

1.3. Derechos reales

Cuestiones controvertidas en torno a las cláusulas abusivas insertas en los préstamos o créditos hipotecarios (y II)

Controversial questions concerning the improper clauses included in lendings or mortgage loans (and II)

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT

Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil. UCM

RESUMEN: Resulta usual en el ámbito de la contratación de créditos o préstamos hipotecarios el establecimiento de cláusulas suelo/techo, de intereses de demora o remuneratorios y de vencimiento anticipado. En el ámbito de las cláusulas suelo la sustanciación del control de transparencia y abusividad de tales cláusulas y, asimismo, en los efectos derivados de su nulidad, esto es, la posibilidad o no de devolución de las cantidades indebidamente pagadas por los prestatarios ha generado un intenso debate doctrinal y jurisprudencial, especialmente el que ha tenido lugar en el seno de nuestro Tribunal Supremo y en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que, ha determinado, asimismo, la adopción de importantes reformas legislativas en el ámbito procesal e hipotecario. Igualmente, tal debate se ha sustanciado en relación con la declaración de nulidad de los intereses de demora abusivos y su posible recalcular. En tal contexto, el presente estudio se va a centrar en el tratamiento de dicho control de transparencia y en los efectos restitutorios o no de las cláusulas suelo tras su nulidad y, asimismo, en la eventual declaración de nulidad de los intereses de demora abusivos y sus consecuencias.

ABSTRACT: *The establishment of clauses turns out to be usual in the area of the credit contracting or mortgage lending soil/ceiling, of interests of delay or remunerator and of early maturity. In the area of the clauses I occur the substantiation of the control of transparency of such clauses and, likewise, in the effects derived from his nullity, this is, the possibility or not of return of the quantities unduly paid for the borrowers it has generated an intense doctrinal and jurisprudential debate, especially the one that has taken place in the our Supreme Court and in the Court of Justice of the European Union that, it has determinated, likewise, the adoption of important legislative reforms in the procedural and mortgage area. Equally such a discussion has been generated in the relation by declaration of nullity of the improper interests of delay and his possible recalculation. In such a context, the present study it goes away to head office in the treatment of the above mentioned control of transparency and in the effects that you deliver quantities or not of the clauses I occur after his nullity; and likewise in the eventual declaration of nullity of the improper interests of delay and his consequences.*

PALABRAS CLAVE: Cláusulas abusivas. Control de transparencia. Nulidad. Cláusulas suelo. Efectos restitutorios. Intereses de demora. Recalculo, Consumidor. Préstamo hipotecario.

KEY WORDS: *Abusive clauses. Control of transparency. Nullity. Clauses of control of interest. Effects of returns. Interest of delay. Recalculation. Consumer. Mortgage lending.*

SUMARIO: I. LOS EFECTOS DERIVADOS DE LA NULIDAD CONTRACTUAL.—II. LA MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN DE LA APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA SUELO DURANTE LA SUSTANCIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO.—III. LOS INTERESES DE DEMORA. SU EVENTUAL NULIDAD Y EFECTOS.—IV. BIBLIOGRAFÍA.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. LOS EFECTOS DERIVADOS DE LA NULIDAD CONTRACTUAL

Una de las cuestiones que más relevancia tienen en términos económicos en los procesos sobre condiciones generales de la contratación es la relativa a los efectos de una eventual declaración de nulidad de las mismas por abusivas. Se trata de establecer, en concreto, si esa declaración ha de tener o no efectos retroactivos y poder determinar, en su caso, la restitución de la parte de las cantidades entregadas desde la celebración de nulidad de la cláusula reputada abusiva. Tras apreciar la nulidad por falta de transparencia de las cláusulas suelo enjuiciadas, la sentencia del Tribunal Supremo (Pleno) de 9 de mayo de 2013 establece, como regla general, que nuestro sistema parte de que la ineficacia de los contratos —o de algunas de sus cláusulas, si el contrato subsiste—, lo que exige destruir sus consecuencias y borrar sus huellas como si no hubiesen existido y evitar así que de los mismos se deriven efectos, de acuerdo con la regla clásica *quod nullum est nullum effectum producit* (lo que es nulo no produce ningún efecto). Así lo dispone el artículo 1303 del Código Civil a cuyo tenor: «*declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubieses sido materia del contrato, con sus frutos y el precio con los intereses, salvo lo que dispone en los artículos siguientes*». Como afirma la sentencia del Tribunal Supremo 118/2012, de 13 de marzo se trata «(...) de una propia *restitutio in integrum*, como consecuencia de haber quedado sin validez el título de la atribución patrimonial a que dieron lugar, dado que esta se queda sin causa que la justifique al modo de lo que sucedía con «*la condictio in debiti*». Se trata del resultado natural de la propia nulidad de la reglamentación negocial que, impuso el cumplimiento de la prestación debida por el adherente». Como se desprende del Fundamento Jurídico decimoséptimo de la mencionada sentencia de 9 de mayo de 2013 (especialmente de los párrafos 283 y 287 a 292) se parte indiscutiblemente del artículo 1303 del Código Civil como regla general (pero solo general y no única) en relación con los efectos de la nulidad, para seguidamente advertir de la necesidad de limitar en determinados casos los efectos retroactivos de la nulidad. No deja el Tribunal Supremo de aplicar el mencionado artículo 1303 del Código Civil, sino que adapta la sanción de nulidad allí establecida a las peculiaridades del caso concreto —la nulidad de las cláusulas suelo— y en atención a las distintas circunstancias concurrentes; lo que, además, como se indica en tal sentencia

es plenamente coherente con la propia jurisprudencia anterior que, ya había advertido de la imposibilidad de determinar con carácter absoluto y automático los efectos restitutorios de la nulidad contractual, y con la función del Tribunal Supremo que consiste en concretar el sentido último de las normas positivas. En efecto, el Alto Tribunal parte lógicamente «de la regla general de la eficacia retroactiva de las declaraciones de nulidad» (parágrafo 298); pero advierte que una retroactividad no opera con carácter absoluto y automático. En particular, se indica expresamente que la determinación de los efectos retroactivos de nulidad «no puede ser impermeables a los principios generales del Derecho —entre ellos de forma destacada el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 de la Constitución Española)— y lo evidencia el artículo 106 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y cuando se trata de conservación de efectos consumados —los artículos 114.2 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo de Régimen Jurídico de Patentes de Invención y Modelos de Utilidad; 54.2 de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre de Marcas; y, 68 de la Ley 20/2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial—» (parr. 287). De este modo, el Tribunal Supremo remite al mismo principio general que según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional —sentencias 179/1994, de 16 de junio (*RTC* 1994, 179); 281/1995, de 23 de octubre (*RTC* 1995, 281); 185/1995, de 14 de diciembre (*RTC* 1995, 185); 22/1996, 12 de febrero (*RTC* 1996, 22); y 38/2011, de 28 de marzo (*RTC* 2011, 38)— y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea —sentencia de 21 de marzo de 2013 (*TJCE* 2013, 93); de 3 de junio de 2010 (*TJCE* 2010, 164; y 19 de julio de 2012 (*TJCE* 2012, 200) permite limitar los efectos retroactivos de una sentencia, siempre que en este último caso «concurran dos criterios esenciales, a saber, la buena fe de los círculos interesados y el riesgo de trastornos graves».

También se resalta por el Tribunal Supremo en la citada sentencia que, la posibilidad de limitar o modular los efectos de la declaración de nulidad contractual había sido ya admitida y aplicada en su jurisprudencia. En particular, cita la sentencia 118/2012, de 13 de marzo que, al aplicar el artículo 1303 del Código Civil para resolver una pretensión de restitución de prestaciones derivadas de la nulidad de una condición general, ya advirtió que la regla prevista en este precepto no opera con un «automatismo» absoluto por lo que resulta posible limitar o modular judicialmente los efectos restitutorios de la nulidad en función de las circunstancias concretas del caso.

No alude el Tribunal Supremo —y podría haberlo hecho— a sus sentencias 863/2009, de 15 de enero y 209/2009, de 26 de febrero que, en aplicación del artículo 1303 del Código Civil para determinar los efectos de la nulidad de contratos de abanderamiento (en los que las acciones ejercitadas no tenían naturaleza colectiva) ya habían dispuesto la necesidad de limitar o modular su eficacia restitutoria. Así en las últimas de las sentencias se afirmó con claridad que «la restitución recíproca de las prestaciones establecidas en el artículo 1303 del Código Civil puede tener unos límites racionales similares a los que la jurisprudencia ha reconocido para algunos casos de resolución contractual» (Fundamento Jurídico segundo apartado 2.º). Puede considerarse que el Tribunal Supremo con ello atiende así al principio de seguridad jurídica y en particular, a los criterios de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea cuando determina la prevalencia de ese principio en determinados casos: los criterios de la buena fe y el riesgo de trastornos graves, esto es, la salvaguarda del orden público económico. Delimitado el marco normativo y jurisprudencial necesario para resolver acerca de la eficacia restitutoria de la nulidad por falta de transparencia de las cláusulas suelo, el Tribunal Supremo identifica once

circunstancias concurrentes en el caso de nulidad por falta de transparencia de las cláusulas suelo que determinan su falta de eficacia retroactiva respecto de los pagos realizados con anterioridad a la declaración de nulidad: «a) Las cláusulas suelo, en contra de lo pretendido por la demandante, son lícitas; b) Su inclusión en los contratos a interés variable responde a razones objetivas —el IBE indica como causas de su utilización el coste del dinero que está constituido mayoritariamente por recursos minoristas (depósitos a la vista y a plazo), con elevada inelasticidad a la baja a partir de determinado nivel del precio del dinero y, los gastos de estructura necesarios para producir y administrar los préstamos, que son independientes del precio del dinero—; c) No se trata de cláusulas inusuales o extravagantes. El IBE indica en el apartado 2 referido a la cobertura del riesgo de tipos de interés que en España «(...) casi el 97% de los préstamos concedidos con la vivienda como garantía hipotecaria están formalizados a tipo de interés variable»; d) Su utilización ha sido tolerada largo tiempo por el mercado —su peso afirma el IBE, ya en los años anteriores a 2004, alcanzaba casi el 30% de la cartera—; e) La condena a cesar en el uso de las cláusulas y a eliminarlas por abusivas, no se basa en la ilicitud intrínseca de sus efectos —en cuyo caso procedería la nulidad de las cláusulas suelo sin más—, sino en la falta de transparencia; f) La falta de transparencia no deriva de su oscuridad interna, sino de la insuficiencia de la información en los términos indicados en el apartado 225 de esta sentencia; g) No consta que las entidades crediticias no hayan observado las exigencias reglamentarias de información impuestas por la OM de 5 de mayo de 1994; h) La finalidad de la fijación del tope mínimo responde, según consta en el IBE a mantener un rendimiento mínimo de esos activos (de los préstamos hipotecarios) que permita a las entidades resarcirse de los costes de producción y mantenimiento de estas financiaciones; i) Igualmente según el expresado informe, las cláusulas se calculaban para que no implicasen cambios significativos en las cuotas iniciales a pagar, tenidas en cuenta por los prestatarios en el momento de decidir sus comportamientos económicos; j) la Ley 2/1994, de 30 de marzo sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios, permite la sustitución del acreedor; y, k) Es notorio que la retroactividad de la sentencia generaría el riesgo de trastornos graves con transcendencia al orden público económico, al extremo que el Ministerio Fiscal, pese a recurrir la sentencia de apelación, se pronuncia en el sentido de que no procede reconocer efectos retroactivos a la decisión de nulidad de las cláusulas controvertidas» (parágrafo 293). En tal contexto, la sentencia concluye que «procede declarar la irretroactividad de la presente sentencia, de tal forma que la nulidad de las cláusulas no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esta sentencia» (parágrafo 294). Por tanto, en el caso aquí enjuiciado, no se da eficacia retroactiva a la declaración de nulidad por falta de transparencia de las cláusulas suelo. La consecuencia es que no cabe la reclamación de las cantidades abonadas por el deudor por intereses en aplicación de esa cláusula antes de la declaración de nulidad. Aunque esta proclamación de irretroactividad e improcedencia de restitución se refiere literalmente a la propia sentencia; lo que ha sido considerado por la doctrina que, su operatividad se concreta en ese ámbito (PERTINEZ VILCHEZ, 2013, 14; ACHÓN BRUÑÉN, 2014, 2)¹; no faltan, sin embargo, quienes entienden que tanto el planteamiento de la cuestión como su desarrollo, en especial, la fundamentación sustantiva, revelan con toda claridad que la doctrina jurisprudencial que se establece versa en el plano sustantivo general precisamente sobre los efectos de la nulidad de las cláusulas suelo derivadas de la falta de transparencia.

Lo cierto es que, la sentencia de 9 de mayo de 2013 constituye doctrina jurisprudencial. Como es sabido conforme a los artículos 197 y 264.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la Sala Civil del Tribunal Supremo somete a decisión del Pleno aquellos recursos en los que se consideren, bien por su Presidente, bien por la mayoría de los Magistrados, necesario fijar, consolidar, o modificar la doctrina jurisprudencial en relación con la interpretación de determinadas normas o materias. Es, igualmente, sabido que las sentencias del Pleno de la Sala Primera constituyen por sí solas doctrina jurisprudencial (acuerdo adoptado por la Junta General de Magistrados de Sala de 30 de diciembre de 2011 apartado III, página 15; y Acuerdo de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2012, página 1). En este tipo de sentencias predomina con mayor intensidad la defensa del *ius constitutionis* característicos de la función casacional. El Tribunal Supremo de este modo «tiende a cumplir de modo prevalente una función de salvaguarda del Derecho objetivo, y a propiciar la unificación de la jurisprudencia a fin de lograr la uniformidad en la interpretación y aplicación de la norma» (FLORS MATIES, 2013, 20)². Esta sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 fue dictada por el Pleno de la Sala Primera y por ello, su doctrina y más en concreto, su doctrina en relación con los efectos de la nulidad por falta de transparencia de las cláusulas suelo respecto de los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esta sentencia, constituye doctrina jurisprudencial. Con posterioridad, la sentencia del Tribunal Supremo, también del Pleno de 25 de marzo de 2015 y, por tanto, la capacidad de crear por sí sola jurisprudencia, fija como doctrina jurisprudencial: «Que en cuando en aplicación de la doctrina fijada en la sentencia de Pleno de 9 de mayo de 2013, ratificada por la de 16 de julio de 2014 —se entiende que es una errata y se refiere a la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2014— y la de 24 de marzo de 2015 se declare abusiva y, por ende, nula la denominada cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo con tipo de interés variable, procederá la restitución al prestatario de los intereses que hubiese pagado en aplicación de dicha cláusula a partir de la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013». Dicha doctrina se asienta como *ratio decidendi* en los Fundamentos Jurídicos números 9 y 10 de esta sentencia. Así, si bien, es cierto que el Tribunal Supremo toma como base la regla general de la ineficacia de la cláusula abusiva y de referirse a la aplicación del artículo 1303 del Código Civil, a continuación señala que, esa regla general de ineficacia de las cláusulas abusivas puede tener excepciones, como la que se aplicó en la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 con base en la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de marzo de 2013 donde radican los elementos básicos en los que el Tribunal Supremo funda la irretroactividad de la misma, a saber, la seguridad jurídica, la buena fe y el riesgo de trastornos graves que, pueden afectar al orden público económico. En concreto, respecto del trastorno grave del orden público económico, al que se alude de nuevo en esta sentencia, se refiere la letra «k» del párrafo 293 de la sentencia de 9 de mayo de 2013 donde se señalaba que «es notorio que la retroactividad de la sentencia generaría el riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico, al extremo que el Ministerio Fiscal pese a recurrir la sentencia de apelación, se pronuncia en el sentido de que no procede reconocer efectos retroactivos a la decisión de nulidad de las cláusulas controvertidas».

Asimismo, se indica que «pretender que en la acción individual no se produzca meritado riesgo no se compadece con la motivación de la sentencia, pues el conflicto de naturaleza singular no es ajeno al conjunto de procedimientos derivados de la nulidad de las cláusulas suelo incorporadas en innumerables

contratos origen de aquellos, como es notorio y constatable por la abundante cita de sentencias que sobre tal objeto se hace en la presente causa. Y esa fue la razón que retuvo la Sala en su sentencia. La afectación al orden público económico no nace de la suma a devolver en un singular procedimiento, que puede resultar ridícula en términos macroeconómicos, sino por la suma de los muchos miles de procedimientos tramitados y en tramitación con análogo objeto». En cuanto al principio de buena fe de los círculos interesados, los argumentos de los que el Tribunal Supremo infiere la buena fe de los círculos interesados a 9 de mayo de 2013 cambian tras esa fecha, de modo que, en una concepción psicológica de la buena fe, la ignorancia de que la información debía darse como fue exigida y fijada posteriormente por la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, hace perder a la buena fe aquella naturaleza, pues una mínima diligencia permitía conocer las exigencias jurisprudenciales en materias propias del objeto social (Fundamento Jurídico noveno número 5). Por lo que se puede concluir que, a partir de la fecha de publicación de la sentencia del Pleno de 9 de mayo de 2013 no es posible ya la alegación de la buena fe por los círculos interesados, pues, esta sentencia abre los ojos y las mentes de las partes contratantes, pudiendo estos indagar y esclarecer si las cláusulas suelo insertas en contratos de préstamos con tipo de interés variable, en principio, lícitas, carecen de transparencia, no por oscuridad interna, sino por insuficiencia de información en los términos indicados en el párrafo 225 de la sentencia. Por otra parte, la Sala atiende a una serie de argumentos —que son las circunstancias expuestas en la sentencia de 9 de mayo de 2013— de las que colige a la fecha de la sentencia la buena fe de los círculos interesados y que como tales valora. Asimismo, se señala en la meritada sentencia que, la eficacia de la irretroactividad de la sentencia de 9 de mayo de 2013 vienen mereciendo respuestas dispares por parte de nuestros tribunales en cuanto a la devolución o no de las cuotas percibidas por las entidades prestamistas en aplicación de la cláusula suelo declarada abusiva. Así esta sentencia ofrece una respuesta a tan debatida cuestión, si bien no revisa la fijada sino que despeja dudas y clarifica su sentido como guía al respecto para nuestra doctrina, en aras a la unificación que debe hacerse de ella en su aplicación y a la postre, a la seguridad jurídica como principio informador del ordenamiento jurídico (art. 9.3 de la Constitución española) (Fundamento Jurídico octavo). Una vez expuesta la decisión de la Sala concluye que «en atención a todo lo expuesto se estima el recurso de casación, confirmando la doctrina sentada por la sentencia del Pleno de 9 de mayo de 2013, cuya cabal clarificación se ha llevado a cabo en la presente, y asumiendo la instancia, se estima el recurso de apelación interpuesto por la representación de BBVA contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia, declarando que la entidad recurrente no viene obligada a la devolución de los pagos ya efectuados por los prestatarios a la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013» (Fundamento Jurídico undécimo). La novedad de esta sentencia de 25 de marzo de 2015 radica en que curiosamente esta misma solución que se adopta en la sentencia de 9 de mayo de 2013 para un supuesto de acción de cesación se extiende ahora a las acciones individuales. Lo cierto es que, como señala la sentencia, en su Fundamento Jurídico quinto que «al apreciarse que la acción de cesación no se acumularon pretensiones de condena y concretas reclamaciones de restitución, mientras que en la presente acción individual si se formulan de esta naturaleza, es por lo que no cabe estimar que en la presente *litis* tenga fuerza de cosa juzgada el pronunciamiento de la sentencia de 9 de mayo de 2013 sobre la cuestión relativa a la restitución o no de los intereses pagados en aplicación de la cláusula declarada nula, sin que

tampoco quepa estimar cualquier otra excepción que impida ofrecer respuesta al recurso de casación»³.

A pesar de esta doctrina jurisprudencial fijada en sendas sentencias del Pleno del Tribunal Supremo, lo cierto es que, no ha sido unánime el seguimiento de la misma por la jurisprudencia de los Juzgados de Primera Instancia y las Audiencias Provinciales. Así hay tres posiciones: 1) Las que siguiendo los fundamentos y resoluciones de la doctrina jurisprudencial de la sentencia de 9 de mayo de 2013 han proclamado que, la declaración de nulidad no tiene efectos retroactivos y, en consecuencia, ha desestimado las pretensiones de restitución de las cantidades cobradas por causa de su aplicación⁴; 2) Las sentencias que han estimado que debe aplicarse de forma literal y mecánica el artículo 1303 del Código Civil y, por tanto, se proclama el carácter retroactivo de la declaración de nulidad y se estiman las pretensiones restitutorias de los actores⁵; y, 3) Los que optan por seguir la doctrina fijada en la sentencia de 25 de marzo de 2015 y considerar que la retroactividad de los efectos es parcial, esto es, desde la fecha de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013⁶.

Por su parte, la doctrina de forma mayoritaria se muestra crítica con la solución adoptada por ambas sentencias del Tribunal Supremo. Así como relación a la sentencia de 9 de mayo de 2013 se ha tachado de «singular», pues, las razones que se alegan «solo refuerzan la validez de las cláusulas suelo en abstracto (habitualidad, justificación económica, licitud), pero no sirven para justificar la corrección de la actuación de la entidad que faltó a los requisitos de transparencia legalmente exigidos, salvo que quiera decirse que, no hay retroactividad porque durante muchos años ha sido muy frecuente que las entidades utilizarasen cláusulas suelo no transparentes» (CORDERO LOBATO, 2013, 132)⁷; o, incluso, se califica de «sorprendente» y no se alcanza a comprender esta decisión (ACHÓN BRUÑEN, 2013, 4)⁸. PERTINEZ VILCHEZ (2013, 15) afirma, asimismo, que «la verdadera razón de este pronunciamiento, entendemos que no es jurídico sino económico (...). Cabe plantearse entonces con que fundamento el orden público económico puede anteponerse a una consecuencia contractual de orden civil como es la restitución de las prestaciones del artículo 1303 del Código Civil. El orden económico no es fuente del derecho ni criterio de interpretación de las normas jurídicas, por lo que conforme el artículo 1.6 del Código Civil una decisión del Tribunal Supremo fundada en razonamientos económicos, que no es una interpretación jurídica de las normas, no podrá sentar jurisprudencia». Además indica el autor que «las entidades financieras que han empleado cláusulas suelo en sus contratos de préstamo hipotecario no pueden ampararse en un confianza legítima en la licitud de dichas cláusulas conforme el marco legal vigente en el momento de realización de los respectivos contratos, al menos siempre y cuando los contratos fuesen posteriores a la entrada en vigor de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación. Finalmente dispone que «la no vinculación debe entenderse no solamente en cuanto a los efectos futuros de la cláusula, sino también respecto de los efectos ya consumados, pues mantener la irretroactividad de la nulidad de las cláusulas suelo impidiendo la restitución de las cantidades indebidamente cobradas no es sino una forma de reconocer efectos vinculantes a las cláusulas suelo cuando sean abusivas»⁹. Por su parte, ACHÓN BRUÑEN (2014, 1-8) alega once argumentos en contra de la doctrina propugnada por la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, entre los que se destacan la falta de retroactividad no es acorde con lo dispuesto en el artículo 6 de la Directiva 93/13/CEE ni con el principio de no vinculación del consumidor de las cláusulas abusivas secundado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea; se opone

a lo dispuesto en el artículo 83 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea; la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 no se puede considerar vinculante para otros órganos inferiores al no crear jurisprudencia respecto de la irretroactividad de las declaración de nulidad de la cláusula suelo; además esta sentencia ni tiene efectos de cosa juzgada material frente a los no litigantes; asimismo, no se puede alegar trastorno grave del orden público económico como razonamiento en contra de la retroactividad en supuesto de reclamaciones individuales; la irretroactividad de la cláusula suelo ocasiona un enriquecimiento de las entidades bancarias al beneficiarse, al menos durante algún tiempo de los efectos económicos de una cláusula nula; y, en fin, no es función de los tribunales velar por la economía, sino impartir justicia¹⁰. E, igualmente, se muestra crítica con la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2015, argumentando que «resulta reproable que el Tribunal Supremo no fije los criterios en que puede fundarse la apreciación del trastorno grave con trascendencia para el orden socio económico, pues, con dicha omisión está impidiendo que en el futuro otro tribunal declare una retroactividad total de la declaración de nulidad de la cláusula suelo cuando no concurren los presupuestos concretados en la sentencia. Asimismo, considera que el trastorno que se intenta evitar no es a la economía en general, sino tan solo a las entidades financieras; finalmente señala que «el Tribunal Supremo incurre en un error de argumentación presumiendo la buena fe de ambas partes contratantes, pues, tan solo favorece a una de ellas (la entidad bancaria) aunque paradójicamente su buena fe resulte mucho más discutible que la del consumidor» (ACHÓN BRUNÉN, 2015, 3-4)¹¹.

Por último, en relación con la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2015, PLAZA PENADÉS (2015, 19) señala que «genera serias dudas no ya porque en dicha sentencia no se fijan los presupuestos económicos y jurídicos para saber cuándo se debe aplicar el llamado «riesgo de trastorno grave con trascendencia al orden público económico» del que no sabemos si se puede beneficiar otros colectivos más necesitados y con mayor «riesgo» de trastornos graves con trascendencia al orden público económico como el colectivo de personas desahuciadas por ejecuciones hipotecarias, sino porque excepcionar ese riesgo al régimen general de ineficacia de las cláusulas abusivas por no superar el control de transparencia, parece ir en contra del vigente artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 176 de noviembre que prohíbe cualquier tipo de integración mínima o parcial que beneficie al predisponente, ya que dicha solución genera un efecto contrario al derecho comunitario por favorecer o promover la inclusión de cláusulas abusivas en perjuicio del consumidor, que quedaría sin ningún tipo de sanción o con una sanción atemperada o aminorada» (LLAMAS POMBO, 2013, 16-17)¹².

Frente a estas críticas no falta quien considera que, la sentencia de 9 de mayo de 2013 contiene una fundamentación normativa sólida, coherente con la propia jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo sobre el artículo 1303 del Código Civil y que arroja una doctrina clara para resolver acerca de la eficacia irretroactiva de la nulidad por falta de transparencia de la cláusula suelo respecto de los pagos realizados con anterioridad a 9 de mayo de 2013 (GARCÍA VILLARRUBIA, 2014, 3)¹³.

Ahora bien, en este contexto de debate y crítica, la Audiencia Provincial de Alicante, sección 8.ª, Tribunal de Marca Comunitaria, mediante Autos de fecha 15 de junio de 2015 ha planteado ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dos cuestiones prejudiciales relativas al controvertido tema de las cláusulas

abusivas y, en particular, cuestionado la no retroactividad de la nulidad de una cláusula suelo enmarcadas en dos bloques diferenciados. Uno primero directamente relacionado con la retroactividad de la nulidad de la cláusula suelo en el que el tribunal cuestiona tanto la compatibilidad de la no retroacción a la fecha de celebración del contrato de los efectos de la nulidad de una cláusula suelo con el principio de no vinculación reconocido en el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores como, en el mismo marco, los criterios dados por el Tribunal Supremo para justificar la no retroactividad. En el segundo bloque, el tribunal plantea la cuestión relativa a la compatibilidad con el mismo principio de no vinculación de las citadas cláusulas y con el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea con criterio de extensión de la doctrina contenida en la sentencia de 9 de mayo de 2013 a los casos formulados mediante el ejercicio de acciones individuales, como es el supuesto de la sentencia de 2015, sin ponderar las particulares circunstancias concurrentes.

A tal efecto formula las siguientes cuestiones: 1. Es compatible con el principio de no vinculación reconocido en el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE que los efectos restitutorios derivados de la declaración de nulidad por abusiva de una cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo no se retrotraigan a la fecha de celebración del contrato, sino a una fecha posterior; 2. El criterio de buena fe de los círculos interesados que opera como fundamento de la limitación de la eficacia retroactiva derivada de la cláusula abusiva, representa un concepto autónomo del Derecho de la Unión que ha de interpretarse de manera uniforme por el conjunto de los Estados miembros; 3. En caso de respuesta afirmativa, qué presupuestos deben atenderse para determinar la existencia de buena fe de los círculos interesados; 4. En cualquier caso, cabe preguntarse si es conforme con la buena fe de los círculos interesados la actuación del profesional que en la generación del contrato, ha motivado la falta de transparencia determinante de la abusividad de la cláusula; 5. El riesgo de trastornos graves que opera como fundamento de la limitación de la eficacia retroactiva derivada de la cláusula abusiva, constituye también un concepto autónomo del Derecho de la Unión que debe interpretarse de manera uniforme; 6. En caso de respuesta afirmativa, qué criterios debe ser tenido en consideración; y, 7. El riesgo de trastornos graves debe tomarse solo en consideración el que se pueda producir para el profesional o también se debe tomar en cuenta el quebranto que se ocasione a los consumidores por la no restitución íntegra de las cantidades abonadas en virtud de dicha cláusula suelo. Y, en relación con la extensión del pronunciamiento jurisprudencial dado con ocasión de una acción colectiva de cesación respecto de consumidores que ejerciten acciones individuales de nulidad de la cláusula abusiva plantea si es compatible con el principio de no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas reconocido en el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo y con el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la extensión automática de la misma limitación de los efectos restitutorios derivados de la nulidad de una cláusula «suelo» declarada en el seno de un procedimiento entablado por una asociación de consumidores contra tres entidades financieras a las acciones individuales de nulidad de una cláusula «suelo» por abusiva instadas por los clientes-consumidores, que contrataron un préstamo hipotecario con otras entidades financieras distintas.

Asimismo, este Tribunal entiende que la presente cuestión merece su tramitación mediante el procedimiento acelerado en atención al número de potenciales

afectados. La crisis económica por la que atraviesa España ha dado lugar a un número muy elevado de procedimientos en los que se insta por los consumidores la declaración de nulidad de cláusulas «suelo» y en ellos surge la duda sobre la compatibilidad con el Derecho de la Unión Europea del criterio interpretativo establecido en las sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo, números 241/2013, de 9 de mayo y 139/2015, de 25 de marzo que constituye jurisprudencia. El artículo 105.1 del reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia dispone que a instancia del órgano jurisdiccional remitente o, excepcionalmente de oficio el Presidente del Tribunal puede *«decidir tramitar una petición de decisión prejudicial mediante un procedimiento acelerado que establezca excepciones a las disposiciones del presente Reglamento, cuando la naturaleza del asunto exija resolverlo en breve plazo»*.

Lo cierto es que, se cuestiona ante el Tribunal de Justicia es si resulta compatible con el derecho europeo del consumidor la no retroactividad de la nulidad de una cláusula suelo frente el efecto ordinario de retroactividad, que se deriva conforme a nuestra normativa civil (art. 1303 del Código Civil).

Por otra parte, en esta línea, la Audiencia Provincial de Cantabria, sección cuarta mediante Auto de 17 de julio de 2015 ha elevado también al Tribunal de Justicia de la Unión Europea una cuestión prejudicial con el fin de que se pronuncie acerca de si se puede limitar la devolución de los intereses cobrados indebidamente por los bancos a los clientes en concepto de cláusula suelo, cláusula que ha sido declarada nula por abusiva. Además solicita, como la Audiencia Provincial de Alicante, que se tramite esta cuestión por el procedimiento acelerado pues «se ha insertado con carácter generalizado en la práctica totalidad de los préstamos hipotecarios, por lo que existe una inmensa masa de consumidores afectados. A su vez, se encuentran en tramitación un elevadísimo número de procedimientos cuyo objeto es la declaración de nulidad de estas cláusulas instadas en los contratos celebrados con consumidores y sus efectos. Por otro lado, en el seno de los procedimientos de ejecución hipotecaria ante la oposición deducida por la nulidad de las cláusulas suelo, se está generando la incertidumbre sobre los efectos de dicha nulidad. Todo lo anterior, se ve agudizado por la situación económica por la que atraviesa España en los últimos tiempos. En el planteamiento de la cuestión prejudicial pregunta al Tribunal de Justicia de la Unión Europea: 1. Si resulta compatible con la normativa comunitaria tuteladora de los derechos de los consumidores y concretamente con los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE el criterio según la cual la nulidad de la cláusula no supone la eliminación de todos los efectos de la misma, como si nunca se hubiere tenido por puesta con la consiguiente restitución de las prestaciones. En particular, si es posible limitar los efectos de la nulidad a una fecha posterior a la celebración del contrato. Ello, se traduce en alusión a la sentencia de 25 de marzo de 2015 en si es posible que, declarada la nulidad de una cláusula suelo inserta en un contrato celebrado con consumidores por su carácter abusivo por falta de transparencia, la condena a la devolución de los intereses indebidamente cobrados por el prestamista, entidad financiera, puede limitarse a los percibidos a partir de una determinada fecha y no a los indebidamente percibidos desde la celebración del contrato. Para la Audiencia Provincial de Cantabria seguir este criterio «supone un trato perjudicial para el consumidor ya que la cláusula suelo declarada nula si sería eficaz durante un tiempo: el que transcurre «desde la celebración del contrato hasta aquel en el que se fija el comienzo de los efectos restitutorios». Por otro lado, también se plantea si se puede justificar «el carácter no plenamente retroactivo de los efectos de dicha nulidad por abusiva de una cláusula inserta en

un contrato celebrado con un consumidor en el riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico y buena fe». A juicio de la Audiencia, de admitirse ambos motivos «la protección al consumidor justifica que cuando se trata de una acción individual el examen de estos requisitos sea relativo atendiendo a la concreta relación contractual». Respecto al riesgo de trastorno grave al orden público económico, la cuestión prejudicial también plantea al tribunal europeo si se considera compatible con la Directiva europea tal justificación y nos encontramos ante una acción individual, si hay que valorar el trastorno que puede producir la acción concreta, o bien si hay que tener en cuenta «el posible y potencial ejercicio de una acción individual por un gran número de consumidores afectados». De admitirse entiende la Audiencia Provincial que sería evaluar «un riesgo potencial que no tiene porqué llegar a materializarse». Frente a ello, cree que «podría apreciarse que la trascendencia económica real de otorgamiento de efectos retroactivos a la nulidad de una cláusula abusiva en un contrato celebrado con consumidores ante el ejercicio de una acción individual carece de trascendencia perturbadora para la economía en general». Sobre la buena fe, la Audiencia cántabra plantea si puede valorar este requisito —valorable y apreciable en abstracto— con carácter general y por tanto aplicarlo a todas las relaciones contractuales entre profesionales y los consumidores en los que se encuentre inserta una cláusula nula por abusiva, o por el contrario, ostenta un carácter relativo íntimamente vinculado con la actuación en la específica contratación. Su carácter general lo presupone la sentencia de 25 de marzo de 2015 que entiende que, desde 2013 el requisito de la buena fe ya no es válido, dando por hecho que hasta la fecha de la primera sentencia sí que lo era y estaba presente en todos los contratos. No obstante, la Audiencia cántabra considera que «una valoración abstracta de la buena fe, que no tenga en cuenta la concreta actuación del profesional al inserta en un contrato la cláusula suelo y al informar al consumidor sobre su alcance y significado, supondría beneficiar al profesional en perjuicio del consumidor» y, además «la protección del consumidor justifica que cuando se trata de una acción individual el examen de estos requisitos sea relativa atendiendo a la concreta relación contractual». Por lo anterior, formulan las siguientes cuestiones: 1. Es compatible con el principio de no vinculación y los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993 la limitación de efectos retroactivos de la nulidad por abusiva de una cláusula suelo inserta en un contrato celebrado con consumidores; 2. Es compatible con los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 el mantenimiento de los efectos desplegados por una cláusula suelo declarada nula por abusiva, inserta en un contrato celebrado con consumidores; 3. Es compatible con los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 la limitación de los efectos retroactivos de la nulidad por abusiva de una cláusula suelo inserta en un contrato celebrado con consumidores por la apreciación de riesgo de trastorno grave con trascendencia en el orden público económico y de buena fe; 4. De afirmarse la respuesta a la anterior cuestión, cuando se ejercita la acción individual de nulidad de una cláusula abusiva inserta en un contrato celebrado con consumidores, es compatible con los artículos 6 y 7 Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 que, se presuma el riesgo de trastorno grave con trascendencia al orden público económico o ha de apreciarse y valorarse atendiendo a los concretos datos económico de los que se extraiga la repercusión macroeconómica del otorgamiento de efectos retroactivos a la nulidad de una cláusula abusiva; y, 6. De ser afirmativa la respuesta a la cuestión tercera, es compatible con los artículos 6 y 7 Directiva 93/13/CEE del

Consejo, de 5 de abril de 1993 la valoración abstracta de la conducta de cualquier profesional para apreciar la buena fe; o, por el contrario, es necesario que dicha buena fe sea examinada y valorada en cada supuesto concreto, atendiendo a la conducta concreta seguida por el profesional en la contratación e inserción de la cláusula abusiva en el contrato en interpretación del artículo 6 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993.

Finalmente, hemos de referirnos, por un lado, a la petición de decisión prejudicial presentada por el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Granada el 1 de abril de 2015 (Asunto C-154/15) que plantea como cuestiones prejudiciales: 1. La interpretación de «no vinculación» que realiza el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE, es compatible en estos supuestos con una interpretación que determine que la declaración de nulidad de la citada cláusula no obstante extiende sus efectos hasta que se declare la misma; y, por tanto que, aunque se declara su nulidad, se entenderá que los efectos ha producido durante su vigencia no quedarán invalidados o ineficaces; y, 2. El cese en el uso que pudiera decretarse de una determinada cláusula (de conformidad a los apartados primeros de los arts. 6 y 7) en una acción individual ejercitada por un consumidor cuando se declare su nulidad, es compatible con una limitación de los efectos de dicha nulidad y, es posible moderar (por los tribunales) la devolución de cantidades que haya pagado el consumidor —a que esté obligado el profesional— en aplicación de la cláusula, posteriormente declarada nula desde el origen por defecto de información y/o transparencia. Y, por otro lado, al Auto de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 6ª, de 4 de enero de 2016 (*JUR* 2016, 13618) que, plantea, igualmente, cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en los siguientes términos: 1. ¿Los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 2013, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, pueden interpretarse en el sentido de que los efectos restitutorios de la declaración de nulidad por abusiva de una cláusula suelo contenida en un contrato de préstamo no se retrotraigan a la fecha de celebración del contrato sino a una fecha posterior?; 2. El criterio de buena fe de los círculos interesados que opera como fundamento de la limitación de la eficacia retroactiva derivada de la declaración de nulidad de una cláusula por abusiva, ¿es un concepto autónomo del Derecho de la Unión que deba interpretarse de manera uniforme por el conjunto de los Estados miembros?; 3. Si la respuesta a la anterior cuestión es afirmativa, ¿qué presupuestos deben atenderse para determinar la existencia de la buena fe de los círculos interesados?; 4. En cualquier caso, ¿es conforme con los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 2013, la interpretación del concepto de buena fe de los círculos interesados en el sentido de que puede concurrir la buena fe en la actuación del profesional que, en la generación del contrato, ha motivado la falta de transparencia determinante de la abusividad de la cláusula?; 5. ¿Es conforme con los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 2013, la interpretación del concepto de buena fe de los círculos interesados en el sentido de que la buena fe del profesional puede ser valorada en abstracto o, por el contrario, debe ser valorada atendiendo a la conducta seguida por el profesional en el supuesto de contratación concreto?; 6. El riesgo de trastornos graves que opera como fundamento de la limitación de la eficacia retroactiva derivada de una cláusula abusiva, ¿es un concepto autónomo del Derecho de la Unión que deba interpretarse de manera uniforme por el conjunto de los Estados miembros?; 7. Si la respuesta a la anterior cuestión es afirmativa, ¿qué criterios deben ser tomados en consideración?; 8. En cualquier caso, el riesgo de trastornos graves, ¿es conforme

con los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 2013, que se valore tomando solo en consideración el que pueda producir para el profesional o también se debe tomar en cuenta el quebranto que se ocasione a los consumidores por la no restitución íntegra de las cantidades abonadas en virtud de la cláusula suelo?; y, 9. El riesgo de trastornos graves con trascendencia para el orden público económico, en el caso de ejercicio de una acción individual por un consumidor, de conformidad con los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 2013, ¿debe valorarse atendiendo solo a la repercusión económica de esa acción en concreto o atendiendo a los efectos económicos que tendría el potencial ejercicio de una acción individual por un elevado número de consumidores?.

Se solicita, además, por esta Audiencia Provincial de A Coruña al Tribunal de Justicia de la Unión Europea su tramitación por el procedimiento acelerado y se suspende el procedimiento por el que se resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, número 4, de Santiago de Compostela de 16 de enero de 2014.

En este contexto, nos adherimos a la posición doctrinal mayoritaria crítica con la posición del Tribunal Supremo adoptada en la sentencia de 9 de mayo de 2013 y en la sentencia de 25 de marzo de 2015 relativa a irretroactividad o, en su caso, de retroacción parcial de los efectos restitutorios derivados de la declaración de nulidad. Lo cierto es que, el Alto Tribunal en ambas resoluciones no ha llevado a cabo una adecuada fundamentación en relación con la materia. Además la sentencia de 25 de marzo de 2015 reproduce casi en su totalidad los argumentos de la sentencia de 9 de mayo de 2013 sin reparar en que aquella se había ejercitado una acción individual con acumulación de pretensión de la devolución de cantidades indebidamente cobradas frente a la acción de cesación sin acumular la devolución de las cantidades indebidamente pagadas de la citada sentencia de 9 de mayo de 2013. Conviene recordar que, la acción de cesación presenta una legitimación activa restringida (art. 16 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación) con carácter general, es imprescriptible (art. 9 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación) y sus efectos son hacia el futuro, dado que conforme al artículo 12 de la citada Ley la cesación pretende la condena a que deje de surtir efectos «en los sucesivos»; sin embargo, la acción individual de nulidad la puede ejercitar cualquier afectado y su eficacia es *ex tunc* según los artículos 8 y 9 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación.

En todo caso, hay que señalar que, el Tribunal Supremo en otra ocasión también había excepcionado los efectos *ex tunc* de la declaración de nulidad, pero la razón había sido evitar un enriquecimiento injusto (sentencias de 26 de febrero de 2009 y 13 de marzo de 2012)¹⁴; en otras, sin embargo, se ha mostrado a favor de retroactividad declarando abusiva la cláusula de redondeo al alza del tipo de interés que se toma de referencia para las revisiones anuales en los préstamos con garantía hipotecaria y condenando a la devolución a los clientes contratantes afectados de las cantidades cobradas en exceso —sentencias de 4 de noviembre de 2010; y 2 de marzo de 2011—¹⁵.

Ahora bien, el Tribunal parte en ambas sentencias que en nuestro ordenamiento la ineficacia de los contratos o de algunas de sus cláusulas supone, declarada su nulidad, que no produce efectos tal como dispone el artículo 1303 del Código Civil y, en consecuencia, los contratantes han de restituirse recíprocamente las cosas que hubieran sido materia de contrato, con sus frutos y el precio de los intereses, salvo lo que dispone en los artículos siguientes. Se acepta la regla general de la eficacia retroactiva de la declaración de nulidad. Precisamente, la

sentencia de este Alto Tribunal, Sala 1.^a, de 22 de abril de 2005 propugnó con cita de otras anteriores que, el restablecimiento de la situación económica previa obedece a la dogmática propia de la nulidad y a la necesidad de conseguir que las partes afectadas por la misma recobren la situación personal y patrimonial anterior al efecto invalidador. Pues, en otro caso se beneficiaría a la parte que originó la patología contractual¹⁶.

En este contexto, resultan rechazables algunos de los argumentos empleados por el Tribunal Supremo para limitar la retroactividad o lo que es lo mismo los efectos de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo, así se alega que tal limitación opera por razones de seguridad jurídica; lo que supone anteponer en la jerarquía normativa un principio con es el de seguridad jurídica sobre una norma como es el artículo 1303 del Código Civil. Asimismo, aporta a través de los hechos un concepto de buena fe y sustenta el riesgo del quebranto económico en la «notoriedad» esto es, sin basarse en prueba alguna ni explicitar las condiciones o requisito de valoración o justificación, más allá de la propia notoriedad que alude como fundamento de su afirmación. Alega buena fe por parte de las entidades financieras lo que es ciertamente cuestionable, pues, sabían o debían saber que las emplearon con el objeto de alterar el coste del crédito, y, asimismo, eran conscientes que las cláusulas suelo eran contrarias a la buena fe tal como estaban configuradas y de conformidad con la legislación vigente en aquel momento. Por lo que tampoco había buena fe en la confianza legítima de que actuaban sobre la base de una normativa válidamente en vigor. Tan solo habría buena fe por parte de las entidades que hubieran cumplido el control de transparencia en la redacción e información de la cláusula suelo; de manera que, el consumidor o usuario comprendiera realmente su verdadero alcance, conociese, asimismo, la carga económica y la posición que asumía en el contrato, pero en estos casos la cláusula sería válida y, por ende, no sería necesario plantear ninguna devolución de cantidad alguna. Además no se puede reputar en ningún caso de buena fe, a quien impone una cláusula en su propio interés y sin facilitar la debida información de sus negativos efectos, pues, con dicha actitud se impide a los consumidores poder optar por otras ofertas que, aunque pudieran imponerles unos mayores intereses remuneratorios, no actuase los efectos de una cláusula suelo. A la postre esta buena fe alegada solo beneficia a una parte —el profesional— y perjudica a otra —el consumidor— que en este tipo de contratos, ocupa una posición negociadora de inferioridad. En cuanto al argumento del riesgo de grave trastorno económico para el orden público económico se opera sobre la base de un criterio indeterminado y arbitrario cuya existencia no se prueba, ni se justifica en la sentencia, ni se fijan jurisprudencialmente los requisitos jurídico que ese «riesgo» debe tener para excepcionar los derechos básicos que tienen reconocidos los consumidores y usuarios en el derecho español y en el comunitario. En este sentido, el voto particular de la sentencia de 25 de marzo de 2015 hace un importante esfuerzo en intentar clarificar las reglas básicas de restitución de las cantidades a devolver. En consecuencia, parece que el trastorno que, intenta evitar el Tribunal Supremo no es el de la economía en general, sino en particular, el de las entidades financieras. Como se ha insistido desde nuestra más importante doctrina, la función de los tribunales no es «rescatar a la banca», ni mirar por su saneamiento económico. Por otra parte, conviene precisar que, el Tribunal de Justicia en numerosas resoluciones ha sentado el principio de no vinculación —sentencias de 26 de abril de 2012 y 30 de mayo de 2013¹⁷ entre otras— en el sentido que cuando se declare abusiva una cláusula contractual los órganos jurisdiccionales nacionales estarán obligados a aplicar

todas las consecuencias que según el derecho nacional se deriven de ello para que el consumidor no resulte afectado por dicha cláusula. Nuestro Tribunal Supremo ha interpretado el artículo 1303 del Código Civil como norma base regulatoria de la retroactividad de los efectos de la nulidad contractual en este ámbito específico de no vinculación del consumidor por una cláusula abusiva, tanto con ocasión de una acción colectiva como individual. Y lo ha hecho precisamente excepcionando el efecto propio del instituto que, conforme al derecho interno encauza la «no vinculación», es decir, la nulidad de pleno derecho de la cláusula y la consiguiente restitución de las prestaciones. Para ello el Tribunal Supremo aporta a través de los hechos, como hemos señalado y constatado, un concepto de buena fe y sustenta el riesgo de quebranto del orden económico, precisamente, en la «notoriedad» sin fijación de hechos cualitativos ni cuantitativos, ni desde luego sin determinar criterios objetivables; lo que es tanto más rechazable cuando en los casos resueltos operan profesionales —entidades financieras— cuyo negocio y beneficio se han sustentado en el empleo de cláusulas abusiva que, han convertido lo percibido por estas en virtud de las mismas en una suerte de enriquecimiento injusto, que lejos de sancionarse, determina un empobrecimiento del consumidor que, se admite como justificable; lo que en el fondo frustra su acceso a la tutela judicial efectiva, pues, aun reconociendo que la cláusula es nula de pleno derecho por abusiva y lo indebidamente pagado por su aplicación, no se restituyen o se hace parcialmente por razón del grave riesgo de trastorno en el orden económico. No parece que el quebranto económico sea tan importante para las entidades como si lo es para el consumidor.

Ciertamente mantener la irretroactividad o reconocer una retroacción parcial de la nulidad de las cláusulas suelo impidiendo la restitución de las cantidades indebidamente, supone oponerse a la disposición del artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE al tiempo que obliga a los Estados miembros a establecer en sus sistemas jurídicos «...medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores» —obligación vinculada al denominado «efecto útil» de la Directiva—, y al principio de no vinculación al consumidor de las cláusulas abusivas secunda por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Por otra parte, hemos de señalar que, las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de junio de 2012 y de 21 de febrero de 2013 fijan la doctrina de prohibición de integrar las cláusulas abusivas, pues, si un juez nacional tuviera la posibilidad de modificar su contenido, dicha facultad eliminaría el efecto disuasorio que, ejercer sobre los profesionales el hecho de que pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se aplique a los consumidores, pues, en caso contrario pudieran verse tentados a utilizarla al saber que, en caso de declararse su nulidad, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario. Con la actitud del Tribunal Supremo de limitar los efectos restitutorios ante la declaración de nulidad de una cláusula en cierta forma está incumpliendo tal prohibición al moderar el alcance de los efectos restitutorios.

Finalmente, resulta oportuno señalar que, las cláusulas suelo son en sí mismas lícitas —amparadas por el principio de autonomía de la voluntad (art. 1255 del Código Civil) y, por la norma sectorial que las contempla—, siendo en todo caso abusivas por falta de transparencia una vez incorporadas a los contratos de préstamo hipotecario, cuando no permiten al consumidor identificar la cláusula como definitoria del objeto principal del contrato y conocer el reparto real de los riesgos de la variabilidad de los tipos. La falta de transparencia, tal como fija el parágrafo 225 de la sentencia de 9 de mayo de 2013 no deriva de su oscuridad

interna, sino de la insuficiencia de la información. Asimismo que, el pronunciamiento de la retroactividad se fija por el Tribunal Supremo tras examinar la concurrencia de una serie de circunstancias valorables en abstracto (parágrafo 293 de la sentencia de 9 de mayo de 2013 y *Fundamento de Derecho noveno número 5* de la sentencia de 25 de marzo de 2015) que concurren en el supuesto enjuiciado para declarar la abusividad de las cláusulas. Por tanto, habrá que examinar si en cada caso concurren o no las circunstancias que el tribunal marca en ambas sentencias como parámetro para estar ante una cláusula abusiva por falta de transparencia y posteriormente determinar la necesidad o no de devolver las cantidades recibidas por esa cláusula declarada nula. Y, en todo caso, la sentencia del Tribunal Supremo, de 9 de mayo de 2013 no tiene efectos de cosa juzgada material frente a los no litigantes por lo que el pronunciamiento del Alto Tribunal no impide la posibilidad de decidir en otro proceso, atendiendo a las circunstancias concretas, si debe aplicarse o no el artículo 1303 del Código Civil, pues, el Tribunal Supremo en tal resolución declara la irretroactividad únicamente de su sentencia. En el voto particular a la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2015 coincide en señalar la inexistencia de cosa juzgada respecto del pronunciamiento de la sentencia de 9 de mayo de 2013 sobre la cuestión relativa a la restitución o no de los intereses pactado y completa la argumentación con lo que constituye el verdadero fundamento de la no aplicación del efecto de cosa juzgada a la pretensión que integra la presente Litis como es: las claras diferencia entre la acción individual y la acción colectiva de cesación que dio lugar a la mencionada sentencia de 9 de mayo de 2013. En suma, todos estos argumentos nos llevan a partir, como regla general, de la restitución de las cantidades indebidamente cobradas. Si bien, esta restitución vendrá determinada en cada caso concreto tras analizar la concurrencia de determinadas circunstancias. Y, además, reintegrar lo indebidamente percibido por la aplicación de cláusulas abusivas puede ser alentado como un medio eficaz para garantizar también por esta vía «el efecto disuasorio» al que se ha referido el Tribunal de Justicia en el uso de tales cláusulas. Ciertamente, el hecho de mantener en parte los efectos producidos con la aplicación de la cláusula abusiva podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva 93/13/CEE en cuanto esas prácticas contribuirían a eliminar o mitigar el efecto disuasorio que sobre las entidades bancarias ejerce el hecho de que las cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores, pues, comprobarían que, a pesar de haberse declarado su nulidad, parte de sus efectos se mantendrían¹⁸.

II. LA MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN DE LA APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA SUELO DURANTE LA SUSTANCIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO

Ni la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 ni la de 25 de marzo de 2015 ha reconocido el derecho de los consumidores a recuperar las cantidades indebidamente abonadas por la aplicación de la cláusula suelo durante la tramitación del procedimiento ni desde la interposición de la demanda, sino que declarado los efectos de la nulidad, únicamente ha permitido en la última de las resoluciones citadas la devolución de tales cantidades desde la publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013.

Sin embargo, varios Juzgados ante tal situación han adoptado como medida cautelar la suspensión de la aplicación de dicha cláusula suelo durante la sustanciación del procedimiento, señalando una caución simbólica¹⁹. Con la adopción de

esta medida se está intentando en cierta forma paliar los efectos de una decisión judicial que, puede ir orientada a la no devolución de las cantidades indebidamente percibidas por aplicación de la cláusula suelo. Frente a esta medida suspensiva, alguna resolución ha pretendido conseguir el mismo resultado, pero sin adoptar ninguna medida cautelar, acordando simplemente la devolución de las cantidades cobradas indebidamente en virtud de la aplicación de una cláusula suelo desde la presentación de la demanda y no desde la publicación de la sentencia como hace el Tribunal Supremo²⁰. De todas formas, como se ha puesto de manifiesto por algún autor, en estos casos no se cumple con los presupuestos necesarios para adoptar una medida cautelar dado que no concurre su finalidad principal como es asegurar el pleito, no adelantar el fallo; en esencia, evitar que si la parte demandada resulta condenada, no pueda sustraerse al cumplimiento de la eventual condena, pues, puede darse el caso de que a la hora de enjuiciar una cláusula suelo no se condene a devolver cantidad alguna cuyo pago se pretende asegurar con tal medida cautelar (ACHÓN BRUÑEN, 2014, 6)²¹.

III. LOS INTERESES DE DEMORA. SU EVENTUAL NULIDAD Y EFECTOS

Es habitual pactar en los préstamos hipotecarios concedidos por las entidades financieras dos clases de intereses: los llamados intereses remuneratorios y los intereses moratorios. Los primeros son «los devengados por el capital recibido por el prestatario como contraprestación por su utilización durante el tiempo convenido»²². Persiguen evitar la pérdida de valor del importe prestado como consecuencia del transcurso del tiempo previsto para su restitución y retribuir la concesión del préstamo como negocio propio de quien se dedica a esta actividad de modo profesional, siendo de forzosa previsión, conforme al artículo 1755 del Código Civil, ya que si no hay pacto no son exigibles. Mientras que los intereses moratorios —consecuencia del retraso en el cumplimiento de la obligación de pago por parte del prestatario, deudor del capital— «son aquellos que tienen por finalidad la indemnización o el resarcimiento del daño causado al acreedor por el retraso en el cumplimiento de una obligación pecuniaria»²³. No tienen naturaleza de intereses reales, sino que se califican como de sanción o pena con el objetivo de indemnizar los perjuicios causados por el retraso del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones²⁴. Su finalidad es desincentivar o disuadir el incumplimiento y, asimismo, sirve para reparar el daño que el acreedor ha sufrido como consecuencia del impago. De forma que, los intereses de demora solo entran en funcionamiento cuando el deudor incumple gravemente su obligación, mientras que los remuneratorios son los devengados por el capital recibido por el prestatario como contraprestación por su utilización durante el tiempo pactado.

En todo caso, se puede afirmar que, la distinta naturaleza de los intereses remuneratorios, contraprestación de la entrega del capital prestado, y los moratorios que cumplen una finalidad indemnizatoria de los perjuicios derivados del incumplimiento contractual por el prestatario, determina una configuración diferente de la cobertura real asignada a cada uno de estos tipos²⁵. Asimismo, conviene precisar que, los intereses remuneratorios o compensatorios nacen del propio contrato, y resultan de obligado cumplimiento según vencen los plazos pactados, respondiendo a la voluntad de regular la productividad del dinero; mientras que, los intereses moratorios no derivan directamente del contrato, sino de la conducta ulterior del deudor, esto es, del retraso o demora en el cumplimiento del contrato, lo que les convierte en un crédito eventual dependiente

de un hecho futuro e incierto, de cuantía indeterminada desde el momento del vencimiento anticipado del préstamo hipotecario²⁶.

Sobre tales bases, en los intereses moratorios, la mora en que se constituye el deudor, da derecho conforme a lo previsto en el artículo 1106 del Código Civil, a la indemnización de los daños y perjuicios que, el propio retraso en el cumplimiento de la obligación ocasione al acreedor, sin que sea preciso acreditar en el caso de obligaciones pecuniarias la indemnización, ya que se entiende que, consistirá en el abono del interés previsto en el artículo 1108 del Código Civil, es decir, el interés pactado y en su defecto, el legal²⁷. En todo caso, la hipoteca que garantiza el capital y los intereses de la deuda sin necesidad de pacto expreso, puede también garantizar los intereses moratorios, si se pacta.

Como señalamos en líneas precedentes podemos afirmar que, las cláusulas de contratos de crédito o préstamos hipotecarios celebrados con entidades de crédito donde el prestatario tiene la condición de consumidor, participan de las notas de predisposición, generalidad e imposición (art. 1.1 LCGC). De forma que, la cláusula de intereses moratorios como condición general de la contratación, una vez superado el previo control de inclusión, puede ser enjuiciado a la luz de lo previsto en los artículos 82 a 90 de la TRLGDCU.

En este contexto, para el control judicial de contenido de las cláusulas contractuales que regulan los intereses remuneratorios y moratorios, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Primera, de 3 de junio de 2010 (Asunto C-484/08. Caso Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid) señala que *«no se opone a una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal, que autoriza un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución, y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible»*. Por lo que teniendo en cuenta lo anterior, en materia de estipulaciones contractuales reguladoras de los intereses de demora, no tiene lugar la problemática relativa a si pudieran o no ser enjuiciados a la luz de la regulación de protección de consumidores, pues, es claro que no constituyen elementos esenciales del contrato. Con respecto a la cláusula de interés de demora, la sentencia del citado Tribunal de Justicia, Sala Primera, de 14 de marzo de 2013 (Asunto C-415/11. Caso Ariz), afirma que, el juzgador deberá analizar el caso concreto y comprobar en particular, por un lado, las normas nacionales aplicables entre las partes en el supuesto de que no se hubiera estipulado ningún acuerdo en el contrato controvertido o en diferentes contratos de este tipo celebrado con consumidores, y, por otro lado, el tipo de interés de demora fijado con respecto al tipo de interés legal, con el fin de verificar que es adecuado para garantizar la realización de los objetivos que este persigue en el Estado miembro de que se trate y que no va más allá de lo necesario para alcanzarlos (parágrafo número 74). El Tribunal de Justicia fija, por tanto, los criterios abstractos de interpretación que se deducen del derecho de la Unión (Directiva 93/13/CEE), sin concretar un límite para los intereses de demora, pues esa labor la delega al juez nacional quien conforme a su legislación le corresponderá determinar si una cláusula de interés de demora es o no abusiva.

Sobre tal mandato, nuestros tribunales suelen concretar como posibles criterios para considerar si un tipo de demora es o no abusivo los siguientes: 1. El límite fijo que establece el nuevo artículo 114.3 de la LH (dos con cinco veces el interés legal del dinero)²⁸. O simplemente se toma ese límite sin refe-

rencia normativa, o se opta por fijar una cuantía mayor cuatro o cinco veces el interés legal del dinero; o, en fin, se hace referencia a un tanto por ciento anual como módulo orientativo (por ejemplo, el veinte por ciento anual)²⁹; 2. Acuden a una comparación con los intereses de naturaleza remuneratorios de manera que, son abusivos aquellos intereses de demora cuya diferencia con los remuneratorios superan en tanto puntos porcentuales³⁰; o exceden los intereses moratorios en el doble de la cuantía fijada para los intereses remuneratorios³¹; 3. Otros acuden al artículo 20 de la Ley 16/2011 reiterado en el artículo 89.7 del TRLGCU a la hora de enjuiciar la cuantía de los intereses moratorios; 4. Se concretan determinados porcentajes que, ya de por sí son abusivos por excesivos y por su carácter desequilibrante (24%; 25% o un 29% por ejemplo)³²; 5. Se considera un interés desproporcionado por elevado no solo en las fechas actuales, sino también en el tiempo en que se concreta el contrato de préstamo o crédito hipotecario³³; o en fin, lo es para el mercado o en relación con los tipos de morosidad establecidos en las fechas del contrato por el Banco de España u otros organismos oficiales³⁴; 6. No guarda proporción con el perjuicio real causado al acreedor y, coloca al consumidor en una clara situación de inferioridad, originando un desequilibrio entre las partes contratantes³⁵; y, 7. Se ha de atender a la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato, y, asimismo, tomar en consideración todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que dependa³⁶.

Frente a ello, también nos encontramos con resoluciones que optan por el carácter no abusivo de los intereses de demora en base a los siguientes argumentos: 1. No generan posición de desequilibrio por no ser desproporcionado en relación con los intereses de demora existentes en la época en que se firmó el contrato, o, lo que representa el promedio habitual en la práctica bancaria o existente en el mercado. O simplemente, se atiende a las circunstancias concurrentes en la fecha en que se concertó el contrato o las relativas al caso³⁷; 2. En la aplicación estricta de la normativa del Código Civil, y, obviando, en consecuencia, la normativa de consumidores, se señala que, no resultan abusivos ni desproporcionados —aunque puedan ser elevados— al ser la finalidad de estos intereses moratorios el añadir un *plus* de onerosidad para la otra parte que no cumple las obligaciones contractuales asumidas, actuando así como cláusula penal, con la finalidad de estimular el puntual cumplimiento del contrato, dado el sobrecoste que supone. Asimismo, sobre tales bases, se considera que estamos ante un interés no contrario a las exigencias de la buena fe³⁸; 3. Enlazando con lo anterior se indica que, en este supuesto rige el principio de autonomía de la voluntad y la fuerza obligatoria de lo que las partes han pactado, pues, lo que se sanciona con los intereses moratorios es la falta de pago imputable al deudor, esto es, se indemniza por los perjuicios causado por el retraso del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones. Además se trata de intereses libremente pactado por las partes³⁹; y, 4. Se considera no abusivo en un análisis comparativo con el interés remuneratorio⁴⁰.

En este contexto, apreciado el carácter abusivo de una estipulación de intereses moratorios, la sanción será la nulidad de la cláusula radical y absoluta de la cláusula, su no aplicación. De ahí que, tras la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Primera, de 14 de junio de 2012, la Ley 3/2014, de 27 de marzo haya procedido a suprimir el apartado 3 del artículo 83 TRLGDCU y, por tanto, la facultad del juez de integrar el contenido del contrato a favor del predisponente por medio de la modificación del contenido

de la cláusula declarada nula por abusiva; debiendo ahora limitarse a dejarla sin efecto, sin aplicación frente al consumidor. Por lo que, ante una eventual declaración de nulidad de una cláusula de intereses moratorios en ningún caso cabe la aplicación de mecanismo o alternativas subsidiarias —equivalente a la moderación de la cláusula abusiva o a la integración contractual— que supusieran una merma del efecto disuasorio buscado por la Directiva 93/13/CEE, esencialmente dirigida a prevenir el uso extensivo de las cláusulas presumiblemente abusivas.

Ahora bien, nos encontramos con órganos judiciales que declaran nula la cláusula de interés de demora y la excluyen sin más del contrato, considerando inaplicable cualquier tipo de interés⁴¹; incluso con la anterior redacción del artículo 83 del TRLGCU mantienen este mismo criterio, al considerar que los contratos obligan no solo a lo pactado, sino también a sus consecuencias, siempre que sean conformes a la buena fe, y, siendo que los intereses moratorios abusivos son contrarios a la buena fe, no procede integración alguna, sino simplemente tener por no puesta la cláusula⁴².

Si bien, no faltan también resoluciones que: 1. Alegan que la cláusula contractual relativa a los intereses de demora, cuando se aplican al total del préstamo vencido, tiene naturaleza de cláusula penal, y por tanto, pueden ser susceptibles de moderación judicial de conformidad con el artículo 1154 del Código Civil⁴³; 2. O simplemente hacen caso omiso de la doctrina europea y proceden a moderar la cuantía de los intereses moratorios⁴⁴; 3. También las hay que, plantean la posibilidad de recurrir a la opción del recálculo, reduciéndolo su cuantía simplemente⁴⁵, o tomando para ello como base normativa lo dispuesto en la Disposición Transitoria segunda de la Ley 1/2013⁴⁶. El problema de esta Disposición es que el legislador no está contemplando propiamente los casos en que haya existido una declaración de nulidad de la cláusula de intereses moratorios, sino los supuestos en que a la entrada en vigor de la nueva redacción del artículo 114.3 de la LH, se hubiese fijado la cantidad por la que se solicita el despacho; 4. O después de afirmar que, la nulidad comporta la exclusión de la cláusula, se considera que el principal devengará los intereses legalmente previstos, existiendo a los efectos dos opciones: las que defienden la aplicación del Código Civil (art. 1108)⁴⁷; o las que sostienen la aplicación de la Ley Hipotecaria (art. 114.3)⁴⁸; y, 5. Las que se pronuncian en el sentido de considerar que el efecto de la nulidad de los intereses de demora supone el tener por no puesta la cláusula, su no aplicación⁴⁹; de modo que, no pueden ser trasladados al acreedor la cláusula de intereses moratorios para un nuevo cálculo de los intereses en los términos que, prevé la Disposición Transitoria segunda, sino que las cantidades reclamadas por dichos conceptos deben excluirse sin más⁵⁰; máxime si se tiene en cuenta que a raíz de la reforma del artículo 83, el texto de la citada Disposición no puede interpretarse como permisivo del recálculo —reducción— de los intereses moratorios, sino por su exclusión de la contratación⁵¹.

Por otra parte, la cuestión relativa al alcance de la ineficacia de una cláusula de intereses moratorios declarada abusiva y los efectos de su declaración de nulidad, teniendo en cuenta lo establecido en la citada Disposición Transitoria segunda de la Ley 1/2013, no deja de ser una cuestión problemática. De ahí que, el Juez de Primera Instancia e Instrucción, número 2, de Marchena por Auto de 16 de agosto de 2013 plantearse con carácter prejudicial a la Corte de Luxemburgo diversas cuestiones. Con fecha de 21 de enero de 2015, la Sala Primera del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha dictado sentencia resolviendo las cuestiones prejudiciales planteadas por tal Juzgado de Primera

Instancia⁵². Y, al respecto declara que: «El artículo 6 apartado 1 de la Directiva 93/13/CEE debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una disposición nacional con arreglo a la cual el juez nacional que conoce de un procedimiento de ejecución hipotecaria está obligado a hacer que se recalculen las cantidades debidas en virtud de la cláusula de un contrato de préstamo hipotecario que fija intereses de demora calculados a partir de un tipo superior a tres veces el interés legal del dinero con el fin de que el importe de dichos intereses no rebase ese límite, siempre que la aplicación de la disposición nacional: 1. No prejuzgue la apreciación por parte de dicho juez nacional del carácter abusivo de tal cláusula y; 2. No impida que ese mismo juez deje sin aplicar la cláusula en cuestión en caso de que se aprecie que es «abusiva» en el sentido del artículo 3 apartado 1 de la citada Directiva» (parágrafo número 42). En suma, el fallo no declara contraria a la Directiva 93/13 la Disposición Transitoria segunda y, por ende, el artículo 114 de la Ley Hipotecaria, en cuanto que obliga a recalcular las cantidades debidas, siempre que la disposición nacional no impida al juez nacional dejar de aplicar la cláusula en caso de que se aprecie que es abusiva en el sentido del artículo 3 apartado 1 de la Directiva. De forma que, si se declara abusiva una cláusula, al mismo tiempo no se puede recalcularla al triple del interés legal, pues, de acordarse la abusividad, hay que dejar de aplicar la cláusula. En todo caso, no debemos olvidar que, la normativa mencionada no solo se aplica a los contratos con consumidores. En esencia, esta disposición transitoria que, impone al juez una facultad moderadora en forma de recalcular es compatible con la Directiva 93/13 al no coincidir el ámbito de aplicación, y, en consecuencia, de aplicación obligatoria en los procedimientos de ejecución hipotecaria que, se encuentran actualmente en curso.

Asimismo, la sentencia de este mismo Tribunal de Justicia, mediante Auto de la Sala Sexta de 11 de junio de 2015 (Asunto C-602/13) resuelve una petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Santander mediante auto de 19 de noviembre de 2013, recibido en el Tribunal de Justicia el 25 de noviembre de 2013, establece al respecto que: «Los artículos 6, apartado 1 y 7, apartado 1 de la Directiva 93/13/CEE debe interpretarse en el sentido de que no se oponen a normas nacionales que prevean la facultad de moderar los intereses moratorios en el marco de un contrato de préstamo hipotecario, siempre que la aplicación de tales normas nacionales: 1. No prejuzguen la apreciación del carácter «abusivo» de la cláusula sobre intereses moratorios por parte del juez nacional que conozca de un procedimiento de ejecución hipotecaria relacionado con dicho contrato y, 2. No impida que ese mismo juez deje sin aplicar la cláusula en cuestión en caso de que llegue a la conclusión de que es «abusiva» en el sentido del artículo 3 apartado 1 de la citada Directiva». Y, por otra parte, «la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que cuando el juez nacional haya constatado el carácter «abusivo» de una cláusula de un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, la circunstancia de que tal cláusula no haya llegado a aplicarse no se opone por sí sola a que el juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión». Opera en la línea jurisprudencial consolidada que, cuando se aprecie la abusividad de una cláusula de intereses moratorios, el juez nacional debe declarar la nulidad absoluta de tal cláusula, teniendo los intereses moratorios por no puestos sin integrar, moderar o aplicar supletoriamente cualquier norma interna que vaya en contra de la Directiva 93/13/CEE. Por lo que, los jueces no deberán recalcular el interés de demora de un préstamo hipotecario, cuando precisamente ese interés se considere abusivo.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ACHÓN BRUÑEN, M.^a J. (2013). Cláusulas abusivas más habituales en las escrituras de hipoteca: análisis de los últimos pronunciamientos de juzgados y tribunales, *La Ley*, año XXXIV, número 8125, 16 de julio, pp. 1-13.
- (2014). Once argumentos de peso en contra de la irretroactividad de la declaración de nulidad de la cláusula suelo, *La Ley*, año XXXV, número 8366, 3 de julio, pp. 1-8.
- (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, *La Ley*, año XXXVI, número 8561, 15 de junio, pp. 1-6.
- BERROCAL LANZAROT, A. I. (2015). Los intereses de demora en los préstamos hipotecarios y la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de enero de 2015, *Actualidad Civil*, núm. 3, marzo, pp. 36-51.
- CABALLERO FIDALGO, M. (2013). *La protección del consumidor frente a las cláusulas no negociadas individualmente*, Barcelona: Bosch.
- CARRASCO PERERA, A., y GONZÁLEZ CARRASCO, C. (2013). La sentencia del Tribunal Supremo 241/2013, de 9 de mayo sobre «cláusula suelo es inconstitucional», *La Ley*, año XXXIV, número 8159, 30 septiembre, pp. 1-5.
- (2013). La doctrina casacional sobre transparencia de las cláusulas suelo conculca la garantía constitucional de la tutela judicial efectiva, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, número 7, pp. 126-163.
- CARRASCO PERERA, A., y CORDERO LOBATO, E. (2013). El espurio control de transparencia sobre condiciones generales de la contratación, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, número 7, pp. 164-183.
- CATENA REAL, R. (2014). La restitución de las cantidades indebidamente cobradas en cláusulas suelo, *La Ley*, año XXXV, número 8385, 25 de septiembre, pp. 11-15.
- CORDERO LOBATO, E. (2013). Nulidad de las cláusulas suelo no transparentes: ¿Puede el consumidor recuperar los pagos excesivos? (STS, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2013), *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, número 6, pp. 129-133.
- DOMÍNGUEZ ROMERO, J. (2012). El control del suelo hipotecario. Crónica jurisprudencial a propósito de la cláusula de limitación mínima de tipo de interés, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, número 29, julio-diciembre, pp. 829-864.
- GARCÍA VILLARRUBIA, M. (2014). La retroacción de efectos derivados de la nulidad contractual, *El Derecho. Revista de Derecho Mercantil*, número 17, pp. 1-4.
- GONZÁLEZ CARRASCO, M.^a C. (2014). La falta de transparencia en la segunda sentencia del Tribunal Supremo sobre cláusula suelo (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2014 y su voto particular), *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, número 12, pp. 82-91.
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. (2013). Una revisión jurisprudencial de las cláusulas suelo y techo del préstamo hipotecario a la luz de la STS de 9 de mayo de 2013, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 739, septiembre-octubre, pp. 3440-3456.
- MARÍN LÓPEZ, M. J. (2015). Imposibilidad de recalcular los intereses moratorios en los préstamos hipotecarios fijándolos en tres veces el interés legal del dinero cuando la cláusula que las impone es abusiva (STJUE de 21 de enero de 2015), *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, número 13, pp. 27-39.

- LLAMAS POMBO, E. (2013). La nulidad de las cláusulas suelo. *Ars Iuris Salamanticensis. Tribuna de Actualidad*, vol. 1, diciembre, pp. 11-17.
- MATIES FERRER, M. (2013). Nulidad de la cláusula suelo: Comentario a la STS de 9 de mayo de 2013, *Revista Aranzadi Doctrinal*, número 5, septiembre, pp. 163-169.
- MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. (2014). El control de transparencia y la validez de la cláusula suelo, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, enero-marzo, pp. 295-344.
- PERTINEZ VILCHEZ, FCO. (2013). La restitución de las cantidades indebidamente cobradas en virtud de las cláusulas suelo en contrato de préstamo hipotecario tras la STS de 9 de mayo de 2013, *La Ley*, año XXXIV, número 8154, 23 septiembre, pp. 12-16.
- (2013). Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario», *Indret*, pp. 1-28.
- PLAZA PENADÉS, J. (2015). Del moderno control de transparencia y de la doctrina del Tribunal Supremo sobre la «irretroactividad» de las cláusulas suelo, *La Ley*, año XXXVI, número 8547, 26 de mayo, pp. 16-19.
- SÁNCHEZ MARTÍN, C. (2015). El verdadero control de transparencia de las cláusulas predispuestas. Su definitiva plasmación y su fundamentación técnica, *La Ley*, año XXXVI, número 8491, 2 de marzo, pp. 14-17.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STJUE, Sala 4.^a, 30 de abril de 2014
- STJUE, Sala 1.^a, 21 de enero de 2015
- STJUE, Sala 9.^a, 26 de febrero de 2015
- ATJUE, Sala 6.^a, 11 de junio de 2015
- ATJUE, Sala 6.^a, 8 de julio de 2015
- STJUE, Sala 4.^a, 3 de septiembre de 2015
- STS (Pleno), Sala 1.^a, 9 de mayo de 2013
- STS, Sala 1.^a, de lo Civil, 26 de mayo de 2014
- STS, Sala 1.^a, de lo Civil, 4 de noviembre de 2014
- STS (Pleno), Sala 1.^a, 8 de septiembre de 2014
- STS, Sala 1.^a, de lo Civil, de 24 de marzo de 2015
- STS (Pleno), Sala 1.^a, 25 de marzo de 2015
- STS, Sala 1.^a, de lo Civil, 29 de abril de 2015
- SAP Cáceres, secc. 1.^a, 18 de junio de 2013
- SAPA Badajoz, secc. 3.^a, 14 de enero de 2014
- SAP Jaén, secc. 1.^a, 27 de junio de 2014
- SAP Palencia, secc. 1.^a, 20 de octubre de 2014
- SAP Córdoba, secc. 1.^a, 27 de enero de 2015
- SAP Valencia, secc. 9.^a, 4 de febrero de 2015
- SAP León, secc. 1.^a, 5 de marzo de 2015
- SAP Huelva, secc. 3.^a, 21 de marzo de 2015
- SAP Ciudad Real, secc. 2.^a, 25 de marzo de 2015
- SAPA Barcelona, secc. 19.^a, 8 de abril de 2015
- SAP Palencia, secc. 1.^a, 30 de abril de 2015
- AAP Alicante, secc. 8.^a, 15 de junio de 2015
- AAP Cantabria, secc. 4.^a, 17 de julio de 2015
- AJPI, núm. 1, Sevilla 28 de octubre de 2013

- AJM, núm. 1, Cádiz, 24 de febrero de 2014
- SJPI, NÚM. 3, Oviedo (Asturias), 29 de junio de 2015

NOTAS

¹ PERTÍNEZ VILCHEZ, FCO. (2013). La restitución de las cantidades indebidamente cobradas en virtud de las cláusulas suelo en contratos de préstamo hipotecario tras la sentencia de 9 de mayo de 2013, *La Ley*, año XXXIV, núm. 8154, 23 de septiembre de 2013, p. 14; ACHÓN BRUÑEN, M.^a J. (2014). Once argumentos de peso en contra de la irretroactividad de la declaración de nulidad de la cláusula suelo, *La Ley*, año XXXV, núm. 8366, 31 de julio de 2014, p. 2; CANTENA REAL, R. (2014). La restitución de las cantidades indebidamente cobradas en cláusulas suelo, *La Ley*, año XXXV, núm. 8385, 25 de septiembre de 2014, p. 13.

² FLORS MATÍES J. (2013). *Doctrina jurisprudencial del Pleno de la Sala Civil del Tribunal Supremo*, Valencia: Tirant lo Blanch, p. 20.

³ Se formula voto particular por el Excmo. Magistrado don Francisco Javier ORDUÑA MORENO al que se adhiere el Excmo. Magistrado Sr. D. Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ que se formula con la finalidad primordial de que resulte útil o sirva para el mejor estudio y análisis de las consecuencias jurídicas derivadas del control de transparencia. Y, asimismo, en la necesidad de fijar un previo y correcto enfoque metodológico o en clave interpretativa del aspecto a considerar en el control de transparencia, en nuestro caso, de la naturaleza y alcance de la razón de la ineficacia que se deriva de la nulidad de la cláusula por falta de transparencia en el marco de una acción individual de impugnación, especialmente, ante la insuficiencia al respecto que presenta el fundamento técnico que sustenta la presente sentencia de esta Sala consistente bien en una mera remisión en bloque a la fundamentación que para el caso de una acción de cesación se contempló en la citada sentencia de 9 de mayo de 2013, o bien en la abstracta alegación del principio de buena fe, sin concreción alguna al respecto de su proyección en la naturaleza y alcance del control de transparencia. En tal contexto, considera que, el verdadero motivo de la limitación del denunciado efecto retroactivo de la nulidad de la cláusula, en su momento, no fue otro que el posible riesgo de trastornos graves o sistémicos en las entidades financieras; y que ese riesgo en la actualidad ha desaparecido merced al saneamiento financiero efectuado (Segundo). Respecto a la debida diferenciación de la naturaleza y alcance de la ineficacia derivada de la cláusula abusiva respecto del fenómeno de la retroactividad señala que, este viene referido a la vigencia de las normas en el tiempo y acontece cuando la nueva ley se aplica a los actos jurídicos realizados bajo la vigencia de la ley antigua y a las situaciones jurídicas producidas bajo la vigencia de la misma, de forma que a través de normas de transición (Derecho transitorio) la nueva ley incorpora las disposiciones que han de regir las relaciones jurídicas afectadas por el cambio legislativo. Sin embargo, en el ámbito de la ineficacia derivada de la cláusula abusiva nada de esto acontece, pues, la normativa aplicable no establece ninguna suerte de efecto retroactivo al respecto (...). En síntesis, la consecuencia de esta indebida asimilación de los planos señalados, que excede del campo de aplicación, tanto procesal como sustantivo, de la acción de cesación que fue objeto de la sentencia de 9 de mayo, hizo posible que dicha sentencia se pronunciara con un fundamento de retroactividad, respecto de los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de la misma y, por tanto, con relación a consumidores que no habían sido parte del proceso (pronunciamiento 10.º del fallo) sin cobertura legal para ello. Cuando lo procedente hubiera sido pronunciarse, respecto a la petición del Ministerio Fiscal, precisándose que el efecto temporal de la sentencia carece de efectos retroactivos, cuestión que no es obstáculo para no estimar el efecto devolutivo de las cantidades ya pagadas, en los contratos que pudieran resultar afectados por la nulidad declarada de la cláusula suelo, tanto en base a la naturaleza de la acción de cesación ejercitada y con los argumentos que directamente sobre esta cuestión, se esgrimieron, como en que no hubo acumulación de acciones individuales o accesorias al respecto (Cuarto). Pues bien, dado que la ineficacia resultante no tiene un fundamento de retroactividad normativa ni, por extensión, la sentencia que la declara, los criterios o pautas que sirven para determinar el alcance del efecto restitutorio o devolutivo deben extraerse, necesariamente, de este contexto valorativo que informa el régi-

men de eficacia y control de las condiciones generales de la contratación. Y aquí, en el caso del ejercicio de las acciones individuales del efecto devolutivo de las cantidades ya pagadas con carácter «*ex tunc*», esto es, desde el momento de la perfección del contrato predispuesto (Quinto). Desde esta innegable perspectiva, deben tenerse en cuenta dos criterios que delimitan el alcance del pronunciamiento judicial: 1. En nuestro Código Civil el mecanismo de la restitución viene referido como una consecuencia ineludible de la situación de ineficacia contractual derivada de la nulidad o anulación del contrato, en nuestro caso, de la nulidad de la cláusula abusiva. Tratamiento unitario que resulta indiscutible en la estructura sistemática de nuestro Código Civil; 2. La propia naturaleza o formalidad del mecanismo de la restitución conduce, en principio, a que las consecuencias o efectos de la misma hayan de retrotraerse al momento de la celebración del contrato, esto es, con un claro alcance «*ex tunc*». En relación con la expresión «círculos interesados» y la buena fe considera inasumible que el principio de buena fe, dispuesto al servicio o tuición del consumidor adherente, opere en contra del mismo incluso sobre aspectos o ámbitos de la relación negocial predispuesta con anterioridad a la citada fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013, caso del efecto devolutivo de los intereses pagados con anterioridad a dicha fecha por el consumidor adherente, y con independencia del proceso judicial alguno al respecto; de forma que se produce la «cuadratura del círculo» al dictar una sentencia creadora de una auténtica norma general, con carácter retroactivo y sin cobertura legal para ello (Sexto). La presente sentencia declara la irretroactividad de la nulidad respecto de los pagos de los intereses realizados con anterioridad a la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013, de un modo generalizado para todo consumidor adherente, venga no afectado por la acción colectiva de cesación que fue objeto de la citada sentencia, y con independencia de la naturaleza del ejercicio individual de la acción de impugnación, opera, de modo material, una consecuencia jurídica que expresamente viene prohibida: que se produzca una integración, aunque sea temporalmente parcial de la eficacia de la cláusula declarada nula por abusiva; extremo que claramente determina la presente sentencia, pues, en el plano material señalado, afectante al derecho de tutela judicial efectiva de los consumidores, que sin ser parte del proceso judicial establecido y, por tanto, sin atención a las circunstancias concretas de su relación contractual, ven vulnerada su legítima pretensión de impugnación de la citada cláusula y su derecho a la devolución íntegra de las cantidades satisfechas (Séptimo). Por todo ello, concluye que el mensaje que, se transmite no es otro que el de la posibilidad de incumplir los especiales deberes de transparencia por el predisponente, sin sanción inicial alguna, que es lo que aquí ocurre al no estimarse la restitución de dichas cantidades con carácter «*ex tunc*», esto es, desde el momento en que venía obligado el predisponente. Bastando, de cara al futuro, que respecto de otras posibles cláusulas conflictivas se provoque una acción colectiva de cesación, cuestión que no describe su posible instrumentalización abusiva o fraudulenta al respecto, para condicionar su aplicación a este incorrecto plano de la retroactividad y, en consecuencia, a la posible eficacia parcial de la cláusula que se declare abusiva.

En la línea de esta resolución, se pronuncia este mismo Alto Tribunal, en sentencia, Sala de lo Civil, secc. 1.ª, de 29 abril 2015 (*RJ* 2015/2042).

⁴ *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Cáceres, secc. 1.ª, 18 de junio de 2013 (*JUR* 2013, 243461); de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 3.ª, 18 de junio de 2013 (*AC* 2013, 1479); de la misma Audiencia y sección, de 20 de junio de 2013 (*AC* 2013, 1747); de la Audiencia Provincial de Badajoz, secc. 3.ª, 14 de enero de 2014 (*AC* 2014, 14); de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 4.ª, 10 de febrero de 2014 (*AC* 2014, 493) la limitación de los efectos de la nulidad no viene determinada por el tipo de acción que se ejerce: individual o colectiva, sino por la necesidad de garantizar la seguridad jurídica; de la Audiencia Provincial de Palencia, secc. 1.ª, 20 de octubre de 2014 (*AC* 2014, 2005); de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 1.ª, 17 de noviembre de 2014 (*JUR* 2014, 282950) efectos *ex nunc* desde la sentencia de primera instancia; de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 3.ª, 21 de noviembre de 2014 (*JUR* 2015, 46438); de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 1.ª, 15 de enero de 2015 (*AC* 2015, 409); y, Audiencia Provincial de Valladolid, secc. 3.ª, 8 de abril de 2015 (*JUR* 2015, 126410).

⁵ *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Álava, secc. 1.ª, 9 de julio de 2013 (*AC* 2013, 1538); de la Audiencia Provincial de Cuenca, secc. 1.ª, 30 de julio de 2013 (*JUR* 2013,

300401); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 15.^a, 16 de diciembre de 2013 (*JUR* 2014, 19672), efectos *ex tunc* desde el momento de conclusión del contrato; de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.^a, 12 de marzo de 2014 (*JUR* 2014, 76962); de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 1.^a, 17 de marzo de 2014 (*JUR* 2014, 91823); de la Audiencia Provincial de Huelva, secc. 3.^a, 21 de marzo de 2014 (*AC* 2014, 648); de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1.^a, 27 de marzo de 2014 (*AC* 2014, 490) no hay razones de seguridad jurídica ni riesgo de grave trastorno económico a la entidad; de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 9.^a, 9 de junio de 2014 (*AC* 2014, 1043); de la Audiencia Provincial de Álava, secc. 1.^a, 1 de septiembre de 2014 (*JUR* 2014, 300453); de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 8.^a, 20 de enero de 2015 (*JUR* 2015, 107955) desde la fecha de celebración del contrato; de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 1.^a, 27 de enero de 2015 (*AC* 2015, 421) retroactividad de la nulidad desde la interposición de la demanda; de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 9.^a, 4 de febrero de 2015 (*JUR* 2015, 126568); de la Audiencia Provincial de Alicante, (sección Tribunal de Marca Comunitaria), 26 de febrero de 2015 (*AC* 2015, 711); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4.^a, 20 de marzo de 2015 (*JUR* 2015, 126360); de la Audiencia Provincial de Burgos, secc. 3.^a, 25 de marzo de 2015 (*AC* 2015, 665); de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, secc. 2.^a, 25 de marzo de 2015 (*AC* 2015, 730); de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 1.^a, 30 de marzo de 2015 (*JUR* 2015, 141573) devolución de los intereses desde la interposición de la demanda; de la Audiencia Provincial de Palencia, secc. 1.^a, 30 de abril de 2015 (*JUR* 2015, 165524); y, la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, número 3, de Oviedo (Asturias) de 29 de junio de 2015 (Id Cendoj: 3304442003201510001) considera que, los afectados no fueron informados adecuadamente y que la estipulación objeto de litigio —una cláusula suelo— que impidió que el interés bajara al 3% cuando el Euribor comenzó a descender en 2009, estaba «camuflada» en el contrato. Y fija como fallo la nulidad por abusiva de la estipulación 3.^a bis «tipo de interés variable» contenida en la escritura de préstamo hipotecario, y la condena a la Caja Rural de Asturias a reintegrar a los actores la totalidad de los excesos de pago que viene abonando desde que comenzó a aplicarse la «cláusula suelo» y hasta que la entidad demandada cese en esa aplicación; sumas que devengarán el interés legal del dinero desde el pago de cada cuota periódica hasta su efectiva restitución por parte de la entidad interpelada.

⁶ *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 8.^a, de 12 de junio de 2013 (*AC* 2013, 545); de la Audiencia Provincial de Cáceres, secc. 1.^a, 20 de junio de 2013 (*AC* 2013, 1747); de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 4.^a, 23 de febrero de 2015 (*JUR* 2015, 121952); de la Audiencia Provincial de León, secc. 1.^a, 5 de marzo de 2015 (*JUR* 2015, 105936); de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, secc. 2.^a, 21 de abril de 2015 (*JUR* 2015, 169191); de la Audiencia Provincial de Álava, sección 1.^a, 23 de abril de 2015 (*JUR* 2015, 169135); de la Audiencia Provincial de Burgos, secc. 3.^a, 13 de mayo de 2015 (*JUR* 2015, 143518); y de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 1.^a, 15 de mayo de 2015 (*JUR* 2015, 142337). Asimismo, el Auto del Juzgado de lo Mercantil de Málaga de 28 de enero de 2014 (*AC* 2014, 250).

⁷ CORDERO LOBATO, E. (2013). Nulidad de cláusulas suelo no transparentes: ¿puede el consumidor recuperar los pagos excesivos? (STS, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2013), *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, número 6, p. 132.

⁸ ACHÓN BRUÑEN, M.^a J. (2013). Cláusulas abusivas más habituales en las escrituras de hipoteca: análisis de los últimos pronunciamientos de Juzgados y Tribunales, *La Ley*, año XXXIV, número 8127, 16 de julio de 2013, p. 4.

⁹ PERTINEZ VILCHEZ, FCO. (2013). La restitución de las cantidades indebidamente cobradas en virtud de la cláusula suelo en contratos de préstamo hipotecario tras la STS de 9 de mayo de 2013, *La Ley*, año XXXIV, número 8154, 23 de septiembre de 2013, p. 15.

¹⁰ ACHÓN BRUÑEN, M.^a J. (2014). Once argumentos de peso en contra de la irretroactividad de la declaración de nulidad de la cláusula suelo, *La Ley*, año XXXV, número 8366, 31 de julio de 2014, pp. 1-8.

¹¹ ACHÓN BRUÑEN, M.^a J. (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), *La Ley*, año XXXVI, número 8561, 15 de junio de 2015, pp. 3-4.

¹² PLAZA PENADÉS, J. (2015). Del moderno control de transparencia y de la doctrina del Tribunal Supremo sobre la «irretroactividad» de las cláusulas suelo, *op. cit.*, p. 19. Asimismo, LLAMAS POMBO, E. (2013). La nulidad de las cláusulas suelo, *Ars Iuris Salamanticansis*.

Tribuna de Actualidad, vol. 1, diciembre de 2013, pp. 16-17 señala que, la argumentación de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 no le convence; y, además, la nulidad si es una cuestión de orden público y por tanto, su régimen jurídico no puede acomodarse a consideraciones absolutamente ajenas al contrato; y, MARTÍNEZ GALLEGO E. M.^a (2014). Devolución de las cantidades indebidamente cobradas en virtud de cláusula suelo declarada nula, *Ars Iuris Salamanticansis. Tribuna de Actualidad*, vol. 2, diciembre de 2014, p. 30 dispone que, el Tribunal Supremo no puede extender los efectos de la cosa juzgada de la sentencia hasta el punto de impedir juicios posteriores que puedan interponer aquellos a los que no se les extiende por ley tales efectos; y, asimismo, no alcanza a entender cómo se puede dejar de aplicar por parte de nuestros tribunales normas imperativas de obligada aplicación o cumplimiento como el artículo 1303 del Código Civil. A lo que hay que, añadir que, la jurisprudencia en el sistema español no es fuente del derecho sino que solo lo aplica, y en su caso, interpreta.

¹³ GARCÍA VILLARRUBIA, M. (2014). La retroacción de efectos derivada de la nulidad contractual, *El Derecho. Revista de Derecho Mercantil*, número 17, p. 3.

¹⁴ La Ley 2009, 4661; y La Ley 2012, 44084.

¹⁵ La Ley 2010, 244465, y La Ley 2011, 5495.

¹⁶ La Ley 2005, 89743.

¹⁷ La Ley 2012, 43161; y La Ley 2013, 43528.

¹⁸ Desde la perspectiva del interés de los consumidores, forma parte de la finalidad de la Directiva la de reparar a aquellos en sus perjuicios económicos teniendo en cuenta como dice la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de marzo de 2013 (asunto C-92/11) «...el sistema de protección establecido en la Directiva 93/13/CEE se basa en la idea de que el consumidor se haya en situación de inferioridad con respecto al profesional» (apartado 41).

¹⁹ *Vid.*, los Autos del Juzgado de lo Mercantil, número 1 de Sevilla, 28 de octubre de 2013 (AC 2014, 402); del Juzgado de lo Mercantil, número 1 bis de Málaga, de 28 de enero de 2014 (AC 2014, 250); y, del Juzgado de lo Mercantil, número 1, de Cádiz de 24 de febrero de 2014 (*JUR* 2015, 195382).

²⁰ *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 1.^a, de 27 de enero de 2015 (AC 2015, 421); y 30 de marzo de 2015 (*JUR* 2015, 141573).

²¹ ACHÓN BRUÑEN, M.^a J. (2014). Once argumentos de peso en contra de la irretroactividad de la declaración de nulidad de la cláusula suelo, *op. cit.*, p. 6.

²² MONSERRAT VALERO, A. (1999). Los intereses garantizados por la hipoteca, *Anuario de Derecho Civil, T. LII, Fasc. I*, enero-marzo, p. 16. Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 13 de abril de 1992 (*RJ* 1992, 3100), los define como «aquellos intereses pactados entre las partes en virtud del aplazamiento del pago y que tienen carácter retributivo». Asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 1.^a, 29 de noviembre de 2010 (*JUR* 2011, 55073) señala que son intereses retributivos y compensatorios «aquellos que se deben por la utilización y goce de una suma de dinero». Y, en fin, la sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, secc. 1.^a, 13 de abril de 2011 (AC 2011, 519) afirma que el interés remuneratorio «persigue evitar la pérdida de valor del importe prestado como consecuencia del transcurso del tiempo previsto para la restitución y retribuir la concesión del préstamo».

²³ ORDÁS ALONSO, M. (2004). *El interés de demora*, Navarra, Thomson Aranzadi, Navarra, p. 33.

²⁴ *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 2 de octubre de 2001 (*RJ* 2001, 7141); y, de 4 de junio de 2009 (*RJ* 2009, 4747); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 7.^a, 18 de enero de 2001 (AC 2003, 1937), que, asimismo, precisa que «el interés de demora por impago tiene el carácter sancionador o de cláusula penal con arreglo al artículo 1152 del Código Civil, bien de indemnización de daños y perjuicios en base a los artículos 1101 y 1108 del Código Civil, no teniendo la finalidad de remunerar el capital prestado, sino la de penalizar el impago de lo debido»; y, el Auto de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, sección 5.^a, 11 de febrero de 2002 (*JUR* 2002, 100929).

²⁵ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 12 de marzo 1991 (*RJ* 1991, 2219); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, 17 de febrero de 1992

(AC 1992, 265). Por su parte, la RDGRN de 20 de mayo de 1987 señala que: «la estipulación de los segundos (los moratorios) anuncia un crédito eventual dependiente de un hecho futuro e incierto, de cuantía indeterminada dentro del límite —tipo impositivo— previsto, lo que determina una garantía real del tipo de las de seguridad, cuya ejecución precisará la previa construcción de título suficiente en el que se declare el nacimiento, exigencia y cuantía de la deuda a que la morosidad diere lugar. En cambio, tratándose de los intereses remuneratorios el nacimiento del crédito principal unido al transcurso del tiempo va determinando inexorablemente la obligación de su abono, cuyo importe, además, resulta por la simple aplicación del tipo estipulado al principal pendiente de pago en el periodo considerado».

²⁶ *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara, secc. 1.ª, 17 de septiembre de 2003 (*JUR* 2004, 47499).

²⁷ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de noviembre de 1991 (*RJ* 1991, 8577); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 4.ª, 21 de marzo de 1996 (*AC* 1996, 668).

²⁸ El Auto de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 1.ª, 2 de abril de 2014 (*JUR* 2015, 10213).

²⁹ *Vid.*, el Auto de la Audiencia Provincial de Girona, secc. 2.ª, 9 de junio de 2010; y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Álava, secc. 1.ª, 13 de abril de 2011 (*AC* 2011, 519); de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, secc. 1.ª, 4 de octubre de 2012 (*JUR* 2012, 371023); y, de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 5.ª, 20 de marzo de 2013; el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 13.ª, 3 de octubre de 2014 (*AC* 2014, 1981); la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 9.ª, 10 de febrero de 2015 (*JUR* 2015, 123838); y, el Auto de la Audiencia Provincial de Girona, secc. 1.ª, 10 de marzo de 2015 (*JUR* 2015, 120759).

³⁰ *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 9.ª, 11 de junio de 2015 (*JUR* 2015, 186061).

³¹ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 22 de abril de 2015 (*RJ* 2015, 1360); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, secc. 3.ª, 27 de junio de 2011 (*JUR* 2011, 405556); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 14.ª, 9 de mayo de 2012 (*JUR* 2012, 220994); y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 21.ª, 22 de abril de 2014 (*JUR* 2014, 162282).

³² *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 5.ª, 26 de enero de 2005 (29%) (*AC* 2005, 158); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 9.ª, 10 de mayo de 2013 (24%) (*JUR* 2013, 210576); y, de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, secc. 2.ª, 30 de enero de 2015 (*AC* 2015, 429); y, los Autos de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 17.ª, 14 de abril de 2010 (29%) (*JUR* 2010, 292111); de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 3.ª, 15 de mayo de 2014 (*AC* 2014, 2029); y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 19.ª, 4 de febrero de 2015 (*JUR* 2015, 117412).

³³ *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 5.ª, 8 de julio de 2013 (*AC* 2014, 744); y, el Auto de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1.ª, 11 de marzo de 2015 (*JUR* 2015, 125626).

³⁴ *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 4.ª, 28 de junio de 2011 (*JUR* 2011, 277465); y, de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, secc. 1.ª, 13 de junio de 2013 (*AC* 2013, 1503); y, el Auto de la Audiencia Provincial de Álava, secc. 1.ª, 9 de enero de 2014 (*AC* 2014, 3).

³⁵ *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4.ª, 7 de mayo de 2013 (*AC* 2013, 2241).

³⁶ *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 1.ª, 30 de septiembre de 2013 (*JUR* 2013, 353022); y, el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 9.ª, 16 de mayo de 2014 (*AC* 2014, 1018).

³⁷ *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, secc. 5.ª, 8 de marzo de 2002 (*JUR* 2002, 127963); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 14.ª, 29 de junio de 2011 (*JUR* 2011, 331822); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 1.ª, 23 de marzo de 2012 (*JUR* 2012, 178892); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 14.ª, 25 de septiembre de 2012 (*JUR* 2012, 371707); y los Autos de la Audiencia Provincial de

Murcia, secc. 5.^a, 3 de julio de 2007 (*JUR* 2007, 318990); y, 12 de noviembre de 2009 (*JUR* 2010, 18667).

³⁸ *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Lleida, secc. 2.^a, 25 de octubre de 2003 (*JUR* 2004, 26422); de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 6.^a, 7 de marzo de 2005 (*AC* 2005, 480); de la Audiencia Provincial de Zaragoza, secc. 5.^a, 9 de noviembre de 2010 (*AC* 2010, 1840); de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 7.^a, 20 de abril de 2011 (*JUR* 2011, 215250); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4.^a, 31 de julio de 2012 (*AC* 2012, 1241); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 1.^a, 9 de noviembre de 2012 (*JUR* 2013, 22553); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 25.^a, 15 de marzo de 2013 (*JUR* 2013, 158538); y, el Auto de la Audiencia Provincial de Álava, secc. 1.^a, 24 de septiembre de 2014 (*JUR* 2014, 255268).

³⁹ *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Tarragona, secc. 3.^a, 4 de abril de 2005 (*JUR* 2005, 172720); de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 8.^a, 28 de diciembre de 2007 (*AC* 2008, 575); y, los Autos de la Audiencia Provincial de Cáceres, secc. 1.^a, 10 de noviembre de 2010 (*JUR* 2011, 46831); de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 3.^a, 19 de mayo de 2011 (*JUR* 2011, 301029); y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 8.^a, 22 de octubre de 2012 (*JUR* 2012, 381590).

⁴⁰ *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 16.^a, 6 de septiembre de 2013 (*AC* 2013, 1832); y, de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 6.^a, 3 de febrero de 2014 (*JUR* 2014, 63488).

⁴¹ *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 17.^a, 14 de febrero de 2013 (*JUR* 2014, 294177); y, de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 11.^a, 30 de septiembre de 2013 (*AC* 2013, 1850).

⁴² *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, secc. 4.^a, 8 de octubre de 2012.

⁴³ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 23 de septiembre de 2010 (*RJ* 2010, 7296); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 13.^a, 30 de diciembre de 2004 (*JUR* 2005, 55652); y de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 4.^a, 22 de febrero de 2010 (*JUR* 2011, 13433).

⁴⁴ *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias, 14 de marzo de 1995 (*AC* 1995, 422); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4.^a, 21 de octubre de 2002 (*JUR* 2002, 284743); de la Audiencia Provincial de Tarragona, secc. 3.^a, 10 de julio de 2003 (*JUR* 2003, 256305); de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 5.^a, 30 de mayo de 2011 (*JUR* 2011, 247425); de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 4.^a, 31 de enero de 2014 (*AC* 2014, 214); y, de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 5.^a, 5 de febrero de 2014 (*JUR* 2014, 103411).

⁴⁵ *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, secc. 3.^a, 23 de noviembre de 2010 (*JUR* 2011, 79571); y, los Autos de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 12.^a, 18 de marzo de 2015 (*AC* 2015, 660); y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 19.^a, 24 de marzo de 2015 (*JUR* 2015, 1205).

⁴⁶ *Vid.*, el Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 6.^a, 17 de septiembre de 2014 (*JUR* 2015, 4471). Por su parte, el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 17.^a, 21 de mayo de 2014 (*AC* 2014, 1023), señala que no es posible acudir al artículo 114 LH ni a la Disposición Transitoria 2.^a de la Ley 1/2013 para reducir el interés moratorio.

⁴⁷ *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Girona, secc. 2.^a, 15 septiembre 2000; de la Audiencia Provincial de Albacete, secc. 2.^a, 12 de mayo de 2014 (*AC* 2014, 1013); y, de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 1.^a, 14 de octubre de 2014 (*JUR* 2015, 8226). Por su parte, señala la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 13.^a, 30 de junio de 2014 (*AC* 2014, 1580), no procede aplicar el artículo 1108 del Código Civil, pues, supone integrar el contrato.

⁴⁸ *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 6.^a, 15 de enero de 2014 (*JUR* 2014, 103462); de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 5.^a, 8 de septiembre de 2014 (*JUR* 2015, 2819); y, de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 9.^a, 10 de febrero de 2015 (*JUR* 2015, 123828); y el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 19.^a, 27 de marzo de 2014 (*AC* 2014, 1850).

⁴⁹ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, secc. 1.^a, de 22 de abril de 2015 (*RJ* 2015,1360); la sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete, secc. 2.^a, 14 de noviembre de 2013 (*AC* 2013, 2023); y, el Auto de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 3.^a, 15 de mayo de 2014 (*AC* 2014, 2029).

⁵⁰ En este sentido, BALLUGERA GÓMEZ, C. (2014). «Integración de cláusulas declaradas nulas por abusivas: visión general», *La Ley*, año XXXV, núm. 8330, 11 de junio, p. 9. Asimismo, *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 9.^a, 9 de julio de 2012 (*JUR* 2012, 312405); de la Audiencia Provincial de Albacete, secc. 2.^a, 14 de noviembre de 2013 (*AC* 2013, 2023); de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 3.^a, 18 de diciembre de 2013 (*AC* 2013, 2097); y, de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 1.^a, 27 de febrero de 2014 (*AC* 2014, 459). Y, el Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, número 5, de Cáceres, 23 de enero de 2015.

⁵¹ *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 9.^a, 7 de septiembre de 2012 (*JUR* 2012, 366222); de la Audiencia Provincial de Cantabria, secc. 4.^a, 18 de octubre de 2012 (*JUR* 2012, 391860); de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 3.^a, 15 de enero de 2013 (*JUR* 2013, 152811); de la Audiencia Provincial de Guadalajara, secc. 1.^a, 13 de marzo de 2014 (*JUR* 2014, 91722); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 11.^a, 15 de julio de 2014 (*JUR* 2014, 234763); y los Autos de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 3.^a, 7 de julio de 2014 (*AC* 2014, 2033), no procede la aplicación de la Disposición Transitoria 2.^a de la Ley 1/2013, que establece el recalcdo de intereses, pues, hay una primacía del Derecho comunitario, y de la interpretación del Derecho de la Unión por un órgano jurisdiccional sin necesidad de plantear una cuestión prejudicial al TJUE; y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 13.^a, 2 de octubre de 2014 (*AC* 2014, 1863).

⁵² Los litigios principales se refieren a diferentes procedimientos de ejecución hipotecaria iniciados por Unicaja Banco y Caixabank con el objeto de obtener la ejecución forzosa de varias hipotecas constituidas entre el 5 de enero de 2007 y el 20 de agosto de 2010 para garantizar importes comprendidos entre 47.000 euros y 249.000 euros. En el asunto C-482/13, el préstamo hipotecario llevaba aparejados intereses moratorios calculados al tipo de 18%, el cual podía aumentar si, al incrementar en cuatro puntos el tipo de interés variable, resultara el tipo de interés superior a aquel, no pudiendo rebasarse en ningún caso el tope máximo de 25% nominal anual. En los asuntos C-484/13, C-485/13 y C-487/13, los préstamos hipotecarios llevaban aparejados intereses moratorios calculados al tipo del 22,5%. Asimismo, todos los contratos de préstamo a los que se refieren los litigios principales incluyen una cláusula con arreglo a la cual, en caso de que el prestatario incumpla sus obligaciones de pago, el prestamista puede anticipar el vencimiento inicialmente pactado y exigir el pago de la totalidad del capital pendiente, más los intereses, intereses de demora, comisiones, gastos y costas pactados. Mediante auto el Presidente del Tribunal de Justicia de 10 de octubre de 2013 ordenó la acumulación de los asuntos C-482/13 a C-487/13 a efectos de las fases escrita y oral del procedimiento, así como de la sentencia; y, asimismo, mediante autos de 13 de marzo y 3 de octubre de 2014 ordenó separar del presente procedimiento los asuntos C-486/13 y C-483/13, al haberse procedido al archivo de los mismos. Para un análisis de esta sentencia, *Vid.*, BERROCAL LANZAROT, A. I. (2015). «Los intereses de demora en los préstamos hipotecarios y la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de enero de 2015», *Actualidad Civil*, núm. 3, marzo, pp. 36-51.