles afectados, acciones de cesación, de retractación o de declarativa, para evitar mayores perjuicios a los consumidores que se vean en el futuro afectados por dichas cláusulas.

Estas acciones, que toman como modelo las *class actions* del derecho americano, ofrecen una serie de ventajas de indiscutible alcance, como pueda ser la acumulación de acciones y con ello la agilización del proceso, pero junto a ello, pueden plantear algún problema derivado de la extensión subjetiva de la cosa juzgada y de sus efectos, puesto que, en estos supuestos, la cosa juzgada se extiende más allá de las concretas personas que intervinieron en el procedimiento, afectando también a quienes sean titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo dispuesto en el art. 11 LEC y, evitando el *opt out*[2].

Lo que se ha pretendido con el reconocimiento de las acciones colectivas es reconocer a las asociaciones de consumidores y usuarios y al Ministerio Fiscal[3] para actuar y accionar en nombre y representación del interés general de los consumidores, sin contemplar la opción de la exclusión voluntaria que se regula en otros ordenamientos, de forma que los efectos de la sentencia que se dicte en el procedimiento afectará a todos los consumidores legitimados para ejercitar esa misma acción frente a la misma entidad demandada, aunque no hayan sido parte en el proceso y tanto si los pronunciamientos le son favorables como desfavorables.

Consecuencia de ello es que, de entablarse un procedimiento posterior en el que un consumidor en particular u otra asociación diferente interesen, por ejemplo, la declaración de nulidad de una misma cláusula con sus efectos resarcitorios, se deberá apreciar la existencia de cosa juzgada y estar a lo resuelto en el procedimiento anterior. Por tanto, de lo expuesto se infiere que, el hecho de que los consumidores puedan ejercitar de forma individual la acción de nulidad de las condiciones generales no supone una incompatibilidad con la posibilidad de que la ley confiera legitimidad a asociaciones de consumidores de usuarios o al Ministerio Fiscal, entre otros, para el ejercicio colectivo de esas mismas acciones, con idéntico fundamento y que se extiende con efecto de cosa juzgada a todos y cada uno de los consumidores que pudieran estar afectados por dicha resolución, por lo que, de entablarse un proceso posterior con idéntico objeto, éste habrá de archivarse o resolverse, en su caso, sobre la base de los criterios sentados en la sentencia previa que resuelva

[2] LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *El sistema de las class actions en los Estados Unidos de América*. Comares, Granada, 2011, p. 97.
[3] Art. 11 LEC y arts. 12 y 16 LCGC.

ISSN 2386-9151

la cuestión con carácter general.

3. El control de transparencia

Se arguye en el voto particular la especial naturaleza de los actos de consumo, que ha conducido a la introducción de una regulación específica para las estipulaciones no negociadas individualmente, haciendo especial hincapié en el control a que se ven sometidas, contemplado desde una doble perspectiva.

La primera de ellas, referida al control meramente formal, basado en el modo de incardinar dichas cláusulas en el contrato, de manera que exterioricen una serie de presupuestos que posibiliten que el consumidor pueda percatarse de su existencia; combinada, la segunda de ellas, con una información suficiente sobre el alcance y contenido de las cláusulas a fin de que el consumidor pueda reparar en las consecuencias económicas y jurídicas que entraña la celebración del contrato.

Dicho control de transparencia, previo al de contenido, supone en suma, la aplicación material de los principios de buena fe y conmutabilidad en el curso de validez, control y eficacia del fenómeno de la contratación bajo condiciones generales, cuya inobservancia requiere ajustar el alcance de la ineficacia que se deriva de la nulidad de la cláusula; pero, en este caso, a diferencia del supuesto planteado en la STS de 9 de mayo de 2013, en el marco del ejercicio de una acción individual de impugnación.

El art. 81 TRLGDCU exige el cumplimiento de unos requisitos formales para las cláusulas predispuestas que se concreta en el deber de transparencia, que exige que cumplan en su formulación los requisitos de concreción, claridad y sencillez con posibilidad de comprensión directa, que a su vez aluden a la idea de comprensibilidad[4], y que son coincidentes con los expresadas en el art. 5 LCGC y, en sentido contrario, en su art. 7, y que se corresponden con las normas de transposición de la Directiva 93/13/CE; sin embargo, una vez más, la inadecuada implementación en nuestro ordenamiento interno de dicha norma ha generado una serie de dudas provenientes de haber omitido la transcripción de su art. 4.2, que de manera expresa hace una excepción sobre el alcance del control de transparencia con relación al objeto del contrato o a sus elementos esenciales cuando no hayan sido expresados de manera clara y comprensible, dado que el consumidor necesita tener conocimiento de los mismos, puesto que sobre ellos tiene que dar su consentimiento.

La consecuencia de ello es que las reglas sobre transparencia de los arts. 5.4 y 7 b) LCGC no destacan la diferente función que tiene atribuida respecto de los elementos esenciales en comparación con el contenido jurídico o complementario.

Cuando de elementos esenciales se trata, este control consiste en un verdadero control del consentimiento en el momento de celebración del contrato[5]. Por ello, hay supuestos en los que la información cumplimenta los presupuestos formales pero han vulnerado el deber de transparencia al encubrir elementos que pudieran influir de manera decisiva sobre el precio o alguna de las prestaciones que ha motivado la contratación. Por ello, la importancia que ha adquirido

[4] PERTÍÑEZ VILCHEZ, F., "Comentario art. 80 TRLGDCU", en *Comentarios a las normas de protección a los consumidores,* (Sergio Cámara Lapuente, dir.), Colex, Madrid 2011, p. 697.

[5] GÓNZALEZ PACANOSWKA, I., "Comentario al art. 80 TRLGDCU", *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, (Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, coord.), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, p. 931.

ISSN 2386-9151

el derecho a la información se proyecta precisamente en la necesidad de que el consumidor tenga un efectivo conocimiento de lo qué firma; de las prestaciones a las que tiene derecho, así como de las consecuencias que dicha suscripción genera. Pero, al mismo tiempo, estos requisitos cumplen la función de controlar el procedimiento de formación del contrato con condiciones generales para garantizar la libertad de decisión negocial[6], alcanzando especial importancia en relación con las cláusulas que sirven a la descripción o determinación de los elementos esenciales, porque reconducen a concretar todo lo que debería saberse y comprenderse al tiempo de contratar.

A ese objetivo se dirigen las normas sobre información previa y las que detallan el contenido mínimo imperativo que ha de constar en la documentación, sancionando, en su caso las consecuencias de la omisión.

Con la cumplimentación de este presupuesto se pretende, en suma, que el consumidor tenga un adecuado conocimiento de la posición jurídica de la situación contractual que quiere asumir, por lo que, en este sentido, comparte con los requisitos formales de inclusión una función de publicidad con relación al contenido jurídico, normativo y complementario[7].

Así pues, mientras que el control formal se limita a constatar la observancia de distintos signos externos, recogidos en la LCGC en sus arts. 5, 7 y, de forma similar en el TRLGDCU en su art. 80, respecto al tamaño, fondo de la letra y cuestiones similares, el control de transparencia se centra en verificar si el consumidor conoce la carga económica que el contrato supone en su conjunto así como la prestación que va a obtener, si bien no queda expresado de forma manifiesta en estos términos en ningún precepto.

Sin embargo, dicho carácter de abusividad por falta de transparencia no se contempló expresamente en la regulación originaria de las cláusulas abusivas en su art. 10 bis en la LGDCU, actual art. 82 TRLGDCU.

Fue la jurisprudencia sobre contratos de seguro, en los que la falta de claridad provoca desequilibrio, al hacer inviable que el consumidor pueda decantarse por alguna de las posibilidades que comportan las diversas ofertas en el mercado[8], la que atribuyó a la falta de transparencia la sanción de abusividad; sin perjuicio de que, a la misma consecuencia conduciría considerar que dicha no inclusión supone una contravención a la buena fe que con carácter general ha de informar la conducta del empresario y, en particular, al presentar su oferta y configurar su contenido, como en este sentido es buen exponente de ello, la lista contenida en el TRLGDCU, que contempla algunos supuestos en los que el abuso deriva precisamente de dicha falta de información.

En este punto, la consecuencia de no haber traspuesto adecuadamente el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CE se encuentra en que las reglas sobre transparencia de los arts. 5.4 y 7 b) LCGC no han podido destacar suficientemente la diferente función que la transparencia tiene respecto de los elementos esenciales en comparación con el contenido jurídico o complementario.

[6] DURANY PICH, S., "Comentario arts. 5 y 7 LCGC", en *Comentarios sobre la Ley de condiciones generales de la contratación*, (Aurelio Menéndez Menéndez, Luís Díez Picazo y Ponce de León (directores), Cívitas, Madrid, 2002, p. 274.

[7] GÓNZALEZ PACANOWSKA, I., "Comentario al art. 80 TRLGDCU", en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, op. cit., p. 927.

[8] GONZALEZ PACANOWSKA, I., "Comentario al art. 80 TRLGDCU", *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, op. cit., p. 930.

ISSN 2386-9151

Cuando afecta a los elementos esenciales, se trata de un verdadero control del consentimiento en el momento de celebración del contrato[9]. Por ello, si la información se ha incorporado formalmente pero vulnerando el deber de transparencia, la consecuencia podría ser la primacía del precio que pueda estimarse realmente consentido, por vía de interpretación favorable al consumidor o por la vía de la nulidad de la cláusula que altere el contenido de lo consentido.

Resultante de lo expuesto es que, mientras el control formal se limita a constatar la observancia de distintos signos externos, recogidos en la LCGC en sus arts. 5, 7 y de forma similar en el TRLGDCU en su art. 80 respectivamente, referidos al tamaño, fondo de la letra y cuestiones similares, sobre la que el art. 83 ha sido objeto de reforma por la Ley 3/2014, el control de transparencia ha seguido una suerte de replanteamiento, que progresivamente se ha ido perfilando fundamentalmente desde la STJUE de 3 de junio de 2010, que declaró que los Estados miembros pueden adoptar una normativa nacional que autorice un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible.

En este sentido, cobra especial importancia en relación con las cláusulas que sirven a la descripción o determinación de los elementos esenciales, que se reconduce a concretar todo lo que debería saberse y comprenderse al tiempo de contratar.

A ese objetivo se dirigen las normas sobre información previa y las que detallan el contenido mínimo imperativo que ha de constar en la documentación, sancionando, en su caso, las consecuencias de la omisión puesto que, aunque lo habitual es que el legislador haya señalado el listón de la transparencia y tipificado lo que debe ser especialmente destacado en orden a tutelar los intereses del consumidor, complementando estas normas ha de proporcionarse aquello que sea típicamente relevante para la decisión de contratar: el objeto y el valor económico de las respectivas prestaciones. Consiste, en suma, en que el consumidor conozca la carga económica que en su conjunto el contrato supone así como la prestación que va a obtener.

Esta calificación es importante porque el control no se hace sobre el precio concreto sino sobre si la cláusula provoca un desequilibrio contractual importante entre ambas partes o, si a consecuencia de la misma, se ha producido una alteración del precio que no pudo ser percibido por el consumidor.

Sin embargo, como consecuencia de dicha omisión al implementar la Directiva 93/13/CE, la jurisprudencia ha tenido que resolver un buen número de casos en los que las cuestiones planteadas han estado referidas fundamentalmente a si el control de transparencia estaba vinculado solamente a los elementos accidentales del contrato o si podía afectar a sus elementos esenciales, como son el objeto y el precio, prevaleciendo en la actualidad el criterio de que el precio y el objeto pueden estar sometidos a control de transparencia siempre que no hayan estado previamente bien definidos, de forma que se concreta en la observancia de proporcionar la información suficiente al consumidor para que éste pueda tener una comprensión acertada de lo que suscribe, así como de las condiciones en que lo hace y de sus repercusiones. Como reiteró la STS 9 mayo 2013, una cláusula aunque sea relativa al precio o a la contraprestación puede ser también abusiva si no es transparente.

[9] GONZALEZ PACANOWSKA, I., "Comentario al art. 80 TRLGDCU", en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, op. cit., p. 931.

Este planteamiento, apuntado por la doctrina desde la redacción de ambos textos[10]: LCGC y TRLGDCU, ha seguido sin embargo una suerte de lenta aceptación por parte de los Tribunales, que progresivamente se ha ido perfilando, fundamentalmente desde la STJUE de 3 de junio de 2010[11], que consideró que el art. 4.2 de la Directiva 13/1993 es una norma de mínimos y, por lo tanto, no se opone a que una legislación nacional como puede ser la española, autorice un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieran a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible.

Este mismo criterio ha vuelto a consolidarse recientemente en las SSTJUE de 2014 y 26 de febrero de 2015[12].

Para la primera de estas sentencias, la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible ha de entenderse como una obligación no sólo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo.

En la misma línea, la posterior STJUE de 15 de febrero de 2015[13] determina que el requisito de transparencia no puede reducirse sólo al carácter comprensible de la cláusula en plano gramatical y formal sino que debe tenerse en cuenta que el consumidor siempre se encuentra en posición de inferioridad respecto al profesional, en particular, al nivel de información; que cuánto más vagas y más amplias sean las expresiones utilizadas, más dudas habrá sobre su claridad; que incumbe al juez nacional determinar si un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz podía entender la cláusula, para finalizar en que no puede exigirse al consumidor la misma atención cuando la cláusula controvertida forme parte de un entramado contractual complejo[14].

Por su parte, el Tribunal Supremo empezó a configurar el control de transparencia en su sentencia de 18 de junio de 2012, distinguiendo ya en la STS 9 mayo 2013[15], entre la transparencia en la incorporación (accesibilidad y legibilidad) y la transparencia del contenido de la cláusula (claridad y comprensibilidad), pasando finalmente en la STS 8 septiembre 2014[16], a diferenciar dos momentos: el que denomina "transparencia en el curso de la oferta y de la reglamentación predispuesta", que vendría referido al tiempo de la negociación precontractual, y que cumple una función de primer filtro, anterior incluso al control de incorporación, considerando que la cláusula suelo no es transparente por no haber formado parte de la negociación precontractual y entender que el predisponente no incluyó los

[10] PERTÍÑEZ VILCHEZ, F., "Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario", *Indret* 3/2013.
[11] Asunto C-484/94.
[12] MARTÍNEZ ESPÍN, P., "Control de transparencia: exclusión de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato o a la adecuación del precio o de la retribución. (Interpretación del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 por la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Novena), de 26 de febrero de 2015), *CESCO*, núm. 13 2015. http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco.
[13] Asunto C-96/14.
[14] LYCZKOWSKA, K., "¿Qué es lo que se entiende por una cláusula clara y comprensible?", *CESCO*, 4 de mayo de 2015, http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco.
[15] RJ 2013, 3088.
[16] RJ 2014, 4660.

criterios precisos y comprensibles para que los prestatarios pudieran evaluar directamente el alcance jurídico de la cláusula suelo respecto a la modulación de la oferta comercial que se realizaba; y otro momento posterior, relativo a la llamada "transparencia formal o documental", desde el que considera, que la cláusula suelo no fue diferenciada del resto de cláusulas de manera especial, ni por una singular colocación en la oferta comercial realizada, ni por un tipo de letra que advirtiera de su presencia, concluyéndose, por tanto, que no fue accesible al consumidor[17].

En consecuencia, para el Tribunal Supremo, el control de transparencia se ha ido desarrollando como control autónomo del de incorporación, llegando a la conclusión de que cuando la cláusula no es transparente es nula por abusiva. Supera así, el criterio que atendía a diferenciar según se tratase de supuestos de no incorporación cualificados[18] o que afectaban al control de contenido[19], cuya existencia el alto Tribunal no ha llegado a justificar, ni en la STS de 9 de mayo de 2013, ni en la de 25 de marzo de 2015.

En este sentido, la STS de 9 de mayo de 2013 señaló en su párrafo 210, que el control de transparencia se centra en que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez la carga económica que realmente supone el contrato celebrado; esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener. Por eso, la falta de transparencia que se reprocha a las entidades demandadas en relación a la inclusión de cláusulas suelo en sus contratos de préstamo hipotecario no se refiere a la transparencia interna de la cláusula, esto es, a su claridad o comprensibilidad, sino a la incidencia que ha podido tener la inclusión de la cláusula en la defraudación de la expectativa legítima del consumidor sobre la oferta, esto es, sobre el tipo de interés que se creía estar contratando. La falta de transparencia se identifica con la sorpresa o con el engaño que supone para el cliente la inclusión de la cláusula suelo, de la que no se informó en la fase precontractual y a la que se le dio un tratamiento impropiamente secundario, por más que pudo haber sido decisiva en la decisión de contratar o no contratar.

Valora además que el alcance de las cláusulas suelo no formó parte de las negociaciones y tratos preliminares que se llevaron a cabo, ni tampoco resultó destacado y diferenciado, específicamente, ni en el marco de la oferta comercial realizada, ni en el contexto de las escrituras públicas de los préstamos hipotecarios; para concluir que el criterio de que el control de transparencia, como proyección nuclear del principio de transparencia real en la contratación seriada y, por extensión, en el desarrollo general del control de inclusión[20], queda caracterizado como un control de legalidad en orden a comprobar, primordialmente, que la cláusula contractual predispuesta refiera directamente la comprensibilidad real, que no formal, de los aspectos básicos del contrato en el marco de la reglamentación predispuesta, de forma que el consumidor y usuario conozca y comprenda las consecuencias jurídicas que, de acuerdo con el producto o servicio ofertado, resulten a su cargo, tanto respecto de la onerosidad o sacrificio patrimonial que realmente supone para el consumidor el contrato celebrado, como de la posición jurídica que realmente

[17] CHAPARRO MATAMOROS, P., "Falta de transparencia formal de una cláusula suelo en un contrato de préstamo hipotecario. comentario a la STS 8 septiembre 2014 (RJ 2014, 4660)". *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 2, febrero 2015, pp. 601-612.

[18] ALFARO AGUILA-REAL, J., "Comentario al art. 80 TRLGDCU", en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, op. cit., p. 123.

[19] PERTÍÑEZ VILCHEZ, F., "Comentario al art. 80 TRLGDCU", en *Comentarios a las normas de protección a los consumidores,* (Sergio Cámara Lapuente, dir.), op. cit., p. 707.

[20] Art. 5 Directiva 93/13/CE; arts. 5.5 y 7.b LCGC y art. 80.1 a) TRLGDCU.

ISSN 2386-9151

asume en los aspectos básicos que se deriven del objeto y de la ejecución del contrato[21].

A la luz de lo expuesto, para el Tribunal Supremo, el control de transparencia, como parte integrante del control general de abusividad, no puede quedar reconducido o asimilado a un mero criterio o contraste interpretativo acerca de la claridad o inteligencia gramatical de la formulación empleada, ya sea en la consideración general o sectorial de la misma, sino que requiere de un propio enjuiciamiento interno de la reglamentación predispuesta a los efectos de contrastar la inclusión de criterios precisos y comprensibles en orden a que el consumidor y usuario pueda evaluar, directamente, las consecuencias económicas y jurídicas que principalmente se deriven a su cargo de la reglamentación contractual ofertada. En definitiva, la doctrina del Tribunal Supremo está asumiendo que la obligación de transparencia en las condiciones generales tiene un contenido dinámico que no se agota en el mero cumplimiento de los requisitos de incorporación, o en la redacción de una cláusula sin ambigüedades (art. 6.2 de la LCGC), sino que exige además, en relación a los elementos esenciales, un plus de información que permita que el consumidor pueda adoptar su decisión con pleno conocimiento de causa, lo que proscribe una defraudación de la carga económica del contrato, mediante la inclusión de una condición general, que aun superando los requisitos de incorporación pase inadvertida al consumidor.

3.1. Consecuencias

En el caso de que esta percepción descrita por parte del consumidor no sea posible, bien por falta de claridad en la redacción, por falta de la información suficiente o incluso porque su ubicación induzca a confusión se podrá ejercitar la acción declarativa de nulidad por falta de transparencia.

Esta nueva interpretación de la transparencia como forma específica de control sobre el contenido del contrato acarrea la declaración de ineficacia, que lleva aparejada la restitución de las cantidades percibidas indebidamente hasta el momento anterior de la inclusión de la cláusula.

Dicha apreciación lleva además consigo la supresión de la cláusula, sin posibilidad de que el juez integre su contenido, según ha quedado dictaminado en la STJUE de 14 de junio de 2012[22], en la que el Tribunal interpretó que España no había adaptado correctamente su Derecho interno al artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, al estimar que el incumplimiento observado en relación con el artículo 83 TRLGDCU, obedece a la facultad que se atribuye al juez nacional de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en los contratos para integrar la parte afectada por la nulidad con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y el principio de buena fe objetiva, que el Tribunal considera que podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva, por poder contribuir a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que tales cláusulas abusivas no se apliquen a los consumidores, en la medida en que dichos profesionales pueden verse tentados a utilizar cláusulas abusivas, al saber que, aun cuando llegara a declararse su nulidad, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de los empresarios.

Dicho criterio ha quedado recogido en el art. 83 TRLGDCU, modificado por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el

[21] STS 26 mayo de 2014, (RJ 2014, 3880).

[22] Asunto C-618, Banco Español de Crédito.

texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

4. Acciones colectivas

De otro lado, junto al ejercicio de la acción individual de nulidad y de restitución de cantidades, cuando se trata de interés de consumidores las asociaciones de consumidores están legitimadas para ejercitar acciones colectivas.

Dichas acciones facultan para pedir el cese, la retractación o la declaración de determinas cláusulas en el futuro, pero no legitima para instar la acción de restitución puesto que para ésta habrá que estar a la valoración de cada caso en particular.

Planteada así dicha situación puede llegarse a casos en los que el ejercicio de las acciones colectivas pueda perjudicar intereses posteriores de consumidores, cuya protección es precisamente la que se pretende.

El proceso, fundamento de la STS de 25 de marzo de 2015, se centra en el ejercicio de una acción declarativa de nulidad de una cláusula suelo, en virtud de la cual se reclama la restitución íntegra de las cantidades entregadas por este motivo.

Se basaba para ello la parte recurrida en que la cláusula había sido declarada nula, por lo que procedía el reembolso como consecuencia natural derivada de la declaración de ineficacia.

Los recurridos no habían participado en el anterior procedimiento objeto de la STS de 9 de mayo de 2013, por lo que la primera cuestión que se suscitó es si podían quedar vinculados por dicha sentencia.

El voto particular centra sus argumentaciones en la diferente naturaleza de estas acciones mientras que la sentencia del Pleno se limita a declarar la inexistencia de cosa juzgada porque la acción colectiva no comprendía la petición de devolución de las cantidades pagadas como consecuencia de las cláusulas suelo.

4.1. Naturaleza de las acciones colectivas

Una de las cuestiones que el legislador español no abordó en materia de protección al consumidor cuando contempló por vez primera las acciones colectivas en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, para que fueran ejercitadas en defensa de los intereses de los consumidores, fue proveer de las correspondientes reglas de coordinación entre las acciones individuales y colectivas con el fin de poder resolver situaciones como la que ha dado lugar al voto particular formulada en la STS de 25 de marzo de 2015.

Plantea este voto particular la distinta naturaleza de las acciones colectivas y de las individuales, y el efecto de cosa juzgada, así como de las diferentes pretensiones que se procura con cada una de ellas, al efecto de, con carácter posterior a la declaración de no transparencia de una cláusula de las denominadas suelo, poder solicitar la plena *restitutio in integrum* como consecuencia natural de la declaración de ineficacia.

La posición mantenida en el voto particular había sido sostenida con anterioridad en varias resoluciones de Audiencias Provinciales[23], que, partiendo del ejercicio distinto de la acciones, habían fallado en sentido favorable a la restitución íntegra de las cantidades percibidas como consecuencia de la aplicación de la cláusula declarada nula.

El Tribunal Supremo sin embargo en su sentencia de 25 de marzo de 2015, no sólo no sigue este criterio, sino que reitera el que ya

[23] AGÜERO ORTIZ, A., "¿Retroactividad o irretroactividad de la eliminación de las cláusulas suelo? O de la rebelión de los Juzgados y Audiencias Provinciales". *CESCO*, núm. 6/2013 http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco.

expuso en su STS de 9 de mayo de 2013, cuyo contenido sigue siendo objeto de controversia, como ponen de relieve los pronunciamientos, en sentido contrario, de la AP de Ciudad Real (Sección 1ª), sentencia de 13 octubre de 2014[24]; auto de la AP de Málaga (Sección 6ª), de 1 octubre 2014[25]; sentencia AP de Lleida (Sección 2ª), de 24 septiembre 2014[26].

Y, es que, en este caso, aunque entiendo que el pronunciamiento fue el acertado, no por ello, hay que dejar de subrayar que el ejercicio de las acciones colectivas no siempre supone el instrumento de mejor defensa de los derechos de los consumidores porque, como sucede en este caso, en el que hay un previo pronunciamiento basado en el ejercicio de una acción colectiva, el consumidor se encontrará vinculado por aquella decisión en todo caso, sin poder ejercitar ningún acto de exclusión, lo que puede producir efectos contradictorios.

Esta cuestión fue planteada como cuestión prejudicial por parte del Gobierno Húngaro, que suscitó si el artículo 6, ap. 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, puede interpretarse en el sentido de que una cláusula contractual abusiva no resulta vinculante para ningún consumidor en caso de que una entidad designada legalmente y legitimada al efecto solicite, en nombre de los consumidores, mediante una acción de interés público –"popularis actio"-, que se declare la nulidad de dicha cláusula abusiva que forma parte de un contrato celebrado con consumidores.

A este respecto, la STJUE, Sala 1ª, de 26 de abril de 2012[27], avaló que los legisladores nacionales pudieran establecer la eficacia de los pronunciamientos jurisdiccionales contenidos en una sentencia dictada como consecuencia del ejercicio de una acción colectiva fundada en un interés público a todos los consumidores y usuarios que hubieran concertado o que concierten en el futuro un contrato en el que se incorporen estipulaciones o cláusulas contractuales no negociadas individualmente.

En consecuencia, el deber que surge de la sentencia estimatoria de una acción de cesación se impone a los empresarios o profesionales demandados, al tiempo que crea un sistema de eficacia "erga omnes" de validez o invalidez de las cláusulas contractuales (como ocurre en el Derecho norteamericano con las "class-actions"); si bien, el alcance de la eficacia *"ultra partes"* de las sentencias que estiman acciones colectivas que enuncia el artículo 222.3 de la LEC-iv ha sido matizado por la STS 375/2010, de 17 de junio[28], al considerar que el posible efecto de cosa juzgada respecto de todos los perjudicados debe quedar restringido a los casos en que la sentencia determine que, conforme a la legislación de protección a los consumidores y usuarios, la declaración ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente[29].

Sin perjuicio de ello, los efectos de la cosa juzgada a las denominadas partes ausentes requiere ser conjugada con los principios constitucionales de audiencia y contradicción contemplados en el artículo 24 de la CE, que proscribe la indefensión en toda clase de procesos, adquiriendo la máxima virtualidad la publicidad y la posibilidad de intervención en el proceso de los consumidores afectados ex artículo 15 de la LEC, en el caso de acciones restitutorias o indemnizatorias acumuladas[30].

[24] AC 2014\2054.
[25] JUR 2014\266957.
[26] JUR 2014\264657.
[27] Asunto C-472/10.

[28] RJ 2010\5407.
[29] GONZÁLEZ LLANO, M., GUERRERO GÓMEZ, J.A., "Extensión de los efectos de las sentencias dictadas en acciones colectivas de consumidores y usuarios a los afectados no intervinientes". *Aranzadi Doctrinal,* núm 2014.
[30] BUSTO LAGO, J.M., "Acciones colectivas, declaración del carácter abusivo de una cláusula de condiciones generales de la contratación y eficacia *"ultra partes"*: apreciación *"ex officium"* de su nulidad (a propósito de la STJUE de 26 de abril de 2012 [asunto C-472/10])". *CESCO*, núm. 2/2012 http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco

Los preceptos que las regulan en la LEC se hacen eco de ello al establecer en su art. 221.3º LEC, que la cosa juzgada afectará a las partes del proceso en que se dicte y a sus herederos y causahabientes, así como a los sujetos, no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo previsto en el artículo 11 LEC. Asimismo, su siguiente apartado determina que lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal.

Lejos, por tanto, parece que la idea del legislador fuera excluir a los consumidores que no hubiesen intervenido directamente en el procedimiento, puesto que contempla incluso el incidente en virtud del cual cuando la cláusula ya haya sido declarada nula por abusiva, el consumidor que lo desee podrá solicitar su inclusión.

Como queda establecido en la LEC, las acciones colectivas producirán efecto de cosa juzgada para los consumidores que se vean afectados por idénticas cláusulas con las mismas entidades condenadas, siempre que la sentencia lo hubiera hecho constar en su fallo, de lo que deriva que todo contrato suscrito con las mismas cláusulas suelo será nula.

Por ello, en sentido contrario al manifestado en esta sentencia de 25 de marzo de 2015, si el Tribunal, en su anterior sentencia de 9 de mayo de 2013, en la que limitó los efectos de la declaración de ineficacia a partir de la fecha de la publicación de la sentencia, hubiera atendido a lo solicitado por la entidad Ausbanc[31], que era el cese de la cláusula suelo por falta de transparencia, los consumidores se hubieran beneficiado de la agilidad de la resolución, junto a la posibilidad de instar posteriormente la acción restitutoria; sin embargo, el Tribunal, en lugar de ello, declaró la cláusula abusiva por falta de transparencia, dando un salto de la nulidad derivada por falta de incorporación a declarar el carácter abusivo de la cláusula por este concepto[32], limitando además los efectos de dicha ineficacia en el tiempo justificándolo en motivos basados en la seguridad jurídica, la buena fe y la protección del orden público económico, y todo ello, sobre una cláusula declarada previamente inexistente[33], por lo que la consecuencia lógica de ello es que declare los efectos vinculantes para los supuestos posteriores que se presenten en el futuro o revisar el anterior criterio.

Pero además de lo expuesto, remitirse al pronunciamiento de la STS de 9 de mayo de 2013 supone omitir la modificación que ha operado en el art. 83 TRLGDCU, así como el criterio que sentó la STJUE de 14 de junio de 2012, que dictaminó que es contrario a la Directiva 93/13/CE, que el juez no se limite a declarar la nulidad de una cláusula por abusiva, procediendo a integrar el resto del contrato.

5. Alcance de la declaración de ineficacia

Seguidamente se plantea si, declarada la nulidad de la cláusula suelo, procede reclamar las cantidades entregadas por dicho concepto desde el momento en que se celebró el préstamo hipotecario.

Con carácter general se establece que las cláusulas que sean idénticas a las recogidas en los préstamos hipotecarios cuestionadas en la STS 9 mayo 2013 por las mismas entidades serán nulas por falta de transparencia.

[31] Vide al respecto, STS 14 de abril de 2011, (RJ 2898, 2011) y de 18 mayo 2012, (RJ 2012, 6358).

[32] PERTÍÑEZ VILCHEZ, F., "Comentario al art. 80 TRLGDCU", en *Comentarios a las normas de protección a los consumidores*, ult. op. cit.

[33] CORDERO LOBATO, E., "Nulidad de cláusulas suelo no transparentes: ¿puede el consumidor recuperar los pagos excesivos? (STS, Sala de lo Civil, 9 de mayo, 2013)", *CESCO*, núm. 2/2012, pp. 129-133, http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco.

ISSN 2386-9151

En este caso, el problema aparece porque se quieren limitar las consecuencias jurídicas de dicha sentencia únicamente a partir de la fecha de la declaración de ineficacia, relegando las consecuencias jurídicas a las reclamaciones instadas mediante una acción individual.

Se esgrime también como argumento en contra en el voto particular, que, en este sentido, la Sala se limitó a hacer una mera remisión en bloque a la fundamentación que para el caso de una acción de cesación se contempló en la citada sentencia de 9 de mayo de 2013, en la que argumentó en su fundamento de derecho octavo, párrafo último, que para ofrecer respuesta a tan debatida cuestión, entendía necesario no revisar la fijada sentencia sino despejar dudas y clarificar su sentido, siendo precisamente este extremo uno de los más necesitados de clarificación, entendiendo que las pretensiones de la acción colectiva son diferentes a la de la acción individual y, en segundo lugar, que los efectos de irretroactividad fijados en la anterior sentencia, no son extrapolables a esta situación.

Quizás los argumentos expuestos en el voto particular pretendan recomponer alguna de las argumentaciones esgrimidas en la STS 9 de mayo de 2013 que, a pesar de su acierto en muchos puntos, en otros, como los expuestos, no se acierta a comprender su justificación[34].

Si bien la STS de 9 de mayo de 2013 argumenta certera y detalladamente que la cláusula suelo estaba recogida entre otras de carácter accesorio, que inducían al consumidor a no apreciar su especial relevancia, lo que desvirtuaba el contenido del objeto principal, tanto por su ubicación, como por la falta de la información suficiente para que el consumidor pudiese percatarse de las consecuencias económicas que acarreaba su inclusión, razón por la que declara la cláusula, hay que incidir en que su ineficacia no deriva de su carácter abusivo sino por su falta de transparencia.

Dichos controles no encuentran el mismo apoyo legal, así el control de contenido se encuentre reconocido en los arts. 83 y ss. TRLGDCU mientras que la sanción de nulidad por falta de transparencia en los arts. 7 y 8 LGDCU, si bien actualmente dicho precepto se encuentra reproducido en el art. 80 TRLGDCU.

Esta diferencia es importante porque precisamente lo que solicitan las asociaciones de consumidores contra las entidades bancarias en la STS 9 de mayo de 2013 es el cese en la utilización de dichas cláusulas en el futuro por no ser transparentes.
En este sentido, la remisión que hace la Sala a la sentencia anterior es criticable porque la primera no debió declarar el carácter abusivo de las cláusulas suelo y limitar los efectos de la ineficacia consustancial a dicha declaración al momento de publicación de la STS de 9 de mayo de 2013 sino declarar la falta de transparencia de la cláusula y su cese, procediendo a evaluar posteriormente si es abusiva en atención a las circunstancias planteadas en cada caso en particular.

6. Ejercicio posterior de la acción individual

Esta situación ha puesto de manifiesto, que los consumidores, que tienen dicha cláusula en su contrato de préstamo y no han intervenido en el primero de los procedimientos, se ven perjudicados porque la STS de 25 de marzo de 2015 ha limitado los efectos de la restitución a partir del momento de publicación de su anterior STS de 9 de mayo de 2013, dándose la paradoja de que, de haber sido prestatarios de otra entidad, si hubiesen planteado la acción de nulidad de la cláusula suelo por abusiva hubieran podido recuperar todas las cantidades entregadas por dicho concepto, como consecuencia natural de la declaración de ineficacia.

Dicha realidad supone un perjuicio manifiesto para estos consumi-

[34] CARRASCO PERERA, A., GONZÁLEZ CARRASCO, M.C., "La doctrina casacional sobre la transparencia de las cláusulas suelo conculca la garantía constitucional de la tutela judicial efectiva", *CESCO*, núm. 7/2013. http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco

ISSN 2386-9151

dores, que se ven vinculados por los efectos de una cláusula declarada inexistente[35] desde el mismo momento de su incorporación al contrato, pero que al mismo tiempo es susceptible de producir efectos jurídicos, en favor de la entidad que la impuso y que encuentra su apoyo legal en motivos de orden público económico, sin detenerse al menos en valorar si la situación actual es igual a la de fecha de dicha sentencia.

Es cierto que la normativa de protección al consumidor es compleja y que camina en pro de la necesidad de sustentarse en principios propios, que conjugan los intereses individuales de protección al consumidor con los de carácter general, pero que el resultado de ello sea un beneficio precisamente para el que haya generado una situación lesiva para los usuarios resulta ciertamente paradójico, por lo que, la única conclusión posible es que alguna regulación de este complejo entramado, ya sea de carácter sustantivo, ya sea de carácter procesal, o no es suficiente, o no está bien articulada o está fallando.

7. Efecto de cosa juzgada

Una de las argumentaciones que se esgrime en el voto particular se fundamenta en que, dada la distinta naturaleza de las acciones, el pronunciamiento de la STS de 9 de mayo de 2013 no produce efecto de cosa juzgada y además en que en el ejercicio de la acción de cesación no se solicitó la restitución de las cantidades indebidamente satisfechas como consecuencia de la declaración de nulidad.
En buena parte esta afirmación es correcta, pero el Tribunal no se limitó a declarar el cese de la cláusula sino que al tratarse de un proceso en interés de los consumidores y usuarios, entró a resolver de oficio sobre la nulidad de la cláusula suelo y sobre la procedencia de devolver a los consumidores las cantidades cobradas en su aplicación (como efecto legal propio de restitución de prestaciones inherente a la declaración de nulidad), con lo que, en este caso, lejos de beneficiar al consumidor, se infringió el principio de tutela judicial efectiva, al no oír a las partes, causándoles indefensión, de igual modo que se vulneró el principio de congruencia, ampliando el fallo a peticiones no solicitadas por ninguna de las partes e incumpliendo asimismo el criterio jurisprudencial emitido por la ya citada STJUE de 14 de junio de 2012, que declaró la incorrecta adaptación de la Directiva 93/13/CEE, al derecho español, dado que esta directriz no contempla la posterior integración de la cláusula declarada abusiva.

8. Repercusiones de la ineficacia contractual

La fundamentación del voto particular, basándose en la diferente naturaleza de las acciones que se ejercitaron en el primer y en el segundo procedimiento, procede a justificar la necesidad de declarar la restitución de las cantidades entregadas indebidamente, partiendo del carácter no transparente de la cláusula, apartándose de los criterios aplicados en la STS de 9 de marzo de 2013 y rebatiendo buena parte de los argumentos esgrimidos en ella.

Al remitirse íntegramente a ratificar los criterios expuestos en la sentencia de 2013, según el voto particular el fallo no ha entrado a analizar la naturaleza de la ineficacia cuando deviene del ejercicio de una acción individual.

Se reconoce en el voto particular la confusión de efectos atribuida erróneamente a la retroactividad cuando las consecuencias de la declaración de abusividad de una norma es su supresión sin que haya lugar a otras apreciaciones con relación a sus posibles efec-

[35] CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., "El espurio control de transparencia sobre condiciones generales de la contratación. STS de 9 de mayo de 2013", *CESCO*, núm. 7/2013, http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco.

ISSN 2386-9151

tos[36], destacando que en este caso se han atribuido a una sentencia efectos que sólo pueden atribuirse a las normas, por lo que, en modo alguno debe considerarse vinculante la decisión del Tribunal Supremo y la respuesta procedente al Ministerio Fiscal hubiera sido que no procede limitar los efectos de la sentencia en el tiempo.

El voto particular considera que los efectos de la ineficacia contractual no son iguales en todos los casos sino que requieren ajustarse a cada modalidad contractual en particular, tomando como apoyo la doctrina jurisprudencial consolidada en su STS de 8 septiembre 2014[37], que declara que la ineficacia contractual en la contratación seriada, más allá de la referencia genérica al concepto de nulidad, tiene un tratamiento o fundamento específico y necesariamente conexo a la calificación de este fenómeno como un "modo de contratar", esto es, con un régimen y presupuesto causal propio y diferenciado, que, entre otros bienes jurídicos objeto de protección, responde a la finalidad tuitiva del consumidor adherente y que justifica el necesario cumplimiento por el predisponente de unos especiales deberes de configuración contractual en orden a asegurar el equilibrio prestacional y la comprensiblidad real de la reglamentación predispuesta y, con ellos, "la eficacia resultante de la misma".

En este contexto, el instrumento técnico que la normativa aplicable incorpora para articular dicho contraste o comprobación es el denominado control de abusividad que, por su función y naturaleza, es "un control de eficacia de la reglamentación predispuesta" y, por ende, de la ineficacia que pudiera derivarse, que además fundamenta la devolución de las cantidades y el efecto *ex tunc* de los efectos de la ineficacia[38].

[36] La disposición transitoria única LCGC expresamente prevé que sólo desde su entrada en vigor podrán ejercitarse las acciones de cesación, de retractación y declarativas reguladas en la misma.
[37] RJ 2014\4660.
[38] SSTJUE 21 febrero 2013; 14 marzo 2013 y 16 enero 2014.

9. La improcedencia del efecto retroactivo de la sentencia respecto de la prohibición de moderar o integrar la eficacia de la cláusula declarada abusiva

De otra parte, en virtud de la doctrina establecida por el TJUE y, por el art. 82 TRLGDCU, los jueces sólo pueden proceder a declarar el carácter abusivo de la cláusula pero no a integrar su contenido con el resto del contrato.

Esta situación ya ha comenzado a ponerse de manifiesto. El Juzgado de lo Mercantil núm. 9 de Barcelona planteó el 11 de agosto de 2014 — Jorge Sales Sinués/Caixabank S.A. (Asunto C-381/14) 2014/C 388/03), una petición de decisión prejudicial que sugiere que, como el sistema español determina en su artículo 43 LEC el efecto suspensivo o prejudicial de la acción individual, entablada de forma paralela por el consumidor hasta que recaiga sentencia firme en el procedimiento colectivo, quedando vinculado a lo que se decida en ésta, sin haber tenido oportunidad de alegar lo que a su derecho convenga ni proponer medios de prueba con plenitud de armas:

- ¿Puede considerarse un medio o mecanismo eficaz conforme al art. 7.1 de la Directiva 93/13/CE[E]?

- ¿Hasta qué punto ese efecto suspensivo supone un obstáculo para el consumidor y, por tanto, una infracción del artículo 7.1 de la citada Directiva a la hora de denunciar la nulidad de aquellas cláusulas abusivas incorporadas a su contrato?

- El hecho de que el consumidor no pueda desvincularse de la acción colectiva, ¿supone una infracción del artículo 7.3 de la Directiva 93/13/CE[E]?, o ¿por el contrario, el efecto suspensivo del art. 43 LEC es ajustado al artículo 7 de la Directiva 93/13/CE[E] al entender que los derechos del consumidor están plenamente salvaguardados por esa acción colectiva, arbitrando el ordenamiento jurídico

español otros mecanismos procesales igualmente eficaces para la tutela de sus derechos y por un principio de seguridad jurídica?[39].

Esta situación es la que evidencia el voto particular y que ya ha generado que la Unión de Consumidores de Málaga haya declarado su voluntad manifiesta de interponer un recurso ante el TJUE, porque la sentencia, como expresamente declara, lejos de aclarar, lo que hace es ratificar el criterio seguido anteriormente.

Dicho interrogante debe armonizarse además con el criterio sentado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de que el juez nacional no puede integrar la cláusula nula sino limitarse a declarar su carácter nulo por abusivo.

La STS de 25 de marzo de 2015 al declarar la irretroactividad de la nulidad respecto de los pagos de los intereses realizados con anterioridad a la fecha de publicación de la sentencia de 9 mayo 2013, de modo generalizado para todo consumidor adherente, venga o no afectado por la acción colectiva de cesación que fue objeto del fallo judicial, y con independencia de la naturaleza del ejercicio individual de la acción de impugnación, opera, de modo material, una consecuencia jurídica que expresamente viene prohibida tanto por la jurisprudencia del TJUE, desde su sentencia de 14 junio 201240, como por la reforma legislativa a la que dicha sentencia dio lugar, concretada en su nuevo artículo 83 de la Ley 3/2014, de 27 marzo de modificación del Texto refundido de la Ley 1/2007; esto es, que se produzca una integración, aunque sea temporalmente parcial, de la eficacia de la cláusula declarada nula por abusiva.

Igualmente afecta al efecto sancionador y disuasorio que informó la sentencia citada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, pues dada esta integración parcial de la eficacia de la cláusula nula, el mensaje que se transmite no es otro que el de la posibilidad de incumplir los especiales deberes de transparencia por el predisponente, sin sanción inicial alguna, que es lo que aquí ocurre al no estimarse la restitución de dichas cantidades con carácter "ex tunc"; esto es, desde el momento en que venía obligado el predisponente; y propicia entender que la aceptación de esta situación puede suponer que, de cara al futuro, con relación a otras posibles cláusulas conflictivas se provoque el ejercicio de una acción colectiva de cesación con el fin de condicionar su aplicación a la posible eficacia parcial de la cláusula que se declare abusiva.

Finalmente, otra de las argumentaciones en las que el fallo judicial se basa, tomando como apoyo de sus razonamientos los justificados en la anterior STS de 9 de mayo de 2013 y en la STJUE de 21 de marzo de 2013[41], se asientan en que la limitación temporal de los efectos de la ineficacia debe buscar su apoyo en el principio de seguridad jurídica, buena fe y orden público económico[42].

[39] Dicho art. 7 establece que:

1. Los Estados miembros velarán por que, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores.
2. Los medios contemplados en el apartado 1 incluirán disposiciones que permitan a las personas y organizaciones que, con arreglo a la legislación nacional, tengan un interés legítimo en la protección de los consumidores, acudir según el derecho nacional a los órganos judiciales o administrativos competentes con el fin de que éstos determinen si ciertas cláusulas contractuales, redactadas con vistas a su utilización general, tienen carácter abusivo y apliquen los medios adecuados y eficaces para que cese la aplicación de dichas cláusulas.
3. Los recursos mencionados en el apartado 2 podrán dirigirse, respetando la legislación nacional, por separado o conjuntamente contra varios profesionales del mismo sector económico o contra sus asociaciones que utilicen o recomienden que se utilicen las mismas cláusulas contractuales generales o cláusulas similares.

[40] STJCE 2012/143, caso Banco Español de Crédito.

[41] STJCE 2013\93. Caso RWE Vertrieb AG contra Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen.

ISSN 2386-9151

El problema que se pone de manifiesto con este pronunciamiento es que si bien la STS de 9 de mayo de 2013 afirmaba, basándose en el interés público, que, es ese interés presente en este tipo de acciones lo que justifica la extensión de los efectos de la cosa juzgada a los afectados por el fallo de la sentencia aunque no hubieran sido parte en el proceso, en este caso, ese interés público, que, a tenor de lo establecido en el art. 51 CE, debería concretarse en dotar de una mayor protección a los intereses de los consumidores, parece que sale perjudicado en esta controversia, lo que, a día de hoy, merece, al menos, una reconsideración de los motivos que justificaron los efectos irretroactivos de la sentencia, justificado en motivos de orden público económico, dado además que la situación actual no se corresponde, ni justifica, con la existente en el año 2013.

El recurso a estos principios no satisfizo entonces, y mucho menos en la actualidad, pero el fallo de la STS de 25 de marzo de 2015 evidencia además que se olvida que en dicha sentencia del Tribunal comunitario deniega la pretensión por parte del gobierno alemán y RWE, de considerar que la devolución de las cantidades que se habían percibido con anterioridad a la declaración de abusividad de la cláusula, supusiese un riesgo que pudiese generar trastornos graves a economía alemana, por lo que, invocando las graves consecuencias financieras que podrían producirse con relación a un gran número de contratos de suministro de gas en Alemania, dando lugar a un déficit notable entre las empresas afectadas, solicitaban limitar los efectos de la sentencia.

III. A MODO DE CONCLUSIÓN

El voto particular esgrimido en este pronunciamiento ha puesto de manifiesto que se ha desperdiciado una buena ocasión para aclarar alguno de los efectos contradictorios manifestados en la STS de 9 de mayo de 2013, como hubiera sido una revisión de los motivos que impulsaron a limitar el alcance de la ineficacia desde la fecha de publicación de dicha sentencia.

No explica tampoco como una cláusula inexistente puede generar efectos desfavorables para quien deba soportarla, del mismo modo que sucede respecto al hecho de que los efectos económicos repercutan igualmente sobre el prestatario; y, finalmente cómo debe armonizarse el criterio sentado por el TJUE en su sentencia de 14 de junio de 2012, de que los jueces no pueden integrar la cláusula declarada nula por falta de transparencia, con la reforma del TRLGDCU en su art. 83, y con la limitación del alcance de la ineficacia.

La conexión establecida entre ambos pronunciamientos impide, en suma, subsanar una incongruencia que no se comprendió en aquella fecha y que ahora con ésta pone en evidencia que, lejos de lo que se pensaba, flaco favor hace al consumidor, que no podrá comprender cuál es la razón para justificar que una cláusula que se tiene por no puesta en el contrato, no sólo le genera gastos sino que además legitima a la entidad bancaria para no devolverle las cantidades recibidas con anterioridad al 9 de mayo de 2013, justificando dicha decisión en unos motivos de orden público económico, que creo que, además de no ser coincidentes, en sentido contrario al criterio mantenido, ha propiciado la promulgación de normas de protección a los más debilitados frente a estos entes.

[42] CARRASCO PERERA, A., "Fin de la historia de la cláusula suelo: a devolver a los bancos el dinero que éstos entregaron notas jurisprudenciales fin de la historia de la cláusula suelo: a devolver a los bancos el dinero que éstos entregaron", *CESCO*, 17 abril 2015, http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco.

ISSN 2386-9151