

Doce tesis sobre la STJUE de 21 diciembre 2016:

Su impacto en la jurisprudencia del TJUE y del TS, no sólo sobre la retroactividad de la nulidad de las cláusulas suelo.

Sergio Cámara Lapuente

Catedrático de Derecho Civil
Universidad de La Rioja

Sumario

1. Introducción

2. Consecuencias para el Derecho de la Unión Europea

2.1. Tesis 1: la cláusula abusiva nula no ha existido, por tanto es ineficaz *ex tunc*, con retroactividad plena [*TJUE contra TS*]

2.2. Tesis 2: la ineficacia de las cláusulas abusivas (“no vincularán”) merece una interpretación autónoma por el TJUE, no por los Estados Miembros [*TJUE contra AG Mengozzi*]. Y el TS no elevó la protección de la Directiva.

2.3. Tesis 3: el control de transparencia del art. 4.2 (para elementos esenciales del contrato) es idéntico al del art. 5 (para todas las cláusulas no negociadas) [*TJUE contra TS*]

2.4. Tesis 4: ¿Las consecuencias de la falta de transparencia sí están en la Directiva, en concreto, estriban en la declaración de abusividad? [*TJUE, acaso actuando “ultra vires”, con el TS*].

2.5. Tesis 5: ante una cláusula no transparente, ¿procede declarar su abusividad directa o ponderar su posible abusividad? [*TJUE aún indefinido, TS sí directa*]. La tesis alternativa de la no incorporación.

2.6. Tesis 6: la jurisprudencia del TJUE goza de primacía y competencias exclusivas vedadas a la jurisprudencia nacional.

2.7. Tesis 7: la protección de los consumidores tiene (pocos) límites: la cosa juzgada es uno de ellos [*TJUE más protector que AG Mengozzi*]

2.8. Tesis 8: sobre las cuestiones no resueltas: los “graves trastornos económicos” hay que acreditarlos, la “buena fe de los círculos interesados” no parece compatible con la declaración de abusividad.

3. Consecuencias para el Derecho español

3.1. Tesis 9: ¿Responsabilidad patrimonial del Estado por infracción del Derecho de la Unión Europea por el Tribunal Supremo? No.

3.2. Tesis 10: el planteamiento de cuestiones prejudiciales por los tribunales españoles es beneficioso y necesario para la depuración y el progreso tanto del Derecho español como del Derecho de la UE

3.3. Tesis 11: ¿La cláusula suelo de veras constituye el objeto principal del contrato?

3.4. Tesis 12: la STJUE sí deberá incidir en los procesos en curso, en la jurisprudencia venidera y en una necesaria reforma legislativa, aunque no se podrán revisar todos los actos ya consumados (efectos de la cosa juzgada, valor de las renuncias y compensaciones, etc.).

4. Bibliografía

1. Introducción

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), en Gran Sala, ha decidido perseverar –en línea coherente con sus resoluciones anteriores– en la defensa del efecto útil del objetivo de protección al consumidor establecido en la Directiva 93/13/CE sobre cláusulas abusivas, abundando en el expediente del “efecto disuasorio” aparejado a la nulidad plena, que diseñara principalmente desde la STJUE 14.6.2012 (*Banesto*)¹. La STJUE 21.12.2016 (*Gutiérrez Naranjo*)² da un paso más en esa dirección, desdice así frontalmente el parecer el Abogado General (AG) MENGONI³ y declara contraria al Derecho de la Unión Europea, en concreto, al art. 6 de la Directiva, la jurisprudencia del Tribunal Supremo (TS) español consolidada en las SSTS (1^a) 9.5.2013 (para acciones colectivas), 25.3.2015 y 29.4.2015 (ambas para acciones individuales) que sostenía que la nulidad de una cláusula suelo declarada abusiva por falta de transparencia carece de carácter retroactivo y, por ende, sólo procede la devolución de las cantidades indebidamente percibidas a su amparo desde el 9 de mayo de 2013, fecha de la publicación de la primera STS (Plenaria) sobre la materia. La STJUE 21.12.2016 se pronuncia sin ambages en contra esa jurisprudencia (y en contra de su refrendo por el AG) y su esencia se condensa en dos pasajes nítidos y contundentes:

Ex §§ 61-63: “procede considerar, en principio, que una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido, de manera que no podrá tener efectos frente al consumidor (...), debe tener como consecuencia, en principio, el restablecimiento de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula. De lo anterior se deduce que la obligación del juez nacional de dejar sin aplicación una cláusula contractual abusiva que imponga el pago de importes que resulten ser cantidades indebidamente pagadas genera, en principio, el correspondiente efecto restitutorio en relación con tales importes. Efectivamente, la exclusión de tal efecto restitutorio podría poner en cuestión el efecto disuasorio que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva (...) pretende atribuir a la declaración del carácter abusivo (...).”

Ex §§ 71-73: “las condiciones estipuladas por los Derechos nacionales, a las que se refiere el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, no podrán afectar al contenido sustancial del derecho a no estar vinculado por una cláusula considerada abusiva (...). La limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo, que el Tribunal Supremo acordó en la sentencia de 9 de mayo de 2013, equivale a privar con carácter general a todo consumidor (...) del derecho a obtener la restitución íntegra de las cantidades (...). Una jurisprudencia nacional – como la plasmada en la sentencia de 9 de mayo de 2013– (...) sólo permite garantizar una protección limitada a los consumidores (...) tal protección resulta incompleta e insuficiente y no constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de dicha cláusula, en contra de lo que establece el artículo 7 (...).”

¹ STJUE 14.6.2012, *Banco Español de Crédito S.A. c. Joaquín Calderón Camino*, asunto C-618/10.

² STJUE 21.12.2016, *Francisco Gutiérrez Naranjo c. Cajasur Banco, S.A.U., Ana María Palacios Martínez c. Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. (BBVA), Banco Popular Español, S.A., c. Emilio Irles López, Teresa Torres Andreu*, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15.

³ Conclusiones del Abogado General Sr. Paolo MENGONI presentadas el 13 de julio de 2016, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15.

La decisión principal (retroactividad de la nulidad), pese al desdoro que supone para nuestro Alto Tribunal y las consecuencias económicas que pueda tener, *técnicamente debe ser aplaudida* y, superada la sorpresa que supuso el parecer y argumentación del Abogado General en julio de 2016, puede calificarse de evidente y atinada. Al Tribunal de Luxemburgo no le han hecho temblar el pulso las razones macroeconómicas y se ha guiado por la coherencia técnica y la justicia material. *Ello no obsta para que la argumentación* finalmente adoptada por el TJUE para ese resultado *contenga algunos pasos arriesgados o acaso excesivos* para el futuro, de manera que, cerrando una cuestión capital, abre (o al menos no cierra) nuevos frentes en torno a la naturaleza y configuración del nuevo control de transparencia o a las modalidades de ineficacia que pueden comprenderse en el “no vincularán” del art. 6 de la Directiva, entre otras cuestiones que ahora se abordarán.

Por eso se propone a continuación una serie de tesis (con su pliego de corolarios) divididas entre aquellas que atañen a cuestiones más ligadas al Derecho europeo y a la Directiva –que previsiblemente tendrán más largo recorrido– y aquellas otras más domésticas y ligadas al Derecho español –sin duda más urgentes e inmediatas, pero cuya resolución será, presumiblemente, acelerada en su mayor parte⁴.

2. Consecuencias para el Derecho de la Unión Europea

2.1. Tesis 1: la cláusula abusiva nula no ha existido, por tanto es ineficaz *ex tunc*, con retroactividad plena [TJUE contra TS]

Permítaseme principiar por el final, en el que hay entreveradas cuestiones europeas y puramente nacionales, por ser el nudo gordiano del fallo.

a) Que la solución del Tribunal Supremo era contraria al Derecho español vigente era obvio y las razones que aducía el Alto Tribunal eran insuficientes e inconsistentes. La doctrina se ocupó tempranamente en destacarlo y numerosos Juzgados de instancia, mercantiles y Audiencias⁵ desatendieron el criterio de la nulidad irretroactiva (o parcialmente irretroactiva) tanto antes como incluso después del refrendo plenario de las SSTS 25.3.2015 y 29.4.2015, con variados argumentos. La historia es de sobra conocida y no se incidirá ahora más en ella⁶, por mor de la síntesis requerida⁷. La evidencia de que la nulidad de pleno derecho establecida tanto en el art. 83

⁴ Se trata de cuestiones no resueltas al escribir este comentario, pero que se decantarán rápidamente o lo estarán al publicarse estas líneas, por efecto de la previsible celeridad con que se sucederán las resoluciones judiciales de instancia, del propio Tribunal Supremo y, acaso, del propio legislador.

⁵ Por dar a cada uno lo suyo, procede destacar, entre las sentencias pioneras en esta forma de argumentar, la SJMerc. (nº 2) de Málaga de 23.5.2013 (MP: A. Cohen Benchetrit) o la SAP Álava (sec. 1^a) de 9.7.2013 (MP: E. Rodríguez Achútegui).

⁶ Entre los ensayos doctrinales iniciales y más completos que criticaron los argumentos del TS sobre la irretroactividad de la nulidad, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2013), ACHÓN BRUÑÉN (2014 y 2015).

⁷ Por el carácter sintético requerido para este comentario se prescindirá de extenso aparato bibliográfico y jurisprudencial y cabe excusar el uso intensivo de la autocita, a donde se remite al lector para desarrollo previo por este autor de varios argumentos expuestos; en particular en CÁMARA LAPUENTE, “Transparencias, desequilibrios e ineficacias en el régimen de las cláusulas abusivas”, conferencia impartida en la Academia

TR-LGDCU como en el art. 1303 CC supone una ineeficacia *ex tunc* y comporta que “los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses” (art. 1303) es tan patente, que la alusión del Tribunal Supremo a otros preceptos sectoriales sobre nulidad “matizada” –inaplicables al caso, sin laguna ni analogía posible–, a principios generales, a doctrina constitucional sobre la posible irretroactividad de los efectos “de las sentencias” (no de la nulidad contractual), a la naturaleza de la acción colectiva y su equiparación con las acciones individuales, a las pretensiones expuestas por el Ministerio Fiscal, etc., son asertos con escaso o nulo poder de convicción o justificación. La razón última de esa solución, el “riesgo de grave trastorno económico” para el sistema financiero español –que con realismo y coraje se apuntó como causa única del fallo en el voto particular emitido por los magistrados F. J. Orduña Moreno y X. O’Callaghan Muñoz, discrepantes con la mentada irretroactividad consagrada en la STS 25.3.2015–, con todo el vértigo pragmático que pudo alentarla, ni se acreditó en su momento ni cumplió, por tanto, con los parámetros exigidos por la jurisprudencia del TJUE que se invocaba (véase *infra*, tesis 8).

Pero *la mayor inconsistencia técnica* de la solución del Tribunal Supremo, que impedía la recuperación de las cantidades indebidamente percibidas antes del 9 de mayo de 2013 por las entidades financieras al amparo de una cláusula declarada nula por abusiva (pues consideró que una cláusula no transparente es abusiva), *fue crear (judicialmente) dos nulidades con eficacias dispares para cláusulas declaradas igualmente abusivas*⁸. Una cláusula declarada abusiva por el control de contenido (arts. 82 y 85-91 TR-LGDCU) es nula de pleno de derecho con ineeficacia *ex tunc*, al amparo de lo prescrito en el art. 83 TR-LGDCU en conexión con el art. 1303 CC, mientras que una cláusula declarada abusiva por el control de transparencia (de diseño jurisprudencial al amparo del art. 4.2 de la Directiva, no transpuesto formalmente en España) es igualmente nula de pleno derecho con ineeficacia sólo *ex nunc*, desde 9.5.2013, supuestamente al amparo de los mismos preceptos citados sobre la nulidad de las cláusulas abusivas.

La *incongruencia jurídica* aún ha resultado más notoria y contraria a principios elementales *cuando se contrasta con la solución dada a la posible nulidad (plena y retroactiva) de las cláusulas suelo en contratos con adherentes empresarios, a la luz de la STS (plenaria) 3.6.2016* (MP: P. J. Vela Torres)⁹. Según esta sentencia, el control de transparencia no se aplica a contratos entre empresarios o profesionales, pues dado que la sanción es el carácter abusivo de la cláusula, este expediente está reservado en exclusiva para los contratos con consumidores. Ahora bien, la sentencia abre la puerta a un paralelo control de aquellos contratos por la vía de las normas del Código Civil y, en particular, por las normas relativas a la buena fe en los contratos (fundamentalmente, el art. 1258 CC y el art. 57 Ccom.); aunque en esa sentencia se descartó anular la cláusula suelo por entender que la farmacéutica que había solicitado el préstamo hipotecario para ampliar su local sí había negociado, comprendido y aceptado expresamente y a plena conciencia la cláusula, y, por ende,

Matritense del Notariado el 26.3.2015: un resumen publicado online en CÁMARA LAPUENTE (2015a) en *El Notario del siglo XXI* y, en extenso, en los AAMN, a donde se harán las referencias de CÁMARA LAPUENTE (2015b).

⁸ CÁMARA LAPUENTE (2015b), donde se desarrolla la idea.

⁹ Sobre la sentencia y la posibilidad de controles en los contratos de adhesión entre empresarios, CÁMARA LAPUENTE (2016 y 2017b). Véase, con otro enfoque, PERTÍNEZ VÍLCHEZ (2016). También SÁENZ DE JUBERA HIGUERO (2016); y antes de la STS, SERRANO DE NICOLÁS/SÁNCHEZ GARCÍA (2016).

no había habido abuso en la posición contractual del banco predisponente ni desequilibrio contrario a la buena fe. Pero el cauce abierto por esa STS 3.6.2016 ha hecho que ulteriores sentencias lleguen al resultado de declarar nula por contraria a la buena fe *ex art. 1258 CC* idénticas cláusulas suelo cuando no quede probada la negociación y comprensión real de la cláusula: así lo ha hecho ya, por ejemplo, la *SAP La Rioja 15.7.2016* (MP: B. Sáenz de Jubera Higuero), con la consiguiente devolución de “todas las cantidades cobradas indebidamente como consecuencia de la aplicación de esta cláusula desde el comienzo de la vigencia del contrato” de préstamo para fines empresariales. Tenemos, por tanto, que *con la doctrina del Tribunal Supremo, ante las mismas cláusulas y con circunstancias fácticas similares, un consumidor no percibiría sino las cantidades excesivas abonadas desde 9.5.2013, mientras que un empresario –al que no se le aplican las reglas especialmente tutivas de consumo– paradójicamente percibiría todas las cantidades indebidas desde que la cláusula, ahora anulada, devino operativa.*

b) Ahora, además, *la STJUE 21.12.2016 declara que la solución del Tribunal Supremo también es contraria al Derecho de la Unión Europea*. En concreto, resulta contraria al art. 6.1 de la Directiva que fija que los Estados miembros establecerán que las cláusulas abusivas “no vincularán” al consumidor. El TJUE recuerda primero la interpretación que esta regla le ha merecido hasta la fecha y coloca las vallas que delimitan los poderes de jueces y legisladores al respecto: es una norma de *orden público* (§ 54), es norma *imperativa* que pretende reemplazar el equilibrio formal por un equilibrio real entre las partes (§ 55), el *juez no puede modificar* el contenido de la cláusula abusiva (§ 57 y STJUE 4.6.2012, *Banesto*, que obligó al legislador a cambiar el art. 83 TR-LGDCU con sus facultades de moderación) para *no eliminar el efecto disuasorio* que genera su inaplicación total (§ 60 y STJUE 21.1.2015, *Unicaja*, insistiendo en la doctrina *Banesto*) y además el juez debe *apreciar de oficio* el carácter abusivo (§§ 58-59).

Y tras ese repaso preciso y sintético, en el que el TJUE no muestra ninguna tibieza, duda o contrapeso adicional (ningún “en principio” precautorio entre los §§ 54 y 60), asesta con su interpretación del art. 6.1 de la Directiva –por primera vez formulada, aunque con tres cautelosos “en principios” en los §§ 61 y 62, véase *infra*– su golpe de gracia a la limitación en el tiempo de la ineficacia de las cláusulas abusivas creada por Tribunal Supremo: según la STJUE 21.12.2016, que la cláusula no vincule al consumidor significa que “*nunca ha existido*, de manera que no podrá tener efectos frente al consumidor”, por lo que si la cláusula abusiva y nula ordenaba el pago de cantidades indebidas, debe producirse un “efecto restitutorio”, pues excluirlo pondría en cuestión el citado efecto disuasorio aparejado (por obra del TJUE) al art. 6.1 de la Directiva. En consecuencia, “una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo” se opone dicho precepto (§ 75): el consumidor tiene “*derecho a obtener la restitución íntegra* de las cantidades que haya abonado indebidamente a la entidad bancaria”. Aunque los términos transcritos hablan por sí mismos, podría añadirse, con otra dicción: la nulidad (española) de pleno derecho con ineficacia *ex tunc* establecida en el art. 1303 CC es, también, como mínimo, la categoría de ineficacia contractual (europea) que encaja mejor en la noción abierta de “no vincularán” de la Directiva y los Estados miembros no pueden rebajar ese mínimo protector.

2.2. Tesis 2: la ineeficacia de las cláusulas abusivas (“no vincularán”) merece una interpretación autónoma por el TJUE, no por los Estados Miembros [TJUE contra AG Mengozzi]. Y el TS no elevó la protección de la Directiva.

a) Esta tesis del TJUE, formulada por vez primera en esta sentencia de 21.12.2016, podría para algunos resultar discutible (empezando por el AG Mengozzi), pero a nuestro entender sí es competente el TJUE, de hecho el único competente, para fijar el alcance que haya de darse a ese intencionalmente amplio término de la falta de vinculación incorporado al art. 6 de la Directiva; cuestión distinta es que siendo competente para la interpretación autónoma de una noción europea, la solución adoptada pueda tener sus riesgos *ad futurum* (*infra sub c*) y también que deban manifestarse, en cambio, serios recelos a que el Tribunal de Luxemburgo no haya actuado *ultra vires* al establecer su interpretación sobre la ineeficacia aparejada al control de transparencia (*infra*, tesis 4 y 5); es decir, *la interpretación del alcance de los arts. 6 y 7 de la Directiva sí es competencia del TJUE (ineficiencia de las cláusulas abusivas), pero que las consecuencias de la falta de transparencia estén también en la Directiva (en el mismo art. 6) y, por tanto, corresponda al TJUE perfilarlas, es aserto mucho más discutible, cuando no errado*, como después tratará de demostrarse.

Reconstruyamos el *iter* histórico de la argumentación en tres pasos:

- Primero, el legislador de la UE, conscientemente eligió el término “no vincularán” las cláusulas abusivas por su amplitud, habida cuenta de la falta de armonización europea de las categorías de la ineeficacia contractual y de la diversidad de soluciones nacionales; el tan traído y llevado *Informe de la Comisión Europea de los cinco años de aplicación de la Directiva 93/13*, así lo reflejaba de forma algo ambigua¹⁰, aunque también afirmaba como una de las garantías inexcusables de aplicación del precepto, literalmente, que la decisión judicial “debe retrotraer sus efectos al momento de la conclusión del contrato (*ex tunc*)”. Igual que el Informe indicaba que procede el control de oficio *ex art. 6.1* aunque el precepto no lo mentara y el TJUE lo ha refrendado después hasta la saciedad, con la sentencia en examen da curso el Tribunal a esa interpretación *de minimis* del citado precepto en punto a la ineeficacia plenamente retroactiva¹¹.

¹⁰ COMISIÓN EUROPEA (2000), *Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores*, Bruselas, 27 de abril de 2000, COM (2000) 248 final, pp: 19-20: “Dada la diversidad de tradiciones jurídicas existentes, esta disposición ha sido incorporada de diferente manera (las sanciones civiles varían entre la inexistencia, la nulidad, la anulabilidad, la ineeficacia o la no aplicabilidad de las cláusulas abusivas). Sin embargo y con el fin de preservar el alcance y salvaguardar el efecto útil de la Directiva, los diferentes ordenamientos jurídicos deben respetar una serie de principios para garantizar que una cláusula abusiva no vincula efectivamente al consumidor. A este respecto, el consumidor debe contar con la posibilidad irrenunciable (...) de negarse a cumplir las obligaciones derivadas de la cláusula abusiva sin necesidad de una decisión judicial previa. Además, la decisión judicial por la que se declara abusiva una cláusula determinada debe retrotraer sus efectos al momento de la conclusión del contrato (*ex tunc*). Por último, el juez debe poder conocer de oficio (...). No es fácil determinar el grado en que los diferentes ordenamientos jurídicos nacionales reconocen estas posibilidades, pero hay razones para temer que muchos de ellos no lo hacen”.

¹¹ Como se puede apreciar, este *Informe*, citado tanto por el AG como por los agentes del Reino de España en sus alegaciones sobre la cuestión prejudicial origen de la STJUE 21.12.2016, en parte del párrafo transcrita en la nota anterior, reconoce, sólo cinco años después de aprobarse la Directiva que puede haber diversidad en la transposición (en tres aspectos derivados del art. 6, no sólo en el tema de la retroactividad, y sin especial concreción del grado de diversidad legislativa), pero ya se pronunciaba muy precisamente sobre la necesidad de que el

- Segundo, el AG Mengozzi indicó: que el art. 6.1 “no carece de una cierta *ambigüedad*”; que la expresión escogida es “*neutra*” para dejar libertad a los Estados miembros sobre la categoría de ineffectividad más idónea; que la nulidad no es la única vía para cumplir el mandato de la Directiva pero que dicha nulidad sí garantiza el nivel de protección exigido; que el TJUE hasta la fecha “no ha procedido a subsanar, de forma perentoria, la imprecisión del art. 6, apartado 1, de la Directiva 93/13. No ha ido más allá de esta neutralidad aparente, y quizás no podía hacerlo”; y que “probablemente no le corresponda hacerlo”, sino que esas peculiaridades “deben ser decididas por los propios Estados miembros”¹². Similares conceptos y expresiones aducía la Abogacía del Estado en representación de España.
- Tercero, la STJUE 21.12.2016 no comparte en absoluto ese criterio del AG y considera que el Tribunal sí es competente para esclarecer el significado del término “no vincularán” del art. 6. De manera curiosa, el TJUE en esta sentencia huye de los formales raíles argumentativos a que nos tiene acostumbrados¹³ al evaluar las legislaciones y jurisprudencias nacionales con el patrón de los principios de efectividad y equivalencia (y autonomía procesal) –que seguían también las alegaciones del Reino de España y, parcialmente, del AG–, y encara su decisión con dos ideas de fondo: *los efectos de la abusividad sí están incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva (§§ 47-51) y las remisiones del art. 6 a las funciones de los Derechos nacionales al desarrollar el carácter no vinculante de las cláusulas abusivas no autorizan a rebajar una protección mínima que debe restablecer plenamente la situación de hecho y de Derecho de no haber existido la cláusula (§§ 64-66)*. Abordemos ambas afirmaciones y una tercera (que el TS no elevó el nivel de protección de la Directiva) como corolarios de esta tesis del TJUE.

b) Los efectos del carácter abusivo de una cláusula sí están incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva. Esta conclusión la aborda la STJUE con carácter preliminar a todo lo demás (§ 47) por ser una alegación del Gobierno español, de Cajasur Banco y del Banco Popular. Como ya se ha dicho, *estamos de acuerdo* con ese desenlace en lo que atañe, en general, a las consecuencias derivadas de declarar abusiva una cláusula, que es materia novedosa y de gran trascendencia

juez declare la ineffectividad *ex tunc*. E igual que barrunta que no todos los Estados miembros daban cobertura al control de oficio de los tribunales, *los años posteriores han demostrado que el TJUE ha apuntalado sin dejar duda alguna que dicho control de oficio es obligatorio* para todos los Estados Miembros (España incluida, desde la señera STJUE 27.6.2000, [C-240/98] *Océano*, o la STJUE 6.10.2009, [C-40/08] *Asturcom*, hasta el ATJUE 18.2.2016, [C-49/14] *Finanmadrid*, ¡¡sí, también en el monitorio!!; o, recientemente, en la STJUE 28.7.2016, [C-168/15], *Tomášová*); de igual manera, la STJUE 21.12.2016 –cabe insistir, coherentemente– deja claro que el sintagma “no vincularán” comprende, como mínimo la declaración judicial del carácter retroactivo de la ineffectividad de la cláusula abusiva. En relación con el carácter supuestamente “neutro” del término “no vincularán”, ese apelativo no aparece en el citado Informe del año 2000 (véase la nota siguiente).

¹² Principalmente, §§ 52-55 y 61-64 de las *Conclusiones del AG Sr. Paolo Mengozzi* presentadas el 13.7.2016. Sobre la referencia al carácter “neutro” del “no vincularán” de la Directiva, tan subrayado por el AG, esos términos no se encuentran en el *Informe* de la Comisión europea, sino en el informe de síntesis de las jornadas preparadas por la institución en fechas inminenteamente anteriores, en concreto, en TENREIRO/FERIOLI (2000), pp. 9-10 (y posteriormente fueron empleadas por la AG Verica TRSTENJAK en sus conclusiones [de 6.12.2011] en el asunto *Invitel* [C-472/10], § 48, nota 28, refiriéndose a la obra de un autor alemán, KAPNOPOULOU, no al citado ensayo de síntesis).

¹³ Al menos, en materia de cláusulas abusivas, desde las SSTJUE 14.6.2012 (*Banesto*) y 14.3.2013 (*Aziz*).

futura para los efectos de la abusividad *cuando se aplique el control de contenido (desequilibrio, buena fe, afrenta al listado de cláusulas abusivas, etc.)*; es decir, debidamente expurgada la conclusión del § 51 de la sentencia en estos términos: “el examen del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1 de la Directiva 93/13 (...) está comprendido dentro del ámbito de aplicación de la Directiva en general y del artículo 6, apartado 1, de ésta en particular”; es la respuesta a las alegaciones de que el art. 6.1 se remite a la articulación de sus efectos a los derechos nacionales. Ello no lo excluye del ámbito de la Directiva, pues cuenta con unos límites o mínimos europeos. Ahora bien, *discrepamos de la afirmación cuando lo que se hace es conectar el control de transparencia con la abusividad*, es decir, cuando se decide que la sanción por no superar ese control (4.2 y 5 de la Directiva) en las cláusulas que definen el objeto principal del contrato deba ser *necesariamente* el carácter abusivo de dicha cláusula (directo o ponderado, luego se verá); es decir, cuando se conecta el art. 4.2 (control de elementos esenciales) con el 6 (consecuencias del carácter abusivo) por la vía del art. 3 (definición de cláusula abusiva); mientras que, en realidad, el art. 4.2 (y el 5) al configurar el deber de que la redacción de la cláusula sea “clara y comprensible”, sólo encuentra en la Directiva una sanción expresa (no en el art. 6, sino en el propio art. 5: interpretación *contra proferentem*) y, por tanto, *sí quedaron fuera de la Directiva, como una laguna reiteradamente denunciada*¹⁴, *cuáles podrían ser otras consecuencias de que las cláusulas sobre elementos esenciales del contrato no fuesen transparentes, existiendo al menos tres modelos nacionales*¹⁵: su no incorporación al contrato, su nulidad por considerar que se trata de cláusulas directamente abusivas (TS español) o su nulidad como cláusulas abusivas después de ponderar si concurren el resto de requisitos del art. 3 (y 4.1, según el Derecho alemán), como ahora parece dejar entrever esta STJUE, en sentencia diseñada por un magistrado-ponente letón, pero formado en Alemania y en Derecho alemán¹⁶, en lo que puede ser una nueva constatación –desde la propia terminología (“transparencia material”) hasta las consecuencias de este expediente– de la influyente interpretación que tiene la doctrina alemana sobre los preceptos de la Directiva 93/13¹⁷.

Cómo da el paso esta sentencia de decir que el Tribunal de Luxemburgo conserva (al menos cierta) soberanía sobre la interpretación del art. 6.1 (significado de “no vincularán”, correcto), a decir que la falta de transparencia del art. 4.2 tiene la misma consecuencia (lo que parece hoy más bien labor de un futuro legislador europeo, no de un TJUE que acaso se haya excedido en sus funciones en este punto), parece un tanto endeble y corre así: (i) el TS interpretó que el art. 4.2 comprendía no sólo una transparencia formal sino también material (§ 48 de la STJUE, lo cual es correcto y lo diría poco después la propia STJUE 30.4.2014, *Kásler*); (ii) “el control de la transparencia material” de las cláusulas sobre el objeto principal del contrato *ex art. 4.2* es el mismo que el del art. 5 de la Directiva para todo tipo de cláusulas no negociadas (§ 49 de la

¹⁴ ARMBRÜSTER (2008), p. 168; EBERS (2008), pp. 248-251 y EBERS (2016), pp. 905-909; STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE (2010), I, p. 632.

¹⁵ He desarrollado todas estas ideas, con constataciones de Derecho comparado, en CÁMARA LAPUENTE (2015b), pp. 562-563 y 570-589.

¹⁶ El ponente de esta STJUE es el magistrado Egils LEVITS, quien, en la propia página del TJUE, se destaca que se licenció en Derecho y Ciencias Políticas en la Universidad de Hamburgo y es colaborador científico de la Facultad de Derecho de Kiel.

¹⁷ Sobre ello y, en particular, sobre la influencia del Derecho alemán en diversos Abogados Generales, con demostración a través de Conclusiones seleccionadas de AGs, véase CÁMARA LAPUENTE (2015 b), pp. 590-591.

STJUE, que es en lo único en lo que el Tribunal está de acuerdo con el AG, es correcto y lo dicen de forma aún más nítida, aunque no las cite esta STJUE 21.12.2016, las SSTJUE 30.4.2014, *Kásler*, y 25.2.2015, *Matei*); (iii) el TJUE ha declarado (en la sentencia de 21.3.2013, *RWE Vertrieb*) que es fundamental que el consumidor tenga información precontractual de las condiciones generales y sus consecuencias (§ 50 de la STJUE). Fin de la argumentación. Volveremos a ella después, en la cuarta tesis. Retomemos ahora la segunda afirmación del TJUE sobre su competencia para alumbrar una interpretación autónoma del art. 6 de la Directiva.

c) *Los Estados miembros no pueden rebajar una protección mínima que adorna al art. 6 en cuanto a la retroactividad plena de la nulidad, pese a las remisiones de ese precepto a las legislaciones nacionales.* Ciertamente, el art. 6.1 de la Directiva establece que las cláusulas abusivas no vincularán a los consumidores “en las condiciones estipuladas por sus Derechos nacionales”; también el art. 7.1 fija que “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”. No obstante, el Tribunal llega a la conclusión citada porque “el Derecho nacional (...) no puede modificar la amplitud de tal protección –ni, por tanto, su contenido sustancial–, poniendo de este modo en cuestión la protección más eficaz del consumidor, mediante la adopción de normas uniformes sobre cláusulas abusivas”; el papel de los Estados miembros podrá precisar condiciones sobre la declaración de efectos abusivos, pero no podrá evitar que se restablezca la situación del consumidor como si no hubiera existido nunca la cláusula. Puede decirse que, a juicio del TJUE, la falta de vinculación de la cláusula comporta como mínimo su expulsión del contrato con carácter plenamente retroactivo. Esta solución es totalmente conforme con el Derecho español tal como obra en los textos legales (art. 83 TR-LGDCU y 1303 CC) y lo que hace es depurar la creación jurisprudencial de una nulidad rebajada sin base legal, ni nacional ni europea.

Pero decidir que la falta de vinculación, como mínimo, se corresponde con una nulidad plena con ineficacia *ex tunc*, puede a la postre acabar teniendo *dos contraindicaciones o peligros*: en primer lugar, en el futuro pondrá a prueba las legislaciones y jurisprudencias de otros Estados miembros que no comparten esas consecuencias (los países que la Comisión Europea “temía” en su *Informe* sobre los cinco años de aplicación de la Directiva que no cumplían con esto; habrá que examinar si 20 años después de la Directiva sigue existiendo alguno o no); en este sentido, el impacto “grave” de la STJUE 21.12.2016 podría serlo también, o incluso mayor, en otros ordenamientos (pero recuérdese que sólo España y un Reino Unido pre-Brexit hicieron alegaciones en contra de este parecer; la República Checa y la Comisión Europea apoyaron la ineficacia *ex tunc*).

En segundo lugar, la solución de la nulidad absoluta, adecuada al problema planteado por las cláusulas-suelo (pagos indebidos), podría no ser acaso la solución más idónea para la falta de vinculación de según qué cláusulas en según qué tipos contractuales¹⁸; piénsese en el juego de la

¹⁸ Es un problema paralelo al de vetar el reemplazo por el Derecho dispositivo como consecuencia de la ineficacia de una cláusula contractual que no constituya el objeto principal del contrato, que es la solución más adecuada al régimen europeo de las cláusulas abusivas, pero puede no ser la respuesta idónea para determinados tipos de cláusulas: al respecto, CÁMARA LAPUENTE (2015b), pp. 635-636. Sobre la STJUE 21.12.2016 alerta también de los problemas de la rigidez de identificar “no vincularán” con “nulidad” ALFARO ÁGUILA-REAL (2016), quien aporta

nulidad, el desistimiento y la resolución en los contratos de servicios, donde el consumidor ha podido obtener un claro beneficio durante la vigencia del contrato y la ineficacia se propala *ex nunc*. Era, por ejemplo, el caso de la STS 13.3.2012 (MP: J. R. Ferrández Gabriel, acceso a canales y servicios digitales: la restitución de lo pagado habría generado el disfrute de un servicio sin ninguna contraprestación) que en su día citara la STS 9.5.2013; podría la nulidad con plena retroacción en todos los casos, pero entonces seguramente despertaría en los tribunales la presión de hallar algún expediente para compensar al empresario o profesional como el enriquecimiento injusto o la, en su momento incipiente doctrina en votos particulares, “eficacia resultante del contrato”¹⁹, que, a su vez, se encontraría seguramente con el muro del efecto disuasorio de las sanciones contra las cláusulas abusivas, la prohibición de la facultad de moderar y la prohibición de integrar el contrato con el Derecho dispositivo salvo algún supuesto especificado por el TJUE.

Esta retahíla de futuros movimientos y refinamientos de la doctrina ahora sentada por la STJUE 21.12.2016 explicaría, desde mi punto de vista, que varios de los fundamentos jurídicos más novedosos y radicales (§§ 61-62) de esta sentencia maticen con un “en principio” (tres “en principios”, en verdad) la asimilación entre falta de vinculación, inexistencia de la cláusula y restitución íntegra de importes; y, como si el TJUE fuese consciente de que puede tener que matizar en el futuro esa delimitación de la naturaleza jurídica de la falta de vinculación según cláusulas y tipos contractuales, tampoco aflora en la contestación final a las cuestiones prejudiciales, sin ser, desde luego, un mero *obiter dicta* de la sentencia.

d) El Tribunal Supremo español no elevó el nivel de protección de la Directiva. Esta afirmación es prácticamente la única que comparten con rotundidad tanto el TJUE como el AG²⁰; de hecho, la única cita de las conclusiones del AG MENGONI en toda la sentencia (§ 49), va en este sentido. La alegación, no obstante, debe matizarse y ponerse en su justo contexto: es cierto que el control de transparencia derivado del art. 4.2 de la Directiva para los elementos esenciales del contrato es el mismo que el del art. 5 y también que la *transparencia, en cuanto a su naturaleza*, no es meramente formal sino también material, de manera que el consumidor comprenda no sólo su significado sino también el alcance jurídico y económico de su compromiso; esto último lo dijo el TS con unos meses de antelación al TJUE. En este sentido, el TS no elevó el nivel de protección de la Directiva, tal como interpreta el TJUE el art. 4.2. Más discutible puede ser dilucidar si lo elevó *en cuanto a los efectos de la transparencia*. El TJUE hasta esta sentencia de 21.12.2016 no se había pronunciado con nitidez sobre las consecuencias de la falta de transparencia de una cláusula no negociada; propiamente, sólo había dicho (*infra*, tesis 5) que “podría” ser abusiva. Nuestro TS sí la declaraba directamente abusiva: en este sentido, y sólo en este sentido, el TS –aun con desacuerdo técnico desde nuestro punto de vista, pues la sanción por falta de transparencia no

diversos ejemplos en que la restitución de las prestaciones no es posible o conveniente y se perdería “la flexibilidad del Derecho para anudar consecuencias jurídicas a la infracción de normas imperativas”.

¹⁹ En concreto, en la STS 11.5.2014 (MP: F. J. Orduña Moreno) y en el voto particular de este mismo magistrado, junto con otros tres, en la STS (Pleno) 15.4.2014 (caso *Polaris*). Esta tesis parece quedar descartada en la STS (Plenaria) 22.4.2015 (MP: R. Sarazá Jimena, sin votos particulares). Véase al respecto CÁMARA LAPUENTE, (2015 b), pp. 636-639.

²⁰ Véanse sobre todo los §§ 19, 45, 72 y 74 de las Conclusiones del AG.

debería ser la abusividad directa- puede que eleve en algo el nivel de protección dispensado por el art. 4.2 de la Directiva; ahora el TJUE deja claro por fin (§ 51) que una cláusula no transparente merece “el examen del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3” de la Directiva. Pero aún no se pronuncia con la necesaria claridad acerca de si se trata de una abusividad directa como la que preconiza nuestro TS (más sencilla y, por tanto, más protecciónista) o de una abusividad ponderada, como parece requerir entonces la Directiva (examen no sólo de la falta de comprensión real, sino de la buena fe, del desequilibrio, del resto de circunstancias del contrato y de las contempladas en el art. 4.1 de la Directiva, etc.).

Lo que, en cambio, sí permite *confirmar* que, en efecto, *el Tribunal Supremo a la postre no elevó el nivel de protección de la Directiva* es que una vez decretada la nulidad por abusiva de la cláusula no transparente, no le otorgó la ineficacia total y *desde el inicio* que el término “no vincularán” comporta para cualesquiera otras cláusulas abusivas. La Directiva se venía aplicando en este sentido en España para el control de contenido. Una prueba más de que la protección dispensada a los consumidores por efecto de la transposición de la Directiva no se elevó con esta jurisprudencia nacional son las paradójicas consecuencias derivadas de la STS 3.6.2016 (y su lógico corolario en, *ad ex.*, la SAP La Rioja 15.7.2016): los empresarios adherentes pueden recuperar todas las cantidades indebidamente pagadas por una cláusula suelo contraria a la buena fe *ex Código civil*, mientras que los consumidores no. La jurisprudencia del TS ni siquiera elevaba el nivel de protección mínimo del Código civil y la Ley de Condiciones Generales de los contratos (ni, mucho menos, del art. 83 TR-LGDCU derivado del art. 6 de la Directiva), ¿o cabe pensar que la admisión nacional del control de transparencia ínsito en los arts. 4.2 y 5 de la Directiva suponen una rebaja del nivel de protección general que dispensa el ordenamiento español? No debería ser así. Ahora bien, hay que dar al César lo que es del César: el Tribunal Supremo español dejó claro con acierto con la STS 9.5.2013 que el art. 4.2 de la Directiva sí estaba vigente en nuestro ordenamiento –en una suerte de refrendo o “transposición” jurisprudencial ante la nociva incuria legislativa-, cuando con la extralimitada doctrina derivada de la STJUE 3.6.2010, *CajaMadrid*, tenía clara holgura para haber llegado con cierta libertad a la conclusión contraria²¹ (que, en ese caso sí, hubiera elevado el nivel de protección de los consumidores al permitir no sólo un control de transparencia, sino también un control de contenido de los elementos esenciales del contrato).

2.3. Tesis 3: el control de transparencia del art. 4.2 (para elementos esenciales del contrato) es idéntico al del art. 5 (para todas las cláusulas no negociadas) [TJUE contra TS]

La tesis ha salido con reiteración en estas páginas, la recuerda el § 49 de la STJUE 21.12.2016 (con cita sólo del AG) y ha sido formulada incluso con más nitidez en las SSTJUE 30.4.2014 (*Kásler*) y 25.2.2015 (*Matei*)²², por lo que no se reiterará. Ténganse en cuenta sólo dos consideraciones para el

²¹ Sobre ello, CÁMARA LAPUENTE (2013), *passim*. Y sobre las razones por las que el 4.2 debía entenderse vigente en España CÁMARA LAPUENTE (2006), *passim*.

²² Según el § 73 de la STJUE 25.2.2015 (*Matei*), “la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales establecida en los artículos 4, apartado 2, y 5 de la Directiva 93/13 –los cuales tienen, por lo demás, un alcance idéntico– no puede reducirse sólo al carácter comprensible de aquéllas en un plano formal y gramatical”. Según los §§ 67 a 69

futuro, aún no esclarecidas por la jurisprudencia:

- Primera, ¿significa eso que *cualquier* cláusula no negociada que no cumpla el filtro de transparencia (“material”, no “formal”) *ex art. 5* puede ser declarada *abusiva* por esta causa (v. gr., sobre intereses moratorios y no sólo sobre remuneratorios) o significa que las cláusulas no negociadas que definan el objeto principal del contrato (art. 4.2) si no superan dicho filtro entonces sí están sometidas al control de contenido sobre su abusividad, como cualquier otra cláusula, con todos sus parámetros y matices (arts. 3 y 4.1)? Mi pronóstico sobre la futura jurisprudencia del TJUE es que podría haber una respuesta positiva en ambos casos²³, por más que sería preferible reconducir la ineficacia derivada de la falta de transparencia al control de incorporación²⁴ (*extra*-Directiva e incluible en una futura modificación de la misma), sin perder la moderna configuración jurisprudencial de la “naturaleza” del control de transparencia (comprensión real y no sólo gramatical).
- Segunda, las rotundas afirmaciones de la *STS (Pleno)* 14.7.2016 (MP: I. SANCHO GARGALLO) acerca de que la falta de transparencia como criterio determinante del carácter abusivo sólo puede aplicarse a las que configuran el objeto principal del contrato, pero *no al resto de cláusulas* –como, en el caso, la de sometimiento a ejecución extrajudicial en caso de incumplimiento del préstamo hipotecario²⁵, no parecen compadecerse nada bien con la vigente jurisprudencia del TJUE sobre la equiparación del control de transparencia en los arts. 4.2 y 5 de la Directiva; como mínimo en cuanto al sentido, naturaleza o rasgos de dicho control, más discutible, según se ha expuesto, en cuanto a las consecuencias o efectos del mismo. Esta cuestión, sin duda, habrá de refinarse tanto en la jurisprudencia española como en la europea.

2.4. Tesis 4: ¿Las consecuencias de la falta de transparencia sí están en la Directiva, en concreto, estriban en la declaración de abusividad? [TJUE, acaso actuando “ultra vires”, con el TS].

Esta es la tesis del Tribunal del Luxemburgo, que comulga en el resultado final con el camino

de la STJUE 30.4.2014 (*Kásler*): la exigencia de redacción clara y comprensible del art. 4.2 “*tiene el mismo alcance que la formulada en el artículo 5 de esta Directiva*”.

²³ Véase su exposición acto seguido en la tesis cuarta. Aunque, pese a los pronunciamientos de las SSTJUE *Kásler* y *Matei* en cuanto a la primera cuestión (y las sentencias que después se citarán sobre la segunda), conviene no olvidar la contención que el TJUE muestra en su posterior sentencia de STJUE 23.4.2015 (*van Hove*, § 49), en la que, tras recordar el carácter excepcional del art. 4.2 y el concepto de “objeto principal del contrato”, sin ir más lejos recordó sólo que, de no entenderse incluida una cláusula en ese precepto, procede aplicar el art. 5 de la Directiva y la interpretación *contra proferentem* que sanciona, sin aventurarse en otras potenciales consecuencias derivadas de la falta de transparencia de cualesquiera otras cláusulas (ni tampoco de las cláusulas incardinadas en el 4.2, como ahora sí hace la STJUE 21.12.2016).

²⁴ Véase CÁMARA LAPUENTE (2017a), apartado 3.5.

²⁵ Según el FD 2º, apartado 3 de esa STS: “la falta de transparencia como criterio determinante del carácter abusivo de una cláusula tiene sentido respecto de las cláusulas que configuran el objeto principal del contrato” [porque superado este filtro no se puede controlar su contenido]; (...) “para el resto de las cláusulas, como la que es objeto de enjuiciamiento, respecto de la que cabe el control de contenido, los deberes de transparencia exigibles son los previstos en el art. 5 LCGC para su incorporación”.

emprendido por nuestro TS de equiparar falta de transparencia y abusividad. Sin embargo, al llegar a esta conclusión *el TJUE ha podido extralimitarse en sus funciones, pues corresponde al legislador de la UE diseñar cuáles son las consecuencias jurídicas del incumplimiento de los deberes de transparencia* del predisponente y, al no hacerlo, no corresponde al Tribunal de Luxemburgo suplir la inacción de aquél, sino que es materia para la que los Estados miembros son competentes. El legislador de la Directiva 93/13 sí explicitó que la consecuencia de declarar una cláusula como abusiva (definida en el art. 3) será que “no vinculará” al consumidor (art. 6.1); por lo tanto, el TJUE es plenamente competente para esclarecer en una interpretación autónoma cuál es el sentido de ese término. En cambio, el legislador de la Directiva 93/13 no conectó el control de transparencia de los arts. 4.2 y 5 con el carácter abusivo de las cláusulas (arts. 3 y 4.1) ni con su consecuencia (art. 6) sino que estableció tan sólo en el segundo inciso del art. 5 que la cláusula no redactada de manera clara y comprensible debe ser sometida a una interpretación *contra proferentem*. Al incluir sólo ese remedio, tanto los Estados miembros en sus normas nacionales como los diversos textos prelegislativos que han pretendido colmar tal laguna en la norma europea, como sucede en el DCFR o en el CESL, han optado por distintas consecuencias ante la falta de transparencia (no incorporación, abusividad directa o abusividad ponderada)²⁶. *El propio Informe de la Comisión Europea sobre los primeros cinco años de aplicación de la Directiva reconoce que se renunció a una armonización a escala europea de las consecuencias de la infracción del deber de transparencia*²⁷.

Ocurre también que el legislador alemán, al insertar en 2000 en su Código civil las reglas provenientes de su Ley de condiciones generales de la contratación, incluyó un nuevo inciso en el § 307.1 BGB, en el que se lee: “el hecho de que la cláusula no sea clara y comprensible *también puede [kann auch]* causar un perjuicio desproporcionado” y, por ende, ser abusiva. Esta regla no consta en la Directiva, es una traslación puramente alemana de su genuina jurisprudencia previa (y previa a la Directiva incluso, de 1988 en adelante) sobre el *Transparenzgebot* y la “transparencia material” y, sin embargo, parece estar desempeñando en la actualidad un papel de canon hermenéutico acerca del sentido más adecuado de los deberes de transparencia establecidos en la Directiva 93/13. De esta forma, el peso de la formación germánica de diversos Abogados Generales y magistrados del TJUE (incluido el ponente de la STJUE 21.12.2016) podría estar haciendo al Tribunal de Luxemburgo ver algunos preceptos de la Directiva con el color del cristal de una norma nacional posterior a la propia Directiva. Obvia recordar ahora el conocido influjo de la doctrina alemana en la propia redacción del art. 4.2 de la Directiva; esa doctrina pesa ahora de nuevo en una relectura del precepto a la alemana.

²⁶ Sobre el tratamiento de la cuestión en Alemania, Reino Unido, Italia y Francia, así como en el DCFR y el CESL, véase CÁMARA LAPUENTE (2015b), pp. 574-589.

²⁷ COMISIÓN EUROPEA (2000), p. 18: “*la violación del principio de transparencia no entraña sanciones propiamente dichas, puesto que las cláusulas contractuales que no respetan los criterios de claridad y comprensibilidad no se consideran abusivas ni deben, por tanto, suprimirse*” y en una nota al pie añade que existe, sin embargo, jurisprudencia nacional que “ha considerado que la falta de claridad de una cláusula contractual podría ser declarada ilícita”; se plantea, en conclusión, si en una futura reforma de la Directiva debería posibilitarse que dicha infracción permitiese interponer acciones de cesación o una sanción específica “como la inoponibilidad de las cláusulas”.

2.5. Tesis 5: ante una cláusula no transparente, ¿procede declarar su abusividad directa o ponderar su posible abusividad? [TJUE aún indefinido, TS sí directa]. La tesis alternativa de la no incorporación.

La tesis anterior nos conduce a ésta, que antes o después habrá de quedar definida por el TJUE, pues en el fondo es mero corolario de la anterior, se opte por una u otra solución final. La lectura atenta de las sentencias del TJUE de los últimos años y de esta STJUE 21.12.2016 no permite afirmar rotundamente que el Tribunal se haya decantado aún por ni una abusividad directa ni por una abusividad ponderada, aunque sus ambiguas (pero cuidadas) declaraciones parecen apuntar hacia la última. Debe señalarse que si bien la jurisprudencia y la doctrina alemana en un inicio pudieron inclinarse por la abusividad directa de la cláusula no transparente (en línea con el planteamiento iniciado en España por la STS 9.5.2013), en la actualidad es mayoritaria la interpretación del BGB que entiende, pese a la dicción del § 307.1 (o por ella), que la falta de transparencia conduce al juicio sobre el carácter abusivo de la cláusula (*kann auch*; abusividad ponderada, no directa) abriendo entonces la puerta a considerar el resto de parámetros que abocan en la declaración de su carácter abusivo (perjuicio desproporcionado, resto de cláusulas, circunstancias del contrato, etc.)²⁸.

La STJUE 21.12.2016 no es concluyente en absoluto sobre este punto, pues el § 51 tan sólo vincula control de transparencia y abusividad en estos términos: “el examen del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13, de una cláusula contractual relativa a la definición del objeto principal del contrato, en caso de que el consumidor no haya dispuesto (...) de la información necesaria (...) está comprendido dentro del ámbito de aplicación de la Directiva en general y del artículo 6, apartado 1, de ésta en particular”; parece sobreentender, eso sí, que TS español llevó a cabo una abusividad ponderada²⁹, cuando realmente lo que hizo fue declarar la abusividad directa por falta de transparencia³⁰. Las conclusiones del AG Mengozzi tampoco se adentran en la forma de llevar a cabo el control de transparencia y sus consecuencias, pero en una nota (nº 45, una vez más, este punto esencial se aborda de soslayo y marginalmente), afirma que “resulta claramente de la redacción” del art. 4.2 que una cláusula referida al objeto principal del contrato “puede, cuando no cumpla las exigencias de claridad y comprensibilidad, ser objeto de una apreciación de su carácter abusivo en las condiciones establecidas en el artículo 3, apartado 1” de la Directiva. No se aporta cita de sentencias anteriores del TJUE. Si se repasan las medidas afirmaciones de resoluciones como el ATJUE 16 noviembre 2010, *Pohotovost*³¹, o las

²⁸ Para la cita de la jurisprudencia y doctrina más reciente en este sentido, CÁMARA LAPUENTE (2015b), p. 575-577 y CÁMARA LAPUENTE (2017b), apartado 2.2.2.

²⁹ A tenor del § 21 de la STJUE, “según el Tribunal Supremo (...) no se cumplía la exigencia de transparencia material (...) y) procedió analizar el carácter eventualmente abusivo de las mencionadas cláusulas, a la luz de los criterios generales de buena fe, equilibrio y transparencia enunciados en el artículo 3, apartado 1, en el artículo 4, apartado 1, y en el artículo 5 de la Directiva 93/13”.

³⁰ Sobre esto y los matices introducidos en las últimas SSTS de 2015 y 2016 acerca de lo que se considera “perjuicio” para el consumidor (no poder comparar ofertas) derivado de la falta de transparencia, CÁMARA LAPUENTE (2015b), pp. 603-605 y (2016b), pp. 206-208.

³¹ ATJUE (Sala 8^a) 16.11.2010, *Pohotovost' s.r.o. c. Miroslav Vašuta* (asunto C-470/12), § 73: la omisión de la TAE infringe el deber de transparencia y, en aplicación del art. 4.2 de la Directiva, “podría llevarse a cabo un examen del carácter abusivo de la cláusula” en el sentido del art. 3 de la Directiva.

SSTJUE 15 marzo 2012, *Pereničová*³², 25 febrero 2015, *Matei*³³ y 9 julio 2015, *Bucura*³⁴ se comprobará que concluyen que, tras el debido examen de todas las circunstancias y los parámetros de los arts. 3 y 4.1, “podrían” ser declaradas abusivas. El TJUE parece estar a punto de culminar su labor de explicitar las consecuencias del control transparencia (ausentes en la Directiva, como se ha señalado) y hacerlo en el sentido de que la mera falta de transparencia no conduce *per se* a declarar el carácter abusivo de la cláusula, sino que es preciso ponderar el resto de parámetros requeridos para juzgar como abusiva una estipulación. Y en este punto nuestro Tribunal Supremo no tiene difícil acabar convergiendo con esa configuración, si llega a producirse a ciencia cierta.

Sin embargo, resultaría más abonado reconducir el control de transparencia desde la abusividad en que se ha ubicado (en esencia, en las SSTS, plenarias todas, de 9.5.2013, -con titubeos la STS 8.9.2014-, 24.3.2015, 23.12.2015, 3.6.2016 y 14.7.2016)³⁵ *al control de incorporación* que, en nuestro país (y en muchos otros Estados miembros) dispensan en concreto el art. 80 TR-LGDCU y los arts. 5 y 7 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC); obran en favor de esta reconfiguración de la moderna transparencia como parte del control de incorporación³⁶ diversos argumentos que no se desarrollarán en este breve comentario y han sido expuestos en otros lugares³⁷: la falta de ligazón en la Directiva de los arts. 4.2 y 5 con el art. 6, de manera que no es una sanción contemplada en la Directiva por la falta de transparencia, sino que las sanciones específicas se relegan a los Estados miembros; la falta en nuestro sistema (y en la Directiva) de un paralelo al § 307 del BGB alemán; la expulsión más sencilla del contrato de la cláusula tenida por no transparente (no incorporada, más protectora, por tanto con el adherente), frente a la necesidad de ponderación de todos los criterios que han de concurrir para que una cláusula sea abusiva (arts. 82.1 y 82.3 TR-LGDCU), incluida la prueba del “desequilibrio sustancial de derechos y obligaciones” y el perjuicio; la posibilidad de abordar con un control de transparencia

³² STJUE (Sala 1^a) 15.3.2012, *Jana Pereničová, Vladislav Perenič c. SOS financ, spol. s r. o.* (asunto C-453/10), §§ 44-47: una TAE incompleta podría considerarse práctica desleal y esta calificación sería un elemento entre otros para que el juez aprecie el carácter abusivo del art. 4.1 de la Directiva.

³³ STJUE (Sala 9^a) 25.2.2015 (Sala *Bogdan Matei, Ioana Ofelia Matei c. SC Volksbank România SA* (asunto C-143/13), §§ 71, 72, 75 y 78.

³⁴ STJUE (Sala 6^a) 9.7.2015, *Maria Bucura c. SC Bancpost SA* (asunto C-348/14), §§ 50 y 61-63; según este último párrafo, puede apreciarse el carácter abusivo de cláusulas comprendidas en el art. 4.2 de la Directiva si se estima en un examen de conjunto “eu égard à toutes les circonstances entourant la conclusion du contrat” y determinadas omisiones “sont susceptibles de conférer à ces clauses un caractère abusif au sens des articles 3 et 4 de cette directive” y se remite al asunto Pohotovost’ de 2010.

³⁵ En los siguientes incisos: STS (Pleno) 138/2015, de 24 marzo (FD 3^o.3) -MP: R. Sarazá Jimena-, en la STS (Pleno) 705/2015, de 23 diciembre (FD 4^o.b.3) - MP: P. J. Vela Torres-, en la STS 367/2016, de 3 junio (FD 4^o.3) -MP: P. J. Vela Torres- y en la 483/2016, de 14 julio (FD 2^o, § 3) - MP: I. Sancho Gargallo-.

³⁶ Reconfiguración avalada por el voto particular del magistrado F. J. Orduña Moreno a la STS 3.6.2016 (STS 367/2016, de 3 junio).

³⁷ Véase CÁMARA LAPUENTE (2006), pp. 123-126; (2015), pp. 601-612; (2016), *passim*; y, especialmente (2017a), apartado 4 y siguientes, con desglose de cuestiones y respuestas procesales y sustantivas sobre tal reconfiguración. Son ejemplos de la ubicación del control de transparencia en el filtro de incorporación y no en la abusividad, con aplicación, por ende, a adherentes-empresarios, la SAP Zamora (sec. 1^a) 28.1.2015, la SAP Soria (sec. 1^a) 18.2.2016 o la SJPI nº 6 de Jaén de 4.11.2016 (MP: M. T. Carrasco Montoro).

más o menos homogéneo los contratos en los que el adherente sean no sólo consumidores, sino también empresarios (al residenciarse también en los arts. 5 y 7 LCGC), etc.

2.6. Tesis 6: la jurisprudencia del TJUE goza de primacía y competencias exclusivas vedadas a la jurisprudencia nacional.

El TJUE recalca que “es el único que puede decidir acerca de las limitaciones en el tiempo que hayan de aplicarse a la interpretación que él mismo haya hecho de una norma del Derecho de la Unión” (§ 70 de la STJUE 21.12.2016, con cita de la STJUE 2.2.1988). El argumento tiene una doble lectura: en primer lugar, que sólo al TJUE compete decidir sobre el carácter irretroactivo de la interpretación que dé en sus sentencias sobre el Derecho de la UE, cuando concurra el riesgo de grave trastorno económico (en el contexto de la jurisprudencia sobre cláusulas abusivas, ni la STJUE 21.3.2013, *RWE Vertrieb*, ni la de 23.10.2014, *Schulz*, amparan esa irretroactividad, a pesar de la ingente cantidad de contratos afectados por ellas³⁸). Pero la STJUE 21.12.2016 no sigue por ese camino³⁹, sino que, en segundo lugar, dado que da una interpretación autónoma al alcance de la ineficacia jurídica mínima que comporta el mandato de que las cláusulas abusivas “no vincularán” al consumidor (art. 6), ordena en su rotundo § 74 que ya que los órganos jurisdiccionales españoles “están vinculados por la interpretación del Derecho de la Unión que lleva a cabo el Tribunal de Justicia, *dichos órganos jurisdiccionales deberán abstenerse de aplicar, en el ejercicio de su propia autoridad, la limitación de los efectos en el tiempo que el Tribunal Supremo acordó en la sentencia de 9 de mayo de 2013, puesto que tal limitación no resulta compatible con el Derecho de la Unión*”⁴⁰. Por lo tanto, no es preciso esperar a que el Tribunal Supremo modifique su propia jurisprudencia sobre el carácter irretroactivo de la nulidad de las cláusulas suelo, pues el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea, en el que se incluye la jurisprudencia del TJUE, prevalece sobre el Derecho nacional (incluida su jurisprudencia autóctona) y los jueces de los Estados miembros, actuando como jueces comunitarios, han de aplicar las resoluciones del TJUE que precisamente declaran contrarias al Derecho de la Unión Europea la jurisprudencia creada por su más Alto Tribunal. La aplicación directa de las conclusiones de la STJUE 21.12.2016 no se ha hecho esperar por los tribunales españoles que la han seguido, a la par que han declarado, por ejemplo, la SAP Sevilla (5^a) 29.12.2016 (MP: C. Gallardo Correa, FD 6^o), que “al amparo de tal doctrina, esta Sección considera que *deja de ser vinculante la establecida anteriormente al respecto por el Tribunal Supremo* y que debe retomar su postura inicial de no limitar la

³⁸ En relación con las tarifas del gas y la electricidad en Alemania en ambas SSTJUE el tribunal consideró que no se había acreditado el riesgo de trastornos graves, pese a tener que revisar las cuantías de los contratos vigentes con devolución de lo percibido por modificaciones unilaterales ilícitas.

³⁹ Ni lo inicia, siquiera, en los §§ siguientes, pues no considera necesario resolver la cuestión prejudicial planteada respecto a estas cuestiones (§ 76).

⁴⁰ Y cita en este sentido las SSTJUE 5.10.2010, *Elchinov*; 19.4.2016, *DI*; 5.7.2016, *Ognyanov*; y 8.11.2016, *Ognyanov*. En esta última se recuerda no sólo que el órgano jurisdiccional de más alta instancia debe modificar su jurisprudencia para realizar una interpretación conforme con el Derecho de la UE (§ 67), sino también que el órgano jurisdiccional remitente debe dejar “inaplicada en caso de necesidad, de oficio, la interpretación adoptada por el órgano jurisdiccional nacional competente en última instancia, cuando dicha interpretación no sea compatible con el Derecho de la Unión” (§§ 70 y 71).

retroactividad de los efectos de la nulidad de una cláusula abusiva".

2.7. Tesis 7: la protección de los consumidores tiene (pocos) límites: la cosa juzgada es uno de ellos [TJUE más protector que AG Mengozzi]

Como suerte de contrapeso a su probidad al potenciar el efecto útil de la Directiva 93/13, el STJUE 21.12.2016 recuerda que "ya ha reconocido que la protección del consumidor no es absoluta", y menciona dos límites: la subsistencia de las normas procesales internas sobre cosa juzgada (§ 68)⁴¹ y la fijación de plazos razonables para recurrir, en interés de la seguridad jurídica (§ 69, aunque su formulación genérica no parece muy conforme con anteriores SSTJUE)⁴². Aún podría haber mencionado algún otro, como la excepción al control judicial de oficio sentada por la STJUE 4.6.2009, *Pannon*⁴³: el consumidor puede oponerse a que el juez declare el carácter abusivo de la cláusula cuando, informado por el órgano judicial, así lo manifiesta aquél.

En particular, la STJUE 21.12.2016 emplea el argumento para ratificar que el TS "podía declarar legítimamente, en la sentencia de 9 de mayo de 2013, que esta última no afectaba a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales anteriores con fuerza de cosa juzgada". A mi juicio, el aserto puede proyectarse hacia el futuro que se abre tras la STJUE 21.12.2016: *las resoluciones firmes recaídas en España siguiendo la jurisprudencia del TS previa a la del Tribunal de Luxemburgo no admiten revisión ni cabe abrir un nuevo procedimiento para solicitar la restitución de las cantidades indebidamente cobradas previas al 9 de mayo de 2013* (véase *infra*, tesis 12.a). El principio de cosa juzgada y la seguridad jurídica que lo sostiene imponen esa conclusión.

Si se contrastan los pocos límites que el TJUE reconoce al principio de elevada protección de los consumidores que marca el Derecho derivado de la UE con algunas *desenfocadas afirmaciones* del AG Mengozzi en las conclusiones que presentó sobre estas cuestiones prejudiciales, debe concluirse que el Tribunal de Luxemburgo se ha mantenido coherente con su propia jurisprudencia de los últimos años, altamente protecciónista en velar por el efecto útil de la Directiva 93/13. Señalaba el Abogado General (§ 73), en afirmaciones un tanto gruesas que en modo alguno asume el TJUE, que (a) "alcanzar el equilibrio tan perseguido por la Directiva no equivale a favorecer al consumidor. Dependiendo de la fecha de celebración de los contratos de préstamo, la falta de efecto completamente retroactivo no ha tenido necesariamente como resultado no restablecer el equilibrio" (*sic, ¿?*); (b) "el consumidor vinculado por un contrato de

⁴¹ Véase respecto a cláusulas abusivas la STJUE 6.10.2009, *Asturcom* (citada en el § 68 de la STJUE 21.12.2016, que a su vez parece acoger tal cual el argumento y la cita de las observaciones escritas planteadas por la Comisión Europea (§§ 48-52) en relación con esta cuestión prejudicial, sin mencionar ese origen).

⁴² La STJUE 21.12.2016 cita, de nuevo, de la STJUE 6.10.2009, *Asturcom*. Pero cabe apostillar que la enunciación de la sentencia en examen puede no compadecerse bien con los límites que el propio TJUE, en beneficio de los consumidores, ha puesto a ese tipo de plazos preclusivos cuando le impidan impugnar eficazmente cláusulas abusivas: véanse la STJUE 21.11.2002 (*Cofidis SA v. Fredoût*: una norma interna que prohíbe al juez nacional, al expirar un plazo de preclusión, declarar de oficio el carácter abusivo de una cláusula se opone a la Directiva 93/13) o la STJUE 29.10.2015 (*BBVA, S.A. v. Pedro Peñalva López et al.*: el plazo preclusivo de un mes para oponerse a la ejecución basada en una cláusula abusiva, introducido por la DT 4^a de la Ley 1/2013 es contrario a la Directiva).

⁴³ STJCE 4.6.2009, *Pannon GSM Zrt. v. Erzsébet Sustikné Győrfi*, §§ 33 y 35.

préstamo que incluía una cláusula 'suelo' podía fácilmente cambiar de entidad bancaria mediante una novación modificativa del contrato" (afirmación que no sólo oculta la realidad del carácter uniforme de las cláusulas suelo en la mayoría de entidades bancarias en una época, sino que no desvirtúa el carácter ilícito *ab initio* de la cláusula no transparente); y (c) "la aplicación de la cláusula "suelo" no había tenido como consecuencia una modificación sustancial del importe de las mensualidades debidas por los consumidores"; esta última argumentación del AG es radicalmente insostenible a la luz de la jurisprudencia del TJUE y revela el desconocimiento de resoluciones como la STJUE 16.2.2014, *Constructora Principado S.A.*, en la que expresamente se fija algo obvio a la luz de la Directiva: el "desequilibrio importante" es jurídico y no económico, es un desequilibrio de derechos y obligaciones, pues como resume la citada sentencia, "no requiere necesariamente que los costes puestos a cargo del consumidor por una cláusula contractual tengan una incidencia económica importante para éste en relación con el importe de la operación de que se trate, sino que puede resultar del solo hecho de una lesión suficientemente grave de la situación jurídica en la que este consumidor se encuentra".

2.8. Tesis 8: sobre las cuestiones no resueltas: los "graves trastornos económicos" hay que acreditarlos, la "buena fe de los círculos interesados" no parece compatible con la declaración de abusividad.

Con la contestación a la pregunta nuclear sobre la falta de conformidad con el Derecho de la UE del carácter irretroactivo de la nulidad una cláusula abusiva, planteada en las cuestiones prejudiciales formuladas en los tres asuntos acumulados⁴⁴, la STJUE 21.12.2016 considera innecesario (§ 76) contestar a las otras siete cuestiones prejudiciales formuladas desde la Audiencia de Alicante, pues, ciertamente, eran cuestiones sólo procedentes en caso de respuesta diferente a la primera cuestión.

Quedamos, por el momento, sin tener más pautas sobre las nociones acuñadas ya, entre otras, en la STJUE 21.3.2013, *RWE Vertrieb*⁴⁵, citada por la STS 9.5.2013 como fundamento de los límites a la retroactividad de efectos (¿de la sentencia, de la nulidad contractual?): en concreto, (a) la "buena fe de los círculos interesados" (¿es un concepto autónomo de la UE? ¿Presupuestos? ¿Puede ser conforme a buena fe la actuación que motiva la falta de transparencia?)⁴⁶; (b) el "riesgo de trastornos graves" (¿es un concepto autónomo de la UE? ¿Criterios? ¿Valorar no sólo los trastornos al profesional sino también a los consumidores?)⁴⁷ c) ¿Cabe la extensión automática de la limitación de los efectos restitutorios declarada en un procedimiento entablado por una

⁴⁴ En concreto, en las dos cuestiones prejudiciales planteadas por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Granada (asunto C-154/15, *Gutiérrez Naranjo*) y en la primera de las, respectivamente, 7 y 8 cuestiones prejudiciales planteadas por la Audiencia de Alicante en los asuntos C-307/15, *Palacios Martínez* y C-308/15 *Banco Popular Español*.

⁴⁵ Sobre ella y la STJUE *Schulz*, entre otras, *supra*, nota 38.

⁴⁶ Cuestiones prejudiciales 2^a, 3^a y 4^a de los dos asuntos provenientes de la Audiencia de Alicante.

⁴⁷ Cuestiones prejudiciales 5^a, 6^a y 7^a de los dos asuntos provenientes de la Audiencia de Alicante.

asociación de consumidores a acciones individuales de nulidad de cláusulas suelo?⁴⁸

Sólo se hará en este momento un breve apunte sobre las dos primeras nociones, por su potencial recorrido en el futuro en cuanto requisitos de la facultad excepcional (que la STJUE 21.12.2016 residencia ahora en el propio TJUE) de limitar la posibilidad de que los interesados invoquen la interpretación del Tribunal de una disposición para cuestionar las relaciones jurídicas establecidas de buena fe. En cuanto a la *“buena fe de los círculos interesados”* (léase en clave nacional sobre cláusulas suelo: la buena fe/desconocimiento de las entidades financieras acerca de la evolución del Euribor, el cumplimiento de las normas administrativas vigentes, la inclusión de un correspondiente techo no ilusorio, etc.), no se pueden sino compartir, palabra por palabra, las alegaciones de la Comisión Europea (§ 45 se sus Observaciones escritas) en estas cuestiones prejudiciales: *de acuerdo con el art. 3.1 de la Directiva, la buena fe queda excluida cuando se trata de una cláusula abusiva; por tanto, los predisponentes profesionales que incluyeron esas cláusulas en sus contratos con consumidores no pueden invocar su “buena fe” para limitar los efectos de la abusividad.* Y, en cuanto al requisito de los *“graves trastornos económicos”* la jurisprudencia del TJUE exige que queden acreditados; la cifra de los, al menos, 4.000 millones de euros en que ahora se cuantifica en informes y tabloides el impacto de la STJUE 21.12.2016 para la banca española (al parecer, en la tramitación de las cuestiones prejudiciales se aportó un informe del Banco de España al respecto), en ningún momento se menciona ni entiende acreditado ni en el texto de la STS 9.5.2013 ni en el de ninguna de las SSTS plenarias posteriores, más allá de alegaciones genéricas sobre el *“riesgo sistémico”* o los importantes perjuicios económicos que otra solución hubiera ocasionado a las entidades financieras españolas. Quizás próximamente el TJUE esclarezca la pregunta de si basta una genérica apreciación de los trastornos por el tribunal (*“sin datos concretos en que fundar”* el riesgo) o, como parece más probable, éstos deben estar fehacientemente acreditados en el proceso judicial en que se aleguen, como expresamente se ha planteado, entre otras, en una cuestión prejudicial procedente de la Audiencia Provincial de Castellón⁴⁹, aún no resuelta.

3. *Consecuencias para el Derecho español*

3.1. Tesis 9: *¿Responsabilidad patrimonial del Estado por infracción del Derecho de la Unión Europea por el Tribunal Supremo?* No.

A mi juicio, *la respuesta debe ser negativa*, a la luz de los requisitos establecidos por la jurisprudencia del TJUE sobre la materia (de Köbler a Tomášová) y de su trasvase al art. 32.5 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, fundamentalmente porque *el TS no consumó una “violación del Derecho de la Unión suficientemente caracterizada” ni se produjo un “desconocimiento manifiesto” de la jurisprudencia del TJUE sobre la materia, ya que éste se pronuncia por primera vez en esta STJUE de 21.12.2016 sobre el alcance mínimo de la ineeficacia de las cláusulas*

⁴⁸ Cuestión prejudicial 8^a planteada por la Audiencia de Alicante en el asunto 308/15. Como es sabido, la STS (Pleno) 25.3.2015 (MP: E. Baena Ruiz) dio una respuesta positiva a esta cuestión, en tanto que el voto particular de los magistrados F. J. Orduña Moreno y X. O’Callaghan Muñoz discrepaba de esa solución.

⁴⁹ Cuestión prejudicial planteada por la sección 3^a de la Audiencia Provincial de Castellón el 10 de julio de 2015 (asunto C-349/15, *Banco Popular Español S.A. c. Elenea Lacaciu y Cristian Laurentiu Lacaciu*). Es muy probable que la cuestión quede archivada tras la STJUE 21.12.2016.

abusivas, interpretando el sentido de que “no vincularán” de forma novedosa, y además liga el control de transparencia (arts. 4.2 y 5) con la abusividad (arts. 3 y 6) de una manera que hasta la fecha era bastante elusiva y, aún hoy, no cuenta con perfiles cerrados como antes se ha explicado.

En efecto, es bien conocido que la doctrina sobre la responsabilidad patrimonial del Estado-legislador frente los ciudadanos por vulnerar aquél el Derecho de la Unión Europea no se encuentra ni en los Tratados ni en el Derecho derivado, sino que fue una creación del TJUE desde la sentencia de 19.11.1991 (*Francovich/Bonifaci*)⁵⁰; con posterioridad, la STJUE 30.9.2003 (*Köbler*) extendió esa doctrina a los daños derivados de una vulneración del Derecho de la Unión por los órganos jurisdiccionales. En la actualidad, esa jurisprudencia, plenamente consolidada en sentencias posteriores⁵¹, exige los tres requisitos tradicionales de la responsabilidad del Estado-legislador (que la norma europea vulnerada confiera derechos a los particulares [como hace la Directiva 93/13 y su art. 6]; que la infracción esté suficientemente caracterizada [lo cual es dudoso en nuestro caso, cuando menos]; y que exista una causalidad directa entre la infracción y el perjuicio [si se entiende que hubo infracción por el TS, el perjuicio de la falta de restitución de las cantidades indebidamente cobradas, derivaría directamente de esa jurisprudencia nacional]) y, además, para la responsabilidad del Estado-juez, el TJUE exige que el órgano jurisdiccional infractor haya de ser aquél que resuelva en última instancia⁵² [y esto se daría también en la STS 9.5.2013 y subsiguientes]. Por lo tanto, tres de los cuatro requisitos sí parecen concurrir en el caso que nos concierne. En cambio, aunque sea ciertamente dudoso, no parece confluir el requisito de la “violación suficientemente caracterizada del Derecho de la Unión”, tal como éste ha sido perfilado en las últimas SSTJUE.

En concreto, el TJUE distingue varios tipos de situaciones y matices para la apreciación de tales parámetros: si la ilegalidad es palmaria, como puede acontecer con la omisión absoluta de transponer una Directiva en plazo o con una transposición incorrecta, el margen de apreciación será mínimo y la violación se considerará suficientemente caracterizada. En cambio, en otras situaciones, el Tribunal de Luxemburgo toma en consideración una serie de factores para poder entender que la infracción es excusable, como el grado de precisión y claridad de la norma vulnerada –y debe convenirse en que tanto el “no vincularán” como las consecuencias del control de transparencia han permitido interpretaciones y resultados dispares dentro de un mismo ordenamiento y no sólo en España–, el carácter intencional o voluntario de la infracción cometida o del perjuicio ocasionado, la persistencia en la infracción, la contribución de las instituciones

⁵⁰ STJCE 19.11.1991, *Andrea Francovich c. Repùblica italiana, Bonifaci y otros c. Repùblica italiana*, asuntos acumulados C-6/90 y C-9/90.

⁵¹ En concreto, sobre responsabilidad del Estado-juez por esta infracción: STJUE 30.9.2003, *Gerhard Köbler c. Repùblica de Austria*, asunto C-224/01; STJUE 13.6.2006, *Traghetti del Mediterraneo SpA c. Repùblica Italiana*, asunto C-173/03; STJUE 24.11.2011, *Comisión Europea c. Repùblica Italiana*, asunto C-379/10; STJUE 9.9.2015, *João Filipe Ferreira da Silva e Brito y otros c. Estado portugués*, asunto C-160/14; STJUE 6.10.2015, *Dragoș Constantin Târșia c. Statul român y Serviciul public comunitar regim permite de conducere si inmatriculare a autovehiculelor*, asunto C-69/14).

⁵² Desde el § 33 de la STJCE 30.9.2003 (*Köbler*) hasta la STJUE 28.7.2016 (*Tomášová*) incluida.

europeas al error, etc.⁵³

Si acudimos a la sentencia más reciente sobre la posible responsabilidad estatal por infracción judicial nacional del Derecho europeo, la STJUE 28.7.2016 (*Tomášová*)⁵⁴, recaída pocos días después de que el AG Mengozzi presentara sus conclusiones (13.7.2016) en el asunto *Gutiérrez Naranjo* ahora en examen, podemos comprobar cómo se aplica el requisito al órgano jurisdiccional nacional que resuelva en última instancia: “únicamente puede constituir una violación suficientemente caracterizada del Derecho de la Unión, de la que pueda derivarse tal responsabilidad, cuando, mediante esa resolución, dicho órgano jurisdiccional ha infringido manifiestamente el Derecho aplicable, o en caso de que esta violación se haya producido a pesar de existir una jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia en la materia”. Cabe hacer dos consideraciones acerca de la tesis que aquí se defiende (que no existió esa infracción, por más que puedan aducirse argumentos no despreciables acerca de que el TS no planteara por sí mismo la cuestión prejudicial *ex art. 267 TFUE*, acaso contrapesados por su prudencia al suspender la resolución de todas sus sentencias sobre la materia una vez que la cuestión se planteó desde Granada y Alicante):

- En primer lugar, la cautela con que la STJUE 28.7.2016 (*Tomášová*) descarta la responsabilidad del Estado eslovaco no sólo por no estar ante una sentencia de la última instancia competente para resolver, sino sobre todo porque considera que la jurisprudencia sobre el deber judicial de controlar de oficio las cláusulas abusivas se consolidó no antes de la STJUE 4.6.2009 (*Pannon*) y, por tanto, *las resoluciones nacionales anteriores* (de diciembre de 2008) *no infringieron una “jurisprudencia reiterada” que es posterior*; si esta consideración se hace respecto a un aspecto tan claro sobre la protección ante las cláusulas abusivas (y existiendo sentencias anteriores como la STJUE 26.10.2006, *Mostaza Claro*), *parece de justicia aplicar la misma cautela y conclusión al papel de la reciente y novedosa solución de la STJUE 21.12.2016* acerca de la interpretación autónoma europea que merece el sintagma “no vincularán” para *todas* las cláusulas abusivas; nuestro TS pudo, además, razonablemente entender que las consecuencias de la falta de transparencia, no explicitadas en la Directiva, eran una cuestión a decidir por cada Estado miembro⁵⁵. No parece suficiente acudir a la STJUE 14.6.2012 (*Banesto*) y posteriores sobre el efecto disuasorio de la ineeficacia de las cláusulas y el voto a moderar las consecuencias para entender que ambas materias (alcance de “no vincularán” y ligazón entre falta de transparencia y abusividad) fuesen ya materia objeto de una “reiterada jurisprudencia” del TJUE.
- En segundo lugar, claro exponente de lo dudoso de la cuestión en el Derecho europeo son las conclusiones del AG Mengozzi en sentido contrario a lo que resolvió el TJUE; con estas conclusiones -antes criticadas- y sus continuas referencias a que el TJUE nunca ha resuelto antes la “neutralidad” del término “no vincularán” ni, según el AG, le correspondería hacerlo, Mengozzi prestó un valioso servicio a las arcas públicas españolas al dejar

⁵³ Véanse §§ 55-57 de la STJCE 5.3.1996, *Brasserie du Pêcheur SA c. Bundesrepublik Deutschland y The Queen c. Secretary of State for Transport, ex parte, Factortame Ltd y otros.*, asuntos acumulados C-46/93 y C48/93. Sobre todos estos factores y requisitos, GUICHOT (2016), en especial, p. 62 y ss.

⁵⁴ STJUE 28.7.2016, *Milena Tomášová c. Ministerstvo spravodlivosti SR, Pohotovost s. r. o., con intervención de Združenie na ochranu občana spotrebiteľa HOOS*, asunto C-168/15.

⁵⁵ *Supra*, tesis 4^a y tesis 2^a.b).

demostrada, por esa vía indirecta, la ausencia de “violación suficientemente caracterizada”, sin infracción manifiesta ni de normas de la UE ni de una inexistente jurisprudencia reiterada del TJUE.

Si ahora verificamos cómo el legislador en la Ley 40/2015 plasmó los citados tres requisitos tradicionales de la responsabilidad estatal, la solución negativa habría de ser la misma (el “incumplimiento” no parece “estar suficientemente caracterizado” *ex art. 32.5.b*), pero además no puede soslayarse que las nuevas reglas de esa Ley se refieren al supuesto de hecho de lesión por “aplicación de una *norma* declarada contraria al Derecho de la Unión Europea” (art. 32.5) y de “responsabilidad del Estado *legislador* (...) cuando los daños deriven de una *norma* contraria al Derecho de la Unión Europea”. La jurisprudencia del Tribunal Supremo no puede caracterizarse como “norma” en este sentido, ni en esos preceptos se ventila la responsabilidad patrimonial del Estado-juez, sino del Estado-legislador. Para esta responsabilidad “por el funcionamiento de la Administración de Justicia”, el art. 32.7 de la Ley 40/2015 se remite a la LOPJ 6/1985; en este ámbito, además de haber de aplicarse los criterios fijados por el TJUE en sentencias como *Köbler* o *Tomášová*- con vuelta a la “caracterización suficiente” de la infracción-, los arts. 292 a 296 LOPJ introducen requisitos adicionales que hacen particularmente difícil que los consumidores obtengan por esta vía satisfacción; dejando al margen la posible afrenta al principio de efectividad al exigirse más requisitos que los de la jurisprudencia europea⁵⁶, lo cierto es que la necesidad de que una previa resolución judicial del propio Tribunal Supremo reconozca expresamente el error judicial, con breve plazo de tres meses para presentar la acción, junto a la necesidad de posterior procedimiento administrativo ante el Ministerio de Justicia para reclamar la indemnización y otras trabas (costas, impugnación posterior en contencioso-administrativo) hacen harto complicado e improbable que la reclamación prospere⁵⁷.

3.2. Tesis 10: el planteamiento de cuestiones prejudiciales por los tribunales españoles es beneficioso y necesario para la depuración y el progreso tanto del Derecho español como del Derecho de la UE

A juicio de quien suscribe, esta tesis es tan palmaria que apenas requiere fundamentación, aunque a la vigorosa corriente de pensamiento que tiende a acusar a jueces y magistrados de activismo judicial e incluso de una suerte de deslealtad institucional al acudir con cuestiones prejudiciales al TJUE para conseguir dejar inoperativas determinadas reformas legislativas o para desmantelar el sesgo de alguna línea jurisprudencial, esta tesis le podrá parecer impertinente. Aun palmaria, es de justicia dejar constancia de ella, en tributo a la labor concienzuda y técnicamente impecable de tantos magistrados bien formados en el Derecho de consumo y en el Derecho europeo que han planteado las cuestiones prejudiciales del último lustro. Hacer un relato ahora de la decena de SSTJUE provenientes de asuntos españoles que han declarado la inadecuación del Derecho español al europeo y, en particular, a la Directiva 93/13, y han

⁵⁶ En este sentido, VERDÚN PÉREZ (2016), p. 1000.

⁵⁷ Insiste también en esas dificultades SOLER SOLÉ (2017), p. 10, quien, no obstante, sostiene que sí hubo infracción suficientemente caracterizada de la norma europea, que serviría de base para exigir responsabilidad.

propiciado cambios legislativos –en alguna ocasión nuevamente declarados no conformes–, puede parecer más escarnio que historia. Que las cuestiones no han sido en modo alguno descabelladas lo demuestra el alto número de sentencias y autos del TJUE que han confirmado el carácter infractor de normas sustantivas y procesales españolas⁵⁸; en algún caso sí podría llegar a aducirse con rigor incluso la infracción “suficientemente caracterizada” cometida por el legislador español, sobre todo tras *Aziz*. Entre las causas que algunos autores aducen para explicar la “huida” hacia el TJUE está el papel inane del Tribunal Constitucional en relación con la protección de los consumidores⁵⁹; la lectura de los argumentos meramente procesales esgrimidos en la STC (Pleno) 213/2016, de 15 de diciembre de 2016⁶⁰ (FD 6º y 7º) para evitar entrar en consideraciones sobre la inconstitucionalidad de las DDTT 1º, 2ª y 4ª de la Ley 1/2013, de 14 de mayo (de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios), no puede sino confirmar ese parecer, sobre todo si se contrasta con la contundente declaración de falta de conformidad de la citada DT 4ª de la Ley 1/2013 con el Derecho de la UE, sancionada por la STJUE 29.10.2015 (*BBVA c. Peñalba López*).

3.3. Tesis 11: ¿La cláusula suelo de veras constituye el objeto principal del contrato?

El Tribunal Supremo sostiene esta tesis desde la STS 9.5.2013 y la afirmación se ha convertido en dogma con el fin de evitar en el control de contenido de la cláusula no negociada (reciprocidad, posible desequilibrio, etc.) y someterla sólo a un control de transparencia que aboque a su directa abusividad con supuesto encuadre en el art. 4.2 de la Directiva. Varias consideraciones permiten poner en duda lo abonado de esa tesis: (i) no cualquier cláusula que afecta al precio, guarda relación con él o se refiere a él constituye necesariamente el objeto principal del contrato⁶¹; (ii) en esta línea, el TJUE ha mantenido que esa categoría merece una interpretación restrictiva por la excepción que el artículo 4.2 supone en el contexto de la Directiva⁶²; (iii) además, el TJUE al dar

⁵⁸ Sin exhaustividad y título de mero ejemplo: la reforma del art. 83 TR-LGDCU por efecto de la STJUE 14.6.2012 (*Banesto*) y de la STJUE 14.3.2013 (*Aziz*), que propició también otras reformas procesales y sustantivos; los cambios legislativos sobre el control judicial de oficio de las cláusulas abusivas (amén de *Aziz*, por ejemplo, el ATJUE 14.11.2013 (*Banco Popular Español*) o la STJUE 18.2.2016, *Finanmadrid* para el juicio monitorio y el cambio del art. 815 LEC por la Ley 42/2015, de 5 de octubre); la interpretación de que la DT 2ª de la Ley 1/2013 no debe impedir al juez español declarar el carácter abusivo de una cláusula de intereses de demora inferiores a los contemplados en la norma (STJUE 21.1.2015, *Unicaja Banco/Caixabank* y ATJUE 8.7.2015, *Banco Grupo Cajatres*); la infracción que es que el consumidor no tenga recurso de apelación en caso de desestimarse su oposición a la ejecución hipotecaria fundada en cláusula abusiva pero el profesional/acreedor sí pueda apelar la resolución que sobresee la ejecución o declara inaplicable una cláusula abusiva (STJUE 17.7.2014, *Sánchez Morcillo*); la infracción que supone la DT 4ª de la Ley 1/2013 según la STJUE 29.10.2015 (*BBVA c. Peñalba*); la infracción que es para la Directiva 93/13 las normas procesales españolas que imponen al juez encargado de examinar una acción individual de nulidad de una cláusula abusiva tener que suspender cautelarmente el procedimiento hasta que se sustancie el derivado de una acción colectiva, según la STJUE 14.4.2016 (*Sales Sinués*), etc.

⁵⁹ ALFARO ÁGUILA-REAL (2016).

⁶⁰ BOE, nº 17, 20 de enero de 2017, p. 5276 y ss.

⁶¹ No lo son las cláusulas que definen las formas de pago, los sistemas de cálculo (v. gr., los redondeos al alza), las facultades de modificación unilateral del precio, etc. Sobre todo ello, CÁMARA LAPUENTE (2006), p. 109 y ss. y (2015), p. 560.

⁶² STJUE 30.4.2014 (*Kásler*), § 42.

pautas sobre qué cláusulas hayan de incluirse o excluirse en la “definición del objeto principal del contrato” *ex art. 4.2* se ha decantado por ser sólo las cláusulas “que regulan *las prestaciones esenciales* del contrato y que como tales lo caracteriza”, mientras que no forman parte de ese concepto “las cláusulas de carácter *accesorio* en relación con las que definen la esencia misma de la relación”⁶³; (iv) no en vano, debe pensarse que si la cláusula suelo fuese tan imprescindible en la definición del objeto del contrato y fuese de veras un elemento esencial del contrato, eliminada la cláusula éste no podría subsistir, cosa que no ocurre al quedar operativo el interés variable.

Por todo ello, tienen cierto tinte acrobático y parecen explicar de otra forma lo que hasta la fecha resultaba ser el estado de la cuestión jurisprudencial en España las siguientes afirmaciones de la Abogacía del Estado fijando la posición de España en el asunto que abocó en la STJUE 21.12.2016. Para justificar que el TS sí hizo una interpretación estricta del art. 4.2 y que “la nulidad de las cláusulas suelo aun formando parte del objeto principal del contrato no comporta la de los contratos en que se inserta –a diferencia de lo que ocurre en la sentencia *Kásler*–”, añade: “el Tribunal Supremo, en el ejercicio de la competencia que le corresponde de manera exclusiva de apreciar las circunstancias de hecho concurrentes, considera que *afectando las cláusulas suelo al objeto principal del contrato, las mismas no están sin embargo configuradas como un elemento inescindible del precio*. Por ello concluye que la abusividad no afecta a la supervivencia de la relación contractual. (...) [E]l Tribunal Supremo (...) apreció, sobre la base de la exigencia de la máxima transparencia real *la abusividad de una cláusula suelo que formando parte del objeto principal del contrato no se considera, sin embargo, un elemento esencial que incida en su supervivencia*”⁶⁴. ¿Serán estas consideraciones la luz que pueda guiar futuras resoluciones sobre la naturaleza de las cláusulas suelo? ¿Cómo habrían de trenzarse estas frases con la idea de que el control de transparencia opera para todo tipo de cláusulas no negociadas no sólo *ex art. 4.2* sino también *ex art. 5*, por tanto, aunque no se considerase que las cláusulas suelo son esenciales/inescindibles del precio?

3.4. Tesis 12: la STJUE sí deberá incidir en los procesos en curso, en la jurisprudencia venidera y en una necesaria reforma legislativa, aunque no se podrán revisar todos los actos ya consumados (efectos de la cosa juzgada, valor de las renuncias y compensaciones, etc.).

Resulta de todo punto evidente que la solución de la plena retroactividad de la ineeficacia de una cláusula suelo que se declare abusiva por no superar el control de transparencia deberá aplicarse a todos los litigios en curso, tanto ante el TS como en cualquier otra instancia (véase § 74 de la STJUE 21.12.2016); asimismo, en caso de recurrirse sentencias aún no firmes que hayan seguido la jurisprudencia del TS sobre la retroactividad limitada, la instancia superior estará vinculada por la doctrina fijada en esta STJUE: este impacto podrá tener especial trascendencia en el caso de la

⁶³ STJUE 30.4.2014 (*Kásler*), §§ 46, 49 y 50; STJUE 26.2.2015 (*Matei*), § 60 y ss.; STJUE 23.4.2015 (*van Hove*), §§ 33, 37 y respuesta final del tribunal, que añade que para determinar qué son “prestaciones esenciales”, habrá que atender “a la naturaleza, la configuración general y todas las estipulaciones del contrato, así como al contexto jurídico y de hecho”.

⁶⁴ Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación (Abogacía del Estado ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea) (2015), *Observaciones del Reino de España en el asunto C-154/2015 (Gutiérrez Naranjo) al Tribunal de Justicia*, p. 21, §§ 66 y 67 (énfasis en cursiva añadido).

SJMerc. nº 11 de Madrid de 7.4.2016 (caso Adiccae), que sí anuló las cláusulas suelo de tantas entidades bancarias, pero sin retroactividad en la devolución más allá del 9 de mayo de 2013. Ahora bien, existen una serie de supuestos conflictivos acerca de la incidencia de la STJUE en otras sentencias, actos, en el TS y en el legislador que, en el confín de este comentario, sólo se apuntarán muy brevemente.

a) ¿Vincularán al consumidor sus actos (procesales o contractuales) previos a la STJUE en defensa de sus pretensiones de recobro de todas las cantidades?

En primer lugar, respecto a *sentencias ya firmes*, el principio de *cosa juzgada* (arts. 222 y 207.4 LEC) y la seguridad jurídica que lo alumbra hacen inviable la reapertura y reenjuiciamiento del caso pese al cambio jurisprudencial; la propia STJUE 21.12.2016 (§ 68) hace referencia a la cosa juzgada como un límite a la protección de los consumidores (véase *supra*, tesis 7). Tampoco parece posible acudir al cauce que ofrece el art. 510 LEC con el *recurso de revisión* de sentencias firmes, pues ninguno de los motivos tasados encajan con este supuesto: ni la STJUE puede considerarse un “documento decisivo” de los que una parte no pudo disponer (por fuerza mayor o por obra de la otra parte), ni es motivo de revisión la jurisprudencia del TJUE, sino sólo, tras la reforma de ese artículo por la LO 7/2015, cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya declarado que la resolución nacional ha sido dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, además de otros requisitos adicionales de la infracción. El propio Tribunal Supremo ha cegado la posibilidad de la revisión basada en SSTJUE posteriores, con consideración de ambos argumentos en la STS 18.2.2016 (MP: P. J. Vela Torres)⁶⁵.

Más dudoso puede ser determinar si opera la cosa juzgada *cuando* quien demandó la nulidad de la cláusula suelo *reclamó sólo la devolución de cantidades indebidamente satisfechas desde el 9 de mayo de 2013* y pretende tras la STJUE 21.12.2016 presentar nueva demanda por el resto; a tenor del art. 400.2 LEC, parecería más correcto sostener que sí existe cosa juzgada, pues a los efectos de ésta, “los hechos y los fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se considerarán los mismos que los alegados en otro juicio anterior si hubiesen podido alegarse en éste”.

A otros numerosos aspectos conflictivos relacionados con la *cosa juzgada en relación con procesos distintos del declarativo* (como cuando el examen de la abusividad se hizo en un juicio ejecutivo, ordinario o hipotecario, con auto firme previo a la STJUE 21.12.2016 y se entabla después un declarativo)⁶⁶, hay que sumar otras cuestiones procesales controvertidas, como el eventual rechazo de la *condena en costas* a la entidad bancaria predisponente por parte del órgano jurisdiccional que resuelve, tras la STJUE 21.12.2016, el recurso contra sentencias anteriores y

⁶⁵ En esta sentencia, el TS negó la vía de la revisión (de una sentencia suya) basada en una STJUE posterior. Tras repasar diversas sentencias, el TS concluye que “la jurisprudencia del TJUE no ha desarrollado una doctrina acerca del problema de la revisión de resoluciones administrativas y judiciales firmes que permita afirmar que una sentencia posterior de dicho Tribunal posibilite revisar una sentencia firme dictada por un tribunal español”; y sanciona que no está previsto en el ordenamiento español y, por tanto, no procede.

⁶⁶ Sobre este tipo de cuestiones, véase el minucioso artículo de SOLER SOLÉ (2017).

revoca el carácter irretroactivo de la nulidad por poder entender acaso que la cuestión presentaba dudas en Derecho⁶⁷. Los numerosos procedimientos suspendidos en espera de la STJUE habrán de afrontar esta cuestión.

En segundo lugar, es también muy discutible la eficacia o ineficacia de los *pactos entre el consumidor y su entidad financiera por los que aquél renunció a ejercer futuras acciones* para reclamar cantidades satisfechas antes del 9 de mayo de 2013, a cambio de ciertas ventajas, compensaciones o pagos parciales por parte del banco. Entre los preceptos que podrían alegarse para invalidar esos acuerdos en caso de adherentes consumidores estaría el art. 10 TR-LGDCU (que, sin embargo, podría encontrar el valladar de que sólo contempla la “renuncia previa a los derechos que esta norma reconoce” y, en este caso, la renuncia puede considerarse posterior al surgimiento del derecho, salvo que se entendiese que el pronunciamiento del TJUE supone una reinterpretación de los arts. 80, 82 y, sobre todo, art. 83 TR-LGDCU y, por ende, la renuncia del consumidor habría sido previa al reconocimiento de carácter plenamente retroactivo a la ineficacia de una cláusula abusiva); y también el art. 6.2 del Código civil, por considerarse que es contraria a una norma (ley) como el art. 83 TR-LGDCU (traslación por vía de nulidad del “no vincularán” del art. 6 de la Directiva 93/13) o al orden público, que es la calificación que tantísimas STJUE otorgan a las normas de protección de los consumidores y, en particular, a la defensa frente a cláusulas abusivas. Diversas Audiencias Provinciales, con otros argumentos, y, en particular, por el carácter de nulidad de pleno derecho (no anulabilidad) sin posible ratificación o convalidación de las cláusulas suelo abusivas, comenzaron antes de la STJUE 21.12.2016 a declarar la nulidad de tales renuncias y novaciones, incluso las formalizadas ante Notario: así, como muestra, pueden cotejarse diversas sentencias de la Audiencia de Zaragoza (entre las más recientes, SSAP Zaragoza [sec. 5^a] 17.11.2016 [MP: A. P. Pastor Oliver] y 22.11.2016 [MP: P. A. Pérez García] o la SAP Palencia 14.11.2016 (MP: M. Bugidos San José). Frente a todo ello, la doctrina de los actos propios y otros expedientes generales (abuso de derecho, buena fe, etc.) presumiblemente formarán parte de los argumentos de contrario de las entidades financieras. Y además de otras renuncias válidas en nuestro ordenamiento y de figuras como la transacción o incluso la conversión del negocio nulo, no puede obviarse que el propio TJUE ha señalado que la protección del consumidor no es absoluta y éste puede oponerse a que el juez declare de oficio la nulidad de una cláusula por abusiva (STJUE 4.6.2009, *Pannon*). No parece, por tanto, cuestión sencilla de resolver unívocamente.

b) ¿Cómo debería cambiar su jurisprudencia el Tribunal Supremo?

La gran incógnita es si el Tribunal Supremo rectificará sólo los efectos aparejados a la nulidad derivada del control de transparencia de las cláusulas suelo, equiparándolos a la nulidad *ex tunc* de cualquier cláusula abusiva, o si modificará también la naturaleza jurídica de dicho control de transparencia y los criterios para practicarla. Existen, en definitiva, tres posibilidades para una actuación del Alto Tribunal que puede ser inminente, aunque hay que dejarle margen de tiempo suficiente para llevar a término la profunda reflexión que el asunto merece, sin interferir su labor

⁶⁷ Esta ha sido la decisión de la SAP (sec. 4^a) Cantabria 10.1.2017 (MP: M. M. Hernández Rodríguez), FD 6º y 7º.

con prisas ni presiones:

- *Primera*, el TS podría, en las primeras resoluciones que dicte, tener una actuación *de minimis*, mantener su configuración del control de transparencia en el sentido de comportar una abusividad directa de la cláusula (con leves matices argumentales sobre el desequilibrio presunto en las últimas sentencias) y, siguiendo el contenido de la STJUE 21.12.2016, declarar que su nulidad comporta plena ineficacia *ex tunc*, desde el momento en que comenzó a aplicarse la estipulación y no desde el 9 de mayo de 2013; probablemente con esto se cumpliría con el dictado del TJUE de momento.
- La *segunda* posibilidad sería abundar en la conexión entre abusividad y transparencia a la luz de la explícita conexión que ahora formula el TJUE entre el art. 4.2 y los arts. 3 y 6 de la Directiva y esclarecer si, de no superarse el control de transparencia, procede el examen completo de todos los parámetros que conducen a la declaración de una cláusula como no abusiva (*ex art. 82.1 y 82.3 TR-LGDCU*); es una posibilidad que, como se ha explicado, parece apuntarse o entreverse en la STJUE 21.12.2016, pero que no puede considerarse aún cuajada y comporta muchos riesgos, tanto de calificación interna como de posible discrepancia ulterior del TJUE (¿cuestión prejudicial al respecto?).
- La *tercera* posibilidad sería replantear el control de transparencia y *reconducirlo a su sede natural*, esto es, el *control de incorporación* (art. 80 TR-LGDCU y arts. 5 y 7 LCGC), como aquí se ha defendido. El *punctum pruriens* de la ineficacia plena *ex tunc* quedaría igualmente salvaguardado, pues la cláusula se tendría por no incorporada al contrato y contaría con la ventaja de unificar este control también para contratos con adherentes empresarios, evitando la incipiente pero exponencialmente multitudinaria e incierta vía inaugurada por la STS 3.6.2016, que remite la cuestión en sustancia a la buena fe del art. 1258 CC. Ciertamente, una reconfiguración tan notable requiere meditar sus perfiles⁶⁸ y las declaraciones de esta STJUE acerca de que las consecuencias de la falta de transparencia sí se infieren de la Directiva, que, como se ha expuesto (tesis 4), son manifestaciones probablemente *ultra vires*, que exceden las funciones asignadas al TJUE, no allanan la – hasta la fecha y tal como se entendía el *status quo* desde el Informe de la Comisión Europea sobre la Directiva 93/13 a los cinco años de vigencia- autonomía de los Estados miembros en el diseño de las sanciones por no superar ese filtro.

c) ¿Qué debe hacer el legislador?

La mera aplicación de la STJUE 21.12.2016 no requiere, *per se*, una actuación legislativa: todos los tribunales (§ 74 de la STJUE) y no sólo el Tribunal Supremo han de ajustar sus venideras resoluciones a la ineficacia *ex tunc* de las cláusulas suelo que se consideren abusivas por un defecto de transparencia. Sin embargo es de puro sentido común que *el legislador debería destinar sus mejores recursos a esclarecer normativamente las múltiples cuestiones* que suscita la situación

⁶⁸ Véase CÁMARA LAPUENTE (2017a), en especial, apartado 5, sobre cuestiones y respuestas sustantivas y procesales que comporta esta recalificación.

creada, tanto desde el punto de vista procedural como sustantivo. En cuanto a lo primero, el Gobierno acaba de actuar regulando la resolución extrajudicial⁶⁹ de las ingentes reclamaciones que se avecinan; dejando ahora de lado los matices y sugerencias que podrían hacerse a las reglas sobre el arbitraje establecido, la decisión debe valorarse positivamente. Pero aún habría que usar mayor imaginación jurídica y tomar previsiones, de forma anticipada, en caso de que los consumidores decidan seguir acudiendo a los tribunales por esta causa, promoviendo algún tipo de refuerzo o, acaso, alguna asignación objetiva de la materia a determinados tribunales para evitar soluciones dispares en el cómputo de las cuantías debidas, en el recálculo de los cuadros de amortización, en la condena en costas, en la extensión de la cosa juzgada o en otras cuestiones que vendrán.

En cuanto a los *aspectos sustantivos* sólo se puede pedir al legislador que *despierte de su (injusto e injustificado) sueño de los justos*. Y que cuando despierte no lo haga, como en otras ocasiones, demasiado tarde, atribuladamente y con cicatería, como ocurrió con la Ley 1/2013, que sufrió varios reveses ante el TJUE. Es fácil la crítica al Tribunal Supremo, olvidando que la causa última del desconcierto actual es la incuria de nuestro legislador: negligentemente no transpuso el art. 4.2 de la Directiva y no remedió esa laguna, en ningún sentido, en ninguna de las reformas de la LGDCU y el TR-LGDCU posteriores. El Tribunal Supremo hubo de clarificar la cuestión, entender vigente el precepto en España y tomar sus decisiones en 2013 sobre las consecuencias del precepto (con cierta reluctancia a plantear cuestiones prejudiciales); y en este escenario nuestro somnoliento legislador –tan hiperactivo en 2015, justo es decirlo, en otros frentes legislativos– en lugar de aclarar las graves preguntas que pendían y penden sobre el control de transparencia, nos regaló en la Ley 3/2014 un hilarante y trivial aditamento al art. 80.1.b) TR-LGDCU, por el cual sabemos que el tamaño de la letra de los contratos de adhesión no puede ser inferior a 1,5 milímetros y que la letra debe tener buen contraste con el fondo del documento. Mientras tanto, el Reino Unido aprobó la *Consumers Rights Act 2015*, donde aborda con importantes matices nuevos el control de transparencia, y Francia modificó en 2016 su Código civil incluyendo ahí significativas reglas también novedosas sobre este ámbito. El Derecho comparado puede dar algunas pistas e iluminar el camino, pero es menester recorrerlo.

Ha comenzado 2017: sea año de luces, año de vigilia.

⁶⁹ Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo (BOE, nº 18, 21.1.2017, p. 5379 y ss.).

4. Bibliografía

María José ACHÓN BRUÑÉN (2014), "Once argumentos de peso en contra de la irretroactividad de la declaración de nulidad de la cláusula suelo", *Diario La Ley*, nº 8366, 31 julio 2014.

- (2015), "La retroactividad parcial de la declaración de nulidad de la cláusula suelo: los discutibles argumentos de la STS de 25 de marzo de 2015", *Diario La Ley*, nº 8561, 15 junio 2015.

Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL (2016), "La sentencia del Tribunal de Justicia sobre la retroactividad de la nulidad de las cláusulas suelo", *Almacén de Derecho*, 21 diciembre 2016 (disponible en: <http://almacendedderecho.org/la-sentencia-del-tribunal-justicia-la-retroactividad-la-nulidad-las-clausulas-suelo/>).

Christian ARMBRÜSTER (2008), "Standard Contract Terms and Information Rules", en Hugh COLLINS, (Dir.), *Standard Contract Terms in Europe: a Basis for a Challenge to European Contract Law*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn (Países Bajos), pp. 163-175.

Martin EBERS (2008), "Unfair Contract Terms Directive (93/13)", en Hans SCHULTE-NÖLKE, Christian TWIGG-FLESNER, Martin EBERS, (dirs.), *EC Consumer Law Compendium. The Consumer Acquis and its transposition in the Member States*, Sellier, München.

- (2016), *Rechte, Rechts behelfe und Sanktionen im Unionsprivatrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen.

CÁMARA LAPUENTE, Sergio (2006), *El control de las "cláusulas abusivas" sobre elementos esenciales del contrato: ¿Incorrecta transposición, opción legal legítima o mentis jurisprudencial?*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006.

- (2013), "¿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* [CDT Octubre-2013], 5.2, 2013, pp. 209-233 [disponible en <http://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/1815>]

- (2015a), "Transparencias, desequilibrios e ineficacias en el régimen de las cláusulas abusivas (un resumen crítico)", *El Notario del siglo XXI*, 61, mayo-junio 2015, pp. 152-157 (también disponible en <http://www.elnotario.es/index.php/academia-matritense-del-notariado/4087-transparencias-desequilibrios-e-ineficacias-en-el-regimen-de-las-clausulas-abusivas-un-resumen-critico>)

- (2015b), "Transparencias, desequilibrios e ineficacias en el régimen de las cláusulas

abusivas", *Anales de la Academia Matritense del Notariado (AAMN)*, LV, 2014-2015, pp. 549-643.

- (2016a), "Control de cláusulas predispuestas en contratos entre empresarios", *Almacén de Derecho*, 27 junio 2016 (disponible en <http://almacendedderecho.org/control-clausulas-predispuestas-contratos-empresarios/>).
- (2016b), "Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2014. El nsparencia de las cláusulas suelo como causa única y directa de su carácter abusivo (crítica y reconducción hacia el control de incorporación)", en YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (Dir.), *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (civil y mercantil). Volumen 6º (2013-2014)*, Dykinson/BOE, Madrid, 2016, pp. 201-221.
- (2017a), "El control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación: un necesario replanteamiento", en *Ejecución civil: especial referencia a la ejecución hipotecaria. Curso de Formación Continua del CGPJ*, 19.9.2016, CENDOJ, Madrid, 2017 (en prensa)
- (2017b), "Experiencias españolas en el (reducido) ámbito de control de las cláusulas en los contratos entre empresarios", en SCHULZE, Reiner (Dir.) *Standardisierte Verträge - zwischen Privatautonomie und rechtlicher Kontrolle*", Nomos, Baden-Baden, 2017 (en prensa).

Emilio GUICHOT (2016), "La responsabilidad del Estado legislador por infracción del Derecho de la Unión Europea en la jurisprudencia y en la legislación españolas a la luz de los principios de equivalencia y efectividad", *Revista Española de Derecho Europeo*, 60, octubre-diciembre 2016, pp. 40-101.

Francisco PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2013), "La restitución de las cantidades indebidamente cobradas en virtud de cláusulas suelo en contratos de préstamo hipotecario tras la STS 9 de mayo de 2013", *Diario La Ley*, nº 8154, 23 septiembre 2013.

- (2016), "Buena fe ex art. 1258 CC y nulidad de las cláusulas suelo sorpresivas en contratos de préstamo con adherentes empresarios. Reflexiones en torno a la STS, 1ª, 3 junio 2016", *Indret*, 4, 2016, pp. 1-21 (disponible en: http://www.indret.com/pdf/1266_es.pdf)

Beatriz SÁENZ DE JUBERA HIGUERO (2016), "Cláusulas suelo en préstamos con no consumidores: control de transparencia vs. buena fe", *Revista de Derecho Civil*, 4, 2016, pp. 69-102 (disponible en: <http://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/234/187>).

Ángel SERRANO DE NICOLÁS, Jesús SÁNCHEZ GARCÍA (2016), "Una imprescindible revisión para las PYMES de la doctrina del TS sobre los controles de incorporación y transparencia en la contratación seriada con condiciones generales", *Revista de Derecho vLex*, nº 143, abril 2016, pp. 1-

14 (disponible en: <http://vlex.com/vid/imprescindible-revision-pymes-doctrina-632310529>)

Guillem SOLER SOLÉ (2017), “TJUE, TS, cosa juzgada y responsabilidad del Estado”, *Diario La Ley*, nº 8905, 20 enero 2017.

STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE, RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), Christian von BAR, Erik CLIVE, (Eds.) (2010), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full edition*, Oxford University Press, Oxford, vol. I.

Mario TENREIRO, Elena FERIOLI, (2000), “Examen comparatif des législations nationales transposant la Directive 93/13”, en EUROPEAN COMMISSION, *The ‘Unfair Terms’ Directive, Five Years on. Evaluation and Future Perspectives*, Conferencia de 1-3 julio 1999, Luxembourg.

Francisco VERDÚN PÉREZ (2016), “La sentencia del TJUE de 29 de octubre de 2015 en el asunto BBVA: análisis de sus eventuales consecuencias”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 19/2016, pp. 75-111.