

# UN EXAMEN CRÍTICO DE LA STJUE DE 21 DICIEMBRE 2016: NULIDAD RETROACTIVA SÍ, FALTA DE TRANSPARENCIA “ABUSIVA” DE LAS CLÁUSULAS SUELO NO

## A CRITICAL ANALYSIS OF THE CJUE JUDGMENT OF 21 DECEMBER 2016: RETROACTIVE NULLITY YES, BUT NOT “UNFAIR” TRANSPARENCY TEST OF FLOOR CLAUSES

SERGIO CÁMARA LAPUENTE

*Catedrático de Derecho Civil  
Universidad de La Rioja*

Recibido: 29.01.2017 / Aceptado: 31.01.2017

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2017.3628>

**Resumen:** La importante STJUE 21 diciembre 2016 ha resuelto, tras la sorpresa que supuso el parecer contrario de las conclusiones del Abogado General de julio de 2016, que la jurisprudencia del Tribunal Supremo español vulnera el art. 6 de la Directiva 93/13/CEE, de manera que las cláusulas suelo declaradas abusivas por falta de transparencia se ven afectadas por una nulidad *ex tunc* y, por tanto, procede la devolución de todas las cantidades indebidamente percibidas, sin límites temporales. El presente comentario argumenta que el TJUE actuó con acierto técnico (no exento de riesgos futuros) y dentro de su competencia en punto a establecer el carácter retroactivo de dicha nulidad; pero, en cambio, se extralimitó en sus funciones al sostener que le corresponde a él y no a los Estados Miembros delimitar cuáles son las consecuencias de infringir el deber de transparencia (arts. 4.2 y 5 de la Directiva) y, en particular, al considerar que la sanción se encuentra igualmente en el art. 6 de la Directiva, por lo que una cláusula no transparente puede equivaler a una cláusula abusiva. La STJUE 26 enero 2017 acaba de abundar en la forma de operar ese control de abusividad por falta de transparencia.

**Palabras clave:** cláusulas abusivas, control de transparencia, cláusulas suelo, nulidad, elementos esenciales del contrato, cláusulas sobre el precio, competencias del TJUE, límites a la protección de consumidores, cosa juzgada.

**Abstract:** The influential CJUE judgment of 21 December 2016 has vanished the initial shock produced by the different opinion given by the Advocate General in July 2016 and has overruled the Spanish Supreme Court's case law, since it is considered as opposed to article 6 of Directive 93/13/EC. As a result, the meaning of the unfairness of the so called “floor clauses”, when it was due to a failure to comply with the duty of transparency, is a full nullity *ex tunc*, and therefore entails a restitutory effect of all not to be due but paid amounts, without fixing any time limit for the restitution. This paper argues that the CJUE acted with right technical criteria (not exempt of future risks) and within its own competence as for the retroactive feature of nullity. However, the CJUE ruled *ultra vires*, beyond its own functions, when it sustained that Member States are not competent (but the CJUE itself) to shape the consequences of the infringement of the transparency test (arts. 4.2 and 5 of the Directive) and, in particular, when the Court considers that the remedy to the lack of transparency is also located in article 6 of the Directive, identifying a non transparent term with an unfair term. Ultimately, the CJUE judgment of 26 January 2017 has just gone even further in the way the unfairness test by lack of transparency should work.

**Keywords:** unfair terms, transparency test, floor clauses, nullity, core terms, price clauses, binding contract, CJUE competences, consumer protection limits, force of *res judicata*.

**Sumario:** I. Planteamiento. II. Sobre la ineficacia *ex tunc* de las cláusulas abusivas: el TJUE en su papel. 1. La interpretación del término “no vincularán” (art. 6 Directiva) corresponde al TJUE, no a los Estados Miembros. 2. La nulidad retroactiva como categoría mínima de ineficacia vulnerada por el TS. 3. ¿Y los límites derivados de los “graves trastornos económicos” y la “buena fe de los círculos interesados”? III. Sobre el control de transparencia: su conexión con la abusividad. El TJUE fuera de su papel. 1. Las extralimitaciones del TJUE. 2. Y si una cláusula no es transparente, ¿procede declarar su abusividad directa o ponderar su posible abusividad? El colofón (por ahora) de la STJUE 26 enero 2017. IV. Sobre los límites a la protección del consumidor (en especial, la cosa juzgada): la versión de la STJUE y la del Abogado General. V. Algunas consecuencias para el Derecho español.

## I. Planteamiento

1. Mediante su sentencia de 21 diciembre 2016 (*Gutiérrez Naranjo et al.*)<sup>1</sup>, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), en Gran Sala, ha dado un paso más en la defensa del efecto útil de la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas y, en particular, en relación con el alcance del “efecto disuasorio” ligado a la nulidad plena que diseñara especialmente desde la STJUE 14 junio 2012 (*Banesto*)<sup>2</sup>. El TJUE ha sido, pues, plenamente coherente con sus resoluciones anteriores, pero ha introducido algunas afirmaciones totalmente novedosas respecto a su previa jurisprudencia (sobre el alcance de la expresión “no vincularán” del artículo 6 de la Directiva, el margen de concreción que queda a los Estados miembros al respecto y las consecuencias de la falta de transparencia de las cláusulas no negociadas) y no todas ellas merecen el mismo juicio de valor a la luz de las funciones y competencias del Tribunal de Luxemburgo.

2. Lo que sí queda meridianamente claro y es ajustado a la buena técnica jurídica, a la justicia material y al papel del TJUE, sin tribulación ante razones macroeconómicas, es que resulta contraria al Derecho de la Unión Europea la jurisprudencia del Tribunal Supremo (TS) español –y la interpretación que en su favor hiciera el Abogado General (AG) MENGOZZI en sus Conclusiones de 13 julio 2016<sup>3</sup>, que el TJUE no sigue–, según la cual la nulidad de una cláusula suelo declarada abusiva por falta de transparencia carecía de carácter retroactivo y, por tanto, sólo procedía la devolución de las cantidades indebidamente percibidas a su amparo desde el 9 de mayo de 2013, fecha de la publicación de la primera STS plenaria sobre la materia<sup>4</sup>. Según el TJUE, sobre todo en dos contundentes pasajes en que se condensa la argumentación principal (*vid.* §§ 61-63 y 71-73), la nulidad de la cláusula suelo declarada abusiva por falta de transparencia sí tiene carácter retroactivo, no puede limitarse en el tiempo la ineficacia *ex tunc* y procede la restitución de todas las cantidades indebidamente percibidas al amparo de una cláusula que debe considerarse que “nunca ha existido”.

3. Examinemos cómo llega el TJUE a esa conclusión, distinguiendo entre los argumentos plenamente conformes con sus funciones según el TFUE (apartado II), pese a algunos riesgos futuros que pueden entrañar, y argumentos relacionados con las consecuencias de la falta de transparencia, en los que el Tribunal europeo ha podido actuar *ultra vires* (apartado III), así como un examen de los límites a la protección del consumidor (apartado IV), para concluir con una selección de potenciales consecuencias de la STJUE 21 diciembre 2016 para el Derecho español (apartado V).

<sup>1</sup> STJUE 21 diciembre 2016, *Francisco Gutiérrez Naranjo c. Cajasur Banco, S.A.U., Ana María Palacios Martínez c. Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. (BBVA), Banco Popular Español, S.A., c. Emilio Irlés López, Teresa Torres Andreu*, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15.

<sup>2</sup> STJUE 14 junio 2012, *Banco Español de Crédito S.A. c. Joaquín Calderón Camino*, asunto C-618/10.

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

<sup>4</sup> Como es bien conocido, la jurisprudencia del TS se asentó, primero con las SSTS 9 mayo 2013 (para acciones colectivas), 25 marzo 2015 y 29 abril 2015 (ambas para acciones individuales).

## II. Sobre la ineficacia *ex tunc* de las cláusulas abusivas: el TJUE en su papel

### 1. La interpretación del término “no vincularán” (art. 6 Directiva) corresponde al TJUE, no a los Estados Miembros

4. La STJUE 21 diciembre 2016 formula una interpretación autónoma de un aspecto crucial del artículo 6 de la Directiva, según el cual “los Estados miembros establecerán que *no vincularán al consumidor*, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas”. Entiende el Tribunal, de forma novedosa y no compartida por todos (para empezar, por el AG MENGOZZI), que la interpretación del alcance de los arts. 6 y 7 de la Directiva sí es competencia del TJUE (ineficacia de las *cláusulas abusivas* en general); y debe entenderse que esta decisión sí es correcta, aunque entrañe riesgos *ad futurum* al fijar un contenido mínimo no explicitado en la norma europea. En cambio, que las consecuencias de la *falta de transparencia* (arts. 4.2 y 5) estén también en la Directiva (en el mismo art. 6) y, por tanto, corresponda al TJUE perfilarlas, es afirmación mucho más discutible, cuando no errada, como se verá. Conviene reconstruir el *iter* histórico de la argumentación en tres pasos.

5. En primer lugar, el legislador de la UE, conscientemente eligió el término “no vincularán” las cláusulas abusivas por su amplitud, habida cuenta de la falta de armonización europea de las categorías de la ineficacia contractual y de la diversidad de soluciones nacionales; el tan traído y llevado *Informe de la Comisión Europea de los cinco años de aplicación de la Directiva 93/13*, así lo reflejaba de forma algo ambigua<sup>5</sup>, pero también añadía que “sin embargo y con el fin de preservar el alcance y salvaguardar el efecto útil de la Directiva, *los diferentes ordenamientos jurídicos deben respetar una serie de principios*”, entre los que deben subrayarse ahora dos: en primer lugar, *literalmente, que la decisión judicial “debe retrotraer sus efectos al momento de la conclusión del contrato (ex tunc)”*; y, en segundo lugar, que procede el control judicial de oficio aunque el art. 6 no lo mentara. El informe señalaba que “no es fácil determinar el grado en que los diferentes ordenamientos jurídicos reconocen estas posibilidades, pero hay razones para temer que muchos de ellos no lo hacen”. Pues bien, el TJUE ha refrendado después hasta la saciedad que procede el control de oficio en todo tipo de procedimientos (en todos los ordenamientos, por supuesto)<sup>6</sup> y ahora, con la STJUE 21.12.2016 da curso a esa interpretación *de minimis* del art. 6 en punto a la ineficacia plenamente retroactiva<sup>7</sup>.

6. En segundo lugar, el AG MENGOZZI indicó: que el art. 6.1 “no carece de una cierta *ambigüedad*”; que la expresión escogida es “*neutra*” para dejar libertad a los Estados miembros sobre la categoría de ineficacia más idónea; que la nulidad no es la única vía para cumplir el mandato de la Directiva pero que dicha nulidad sí garantiza el nivel de protección exigido; que el TJUE hasta la fecha “no ha procedido a subsanar, de forma perentoria, la imprecisión del art. 6, apartado 1, de la Directiva 93/13. No ha ido más

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

<sup>6</sup> España incluida, por supuesto, desde la señora STJUE 27 junio 2000, *Océano*, C-240/98 o la STJUE 6 octubre 2009, *Asturcom*, C40/08, hasta el ATJUE 18 febrero 2016, *Finanmadrid*, C49/14 (pues sí, también en el monitorio, como era obvio y se confirma ya por Auto); o, recientemente, en la STJUE 28 julio 2016, *Tomásová*, C-168/15.

<sup>7</sup> Como se puede apreciar, por tanto, este *Informe*, citado tanto por el AG como por los agentes del Reino de España en sus alegaciones sobre la cuestión prejudicial origen de la STJUE 21.12.2016, reconoce, sólo cinco años después de aprobarse la Directiva que puede haber diversidad en la transposición (en tres aspectos derivados del art. 6, no sólo en el tema de la retroactividad, y sin especial concreción del grado de diversidad legislativa), pero *ya se pronunciaba muy precisamente sobre la necesidad de que el juez declare la ineficacia ex tunc*.

allá de esta neutralidad aparente, y quizás no podía hacerlo”; y que “probablemente no le corresponda hacerlo”, sino que esas peculiaridades “deben ser decididas por los propios Estados miembros”<sup>8</sup>. Similares conceptos y expresiones aducía la Abogacía del Estado en representación de España.

7. En tercer lugar, la STJUE 21 diciembre 2016 no comparte en absoluto ese criterio del AG y considera que el Tribunal sí es competente para esclarecer el significado del término “no vincularán” del art. 6. De manera curiosa, el TJUE en esta sentencia huye de los formales raíles argumentativos a que nos tiene acostumbrados<sup>9</sup> al evaluar las legislaciones y jurisprudencias nacionales con el patrón de los principios de efectividad y equivalencia (y autonomía procesal) –que seguían también las alegaciones del Reino de España y, parcialmente, del AG–, y encara su decisión con dos ideas de fondo: *los efectos de la abusividad* sí están incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva (§§ 47-51) y las remisiones del art. 6 a las funciones de los Derechos nacionales al desarrollar el carácter no vinculante de las cláusulas abusivas no autorizan a rebajar una protección mínima que debe restablecer plenamente la situación de hecho y de Derecho de no haber existido la cláusula (§§ 64-66). Abordemos ambas afirmaciones, junto con una tercera (que el TS no elevó el nivel de protección de la Directiva) como corolarios de esta tesis del TJUE.

8. La STJUE 21 diciembre 2016 afronta la cuestión de si los efectos del carácter abusivo de una cláusula están incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva con carácter preliminar a todo lo demás (§ 47) por ser una alegación del Gobierno español, de Cajasur Banco y del Banco Popular. Estamos de acuerdo con el desenlace en lo que atañe, en general, a las consecuencias derivadas de declarar abusiva una cláusula, que es materia novedosa y de gran trascendencia futura para los efectos de la abusividad *cuando se aplique el control de contenido (desequilibrio, buena fe, afrenta al listado de cláusulas abusivas, etc.)*; es decir, debidamente expurgada la conclusión del § 51 de la sentencia en estos términos: “el examen del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1 de la Directiva 93/13 (...) está comprendido dentro del ámbito de aplicación de la Directiva en general y del artículo 6, apartado 1, de ésta en particular”; es la respuesta a las alegaciones de que el art. 6.1 se remite a la articulación de sus efectos a los derechos nacionales. Ello no lo excluye del ámbito de la Directiva, pues cuenta con unos límites o mínimos europeos.

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

10. Pero decidir que la falta de vinculación, como mínimo, se corresponde con una nulidad plena con ineficacia *ex tunc*, puede a la postre acabar teniendo *dos contraindicaciones o peligros*: en primer

<sup>8</sup> Principalmente, §§ 52-55 y 61-64 de las *Conclusiones del AG Sr. Paolo Mengozzi* presentadas el 13.7.2016. Sobre la referencia al carácter “neutro” del “no vincularán” de la Directiva, tan subrayado por el AG, esos términos no se encuentran en el *Informe* de la Comisión europea, sino en el informe de síntesis de las jornadas preparadas por la institución en fechas inminentemente anteriores, en concreto, en M. TENREIRO, E. FERIOLI, “Examen comparatif des législations nationales transposant la Directive 93/13”, en EUROPEAN COMMISSION, *The ‘Unfair Terms’ Directive, Five Years on. Evaluation and Future Perspectives*, Conferencia de 1-3 julio 1999, Luxembourg, 2000, pp. 9-10 (y posteriormente fueron empleadas por la AG Verica TRSTENJAK en sus conclusiones [de 6.12.2011] en el asunto *Invitel*, C-472/10, § 48, nota 28, refiriéndose a la obra de un autor alemán, KAPNOPOULOU, no al citado ensayo de síntesis.

<sup>9</sup> Al menos, en materia de cláusulas abusivas, desde las SSTJUE 14 de junio de .2012 (*Banesto*) y 14 de marzo de 2013 (*Aziz*).

lugar, en el futuro pondrá a prueba las legislaciones y jurisprudencias de otros Estados miembros que no compartan esas consecuencias<sup>10</sup>; en este sentido, el impacto “grave” de la STJUE 21.12.2016 podría serlo también, o incluso mayor, en otros ordenamientos<sup>11</sup>. En segundo lugar, la solución de la nulidad absoluta, adecuada al problema planteado por las cláusulas-suelo (pagos indebidos), podría no ser acaso la solución más idónea para la falta de vinculación de según qué cláusulas en según qué tipos contractuales<sup>12</sup>; piénsese en el juego de la nulidad, el desistimiento y la resolución en los contratos de servicios, donde el consumidor ha podido obtener un claro beneficio durante la vigencia del contrato y la ineficacia se propala *ex nunc*. Por las incertidumbres que plantea esta nueva posición del TJUE, los fundamentos jurídicos más novedosos y radicales (§§ 61-62) de esta sentencia matizan con un “en principio” (tres “en principios”, en verdad) la asimilación entre falta de vinculación, inexistencia de la cláusula y restitución íntegra de importes; y, como si el TJUE fuese consciente de que puede tener que matizar en el futuro esa delimitación de la naturaleza jurídica de la falta de vinculación según cláusulas y tipos contractuales, tampoco aflora en la contestación final a las cuestiones prejudiciales, sin ser, desde luego, un mero *obiter dicta* de la sentencia.

## 2. La nulidad retroactiva como categoría mínima de ineficacia vulnerada por el TS

11. Para llegar a esa conclusión, el TJUE recuerda primero la interpretación que el art. 6.1 de la Directiva y su “no vincularán” le ha merecido hasta la fecha y coloca las vallas que delimitan los poderes de jueces y legisladores al respecto: es una norma de *orden público* (§ 54), es norma *imperativa* que pretende reemplazar el equilibrio formal por un equilibrio real entre las partes (§ 55), el juez *no puede modificar* el contenido de la cláusula abusiva (§ 57 y STJUE 4 junio 2012, *Banesto*, que obligó al legislador a cambiar el art. 83 TR-LGDCU con sus facultades de moderación) para *no eliminar el efecto disuasorio* que genera su inaplicación total (§ 60 y STJUE 21 enero 2015, *Unicaja*<sup>13</sup>, insistiendo en la doctrina *Banesto*) y además el juez debe *apreciar de oficio* el carácter abusivo (§§ 58-59). Y tras ese repaso preciso y sintético, en el que el TJUE no muestra ninguna tibieza, duda o contrapeso adicional (ningún “en principio” precautorio entre los §§ 54 y 60), asesta con su interpretación del art. 6.1 de la Directiva –por primera vez formulada, aunque con los citados tres cautelosos “en principios” en los §§ 61 y 62– su golpe de gracia a la limitación en el tiempo de la ineficacia de las cláusulas abusivas creada por Tribunal Supremo: según la STJUE 21 diciembre 2016, que la cláusula no vincule al consumidor significa que “*nunca ha existido*, de manera que no podrá tener efectos frente al consumidor”, por lo que si la cláusula abusiva y nula ordenaba el pago de cantidades indebidas, debe producirse un “efecto restitutorio”, pues excluirlo pondría en cuestión el citado efecto disuasorio aparejado (por obra del TJUE) al art. 6.1 de la Directiva. En consecuencia, “una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo” se opone dicho precepto (§ 75): el consumidor tiene “*derecho a obtener la restitución íntegra* de las cantidades que haya abonado indebidamente a la entidad bancaria”. Aunque los términos transcritos hablan por sí mismos, podría añadirse, con otra dicción: la nulidad (española) de pleno derecho con ineficacia *ex tunc* establecida en el art. 1303 CC es, también, como mínimo, la categoría de ineficacia contractual (europea) que encaja mejor en la noción abierta de “no vincularán” de la Directiva y los Estados miembros no pueden rebajar ese mínimo protector.

<sup>10</sup> Los países que la Comisión Europea “temía” en su *Informe* sobre los cinco años de aplicación de la Directiva que no cumplieran con esto; habrá que examinar si más de 20 años después de la Directiva sigue existiendo alguno o no.

<sup>11</sup> Pero recuérdese que sólo España y un Reino Unido pre-*Brexit* hicieron alegaciones en contra de este parecer; la República Checa y la Comisión Europea apoyaron la ineficacia *ex tunc*.

<sup>12</sup> Alerta también de la pérdida de flexibilidad del Derecho al identificar infracción del Derecho imperativo sólo con nulidad, con varios ejemplos, J. ALFARO ÁGUILA-REAL, “La sentencia del Tribunal de Justicia sobre la retroactividad de la nulidad de las cláusulas suelo”, *Almacén de Derecho*, 21 diciembre 2016 (disponible en: <http://almacendederecho.org/la-sentencia-del-tribunal-justicia-la-retroactividad-la-nulidad-las-clausulas-suelo/>). El problema tiene su paralelo en el veto del TJUE al reemplazo de la cláusula abusiva con el Derecho dispositivo, que siendo correcto, puede no resultar idóneo para ciertas cláusulas: vid. S. CÁMARA LAPUENTE, “Transparencias, desequilibrios e ineficacias en el régimen de las cláusulas abusivas”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado (AAMN)*, LV, 2014-2015, pp. 549-643, en particular, pp. 635-636.

<sup>13</sup> STJUE 21 enero 2015, *Unicaja Banco, S.A. y José Hidalgo Rueda et al., Caixabank, S.A. y Manuel María Rueda Ledesma et al.*, asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13.

12. De esta forma, *el Tribunal de Justicia declara que la solución del TS es contraria al Derecho de la UE; que también era contraria al Derecho español vigente, cabe añadir, era obvio*, y las razones que aducía el Alto Tribunal (incluidas sus genéricas referencias a los “graves trastornos económicos” y a la “buena fe” de los predisponentes, *vid. infra* II.3) eran insuficientes e inconsistentes. El desbroce y crítica de los argumentos ha sido tantas veces contado, tanto por la doctrina como por numerosas sentencias de instancia y apelación que discreparon de esa jurisprudencia del TS, que no procede ahora detenerse en ello. Pero *la mayor inconsistencia técnica del TS fue crear (judicialmente) dos nulidades con eficacias dispares para cláusulas declaradas igualmente abusivas (por control de contenido o por control de transparencia)*; la incongruencia se ha hecho más patente cuando, al hilo de la posible nulidad (esta sí, plena y retroactiva) de las cláusulas suelo en contratos con adherentes empresarios abierta por la STS (Plenaria) 3 junio 2016<sup>14</sup> con fundamento en la buena fe del artículo 1258 CC, algunas Audiencias han comenzado a aplicar esa doctrina y han ordenado la devolución de todas las cantidades indebidamente percibidas sin el límite temporal del 9 de mayo de 2013 (véase la SAP La Rioja 161/2016, de 15 de julio). Teníamos, por tanto, ante similar cláusula, restitución íntegra para empresarios, restitución limitada en el tiempo para consumidores.

13. Cuando *la STJUE 21.12.2016 afirma que el TS no elevó el nivel de protección de la Directiva* –§ 49, que es en lo único en que el TJUE está de acuerdo con el AG MENGGOZZI y la única referencia a sus conclusiones–, aunque habría que matizar<sup>15</sup>, lo cierto es que poca superación del umbral de la Directiva puede apreciarse cuando bien por la vía del Código civil (arts. 1303, 1258, 6, etc.), bien, mejor, por la vía de la Ley de condiciones generales de la contratación (LCGC, arts. 5 y 7 y su control de incorporación) se puede alcanzar la plena ineficacia *ex tunc* de las cláusulas suelo incluso en contratos con empresarios o profesionales.

### 3. ¿Y los límites derivados de los “graves trastornos económicos” y la “buena fe de los círculos interesados”?

14. Con la contestación a la pregunta nuclear sobre la falta de conformidad con el Derecho de la UE del carácter no retroactivo de la nulidad una cláusula abusiva, planteada en las cuestiones prejudiciales formuladas en los tres asuntos acumulados<sup>16</sup>, la STJUE 21.12.2016 considera innecesario (§ 76) contestar a las otras siete cuestiones prejudiciales formuladas desde la Audiencia de Alicante, pues, ciertamente, eran cuestiones sólo procedentes en caso de respuesta diferente a la primera cuestión. Quedamos, por el

<sup>14</sup> La STS número 367/2016, de las tres dictadas ese día. Para un comentario a la problemática que encierra esa sentencia, *vid.* S. CÁMARA LAPUENTE, “Control de cláusulas predisuestas en contratos entre empresarios”, *Almacén de Derecho*, 27 junio 2016 (disponible en <http://almacendederecho.org/control-clausulas-predispuestas-contratos-empresarios/>) e *Id.*, “Experiencias españolas en el (reducido) ámbito de control de las cláusulas en los contratos entre empresarios”, en R. SCHULZE (Dir.) *Standardisierte Verträge - zwischen Privatautonomie und rechtlicher Kontrolle*, Nomos, Baden-Baden, 2017 (en prensa). Desde otra perspectiva, F. PERTÍÑEZ VILCHEZ, “Buena fe *ex art.* 1258 CC y nulidad de las cláusulas suelo sorpresivas en contratos de préstamo con adherentes empresarios. Reflexiones en torno a la STS, 1ª, 3 junio 2016”, *Indret*, 4, 2016, pp. 1-21 (disponible en: [http://www.indret.com/pdf/1266\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/1266_es.pdf)).

<sup>15</sup> Pues, ciertamente, el TS español se adelantó en unos meses al TJUE a explicar la naturaleza jurídica de la transparencia, en el sentido de no ser meramente formal, sino también material (comprensión no sólo del sentido literal de la cláusula, sino también del alcance jurídico y económico de su compromiso); aunque, a la postre, eso tampoco eleva el nivel de protección de la Directiva, pues es el que el TJUE considera como mínimo. En cambio, al sostener la STS 9 mayo 2013 y posteriores que la falta de transparencia, acreditada, da lugar a una abusividad *directa* de la cláusula sí podría haber estado elevando el nivel de protección de la Directiva 93/13, pues como ambiguamente hacían algunas SSTJUE anteriores y posteriores a 2013 (*vid. infra*) y, más resueltamente ahora decide la reciente STJUE 26 enero 2017 (*Banco Primus S.A. y Jesús Gutiérrez García*, C421/14) la falta de transparencia da lugar a una abusividad ponderada a la luz de diversas circunstancias y parámetros (debe examinarse el desequilibrio que produce, no derivado sólo de su falta de claridad y comprensibilidad). Pero todo el argumento decae en el momento en que el TS confirió a la nulidad de una cláusula declarada abusiva (por falta de transparencia) una ineficacia retroactivamente limitada, con una clara rebaja de lo establecido en el “no vincularán” del art. 6 a la luz de lo ahora resuelto por la STS 21 diciembre 2016.

<sup>16</sup> En concreto, en las dos cuestiones prejudiciales planteadas por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Granada (*Gutiérrez Naranjo*, asunto C-154/15) y en la primera de las, respectivamente, 7 y 8 cuestiones prejudiciales planteadas por la Audiencia de Alicante en los asuntos *Palacios Martínez*, C-307/15 y *Banco Popular Español*, C-308/15.

momento, sin tener más pautas sobre las nociones acuñadas ya, entre otras, en la STJUE 21 marzo 2013, *RWE Vertrieb*<sup>17</sup>, citada por la STS 9 mayo 2013 como fundamento de los límites a la retroactividad de efectos (¿de la sentencia, de la nulidad contractual?): en concreto, (a) la “buena fe de los círculos interesados” (¿es un concepto autónomo de la UE? ¿Presupuestos? ¿Puede ser conforme a buena fe la actuación que motiva la falta de transparencia?)<sup>18</sup>; (b) el “riesgo de trastornos graves” (¿es un concepto autónomo de la UE? ¿Criterios? ¿Valorar no sólo los trastornos al profesional sino también a los consumidores?)<sup>19</sup> c) ¿Cabe la extensión automática de la limitación de los efectos restitutorios declarada en un procedimiento entablado por una asociación de consumidores a acciones individuales de nulidad de cláusulas suelo?<sup>20</sup>

15. Sólo se hará en este momento un breve apunte sobre las dos primeras nociones, por su potencial recorrido en el futuro en cuanto requisitos de la facultad excepcional (que la STJUE 21 diciembre 2016 residencia ahora en el propio TJUE) de limitar la posibilidad de que los interesados invoquen la interpretación del Tribunal de una disposición para cuestionar las relaciones jurídicas establecidas de buena fe. En cuanto a la “buena fe de los círculos interesados” (léase en clave nacional sobre cláusulas suelo: la buena fe/desconocimiento de las entidades financieras acerca de la evolución del Euríbor, el cumplimiento de las normas administrativas vigentes, la inclusión de un correspondiente techo no ilusorio, etc.), no se pueden sino compartir, palabra por palabra, las alegaciones de la Comisión Europea (§ 45 se sus Observaciones escritas) en estas cuestiones prejudiciales: *de acuerdo con el art. 3.1 de la Directiva, la buena fe queda excluida cuando se trata de una cláusula abusiva; por tanto, los predisponentes profesionales que incluyeron esas cláusulas en sus contratos con consumidores no pueden invocar su “buena fe” para limitar los efectos de la abusividad. Y, en cuanto al requisito de los “graves trastornos económicos” la jurisprudencia del TJUE exige que queden acreditados; la cifra de los, al menos, 4.000 millones de euros en que ahora se cuantifica en informes y tabloides el impacto de la STJUE 21.12.2016 para la banca española, en ningún momento se menciona ni entiende acreditado ni en el texto de la STS 9 mayo 2013 ni en el de ninguna de las SSTS plenarias posteriores, más allá de alegaciones genéricas sobre el “riesgo sistémico” o los importantes perjuicios económicos que otra solución hubiera ocasionado a las entidades financieras españolas. Quizás próximamente el TJUE esclarezca la pregunta de si basta una genérica apreciación de los trastornos por el tribunal (“sin datos concretos en que fundar” el riesgo) o, como parece más probable, éstos deben estar fehacientemente acreditados en el proceso judicial en que se aleguen, como expresamente se ha planteado, entre otras, en una cuestión prejudicial procedente de la Audiencia Provincial de Castellón<sup>21</sup>, aún no resuelta.*

### III. Sobre el control de transparencia: su conexión con la abusividad. El TJUE fuera de su papel

#### 1. Las extralimitaciones del TJUE

16. Si al interpretar el contenido mínimo de la ineficacia propia del art. 6 el TJUE se ha movido dentro de sus competencias, no cabe decir lo mismo, pues *parece haber actuado ultra vires cuando lo que hace es conectar el control de transparencia con la abusividad*, es decir, cuando se decide que la sanción por no superar ese control (4.2 y 5 de la Directiva) en las cláusulas que definen el objeto principal del contrato deba ser *necesariamente* el carácter abusivo de dicha cláusula (directo o ponderado, luego se verá); es

<sup>17</sup> Ni la STJUE 21 marzo 2013 (*RWE Vertrieb*, C-92/11), ni la de 23 octubre 2014 (*Schulz et al.*, asuntos acumulados C-359/11 y C-400/11), amparan esa falta de retroactividad, a pesar de la ingente cantidad de contratos de adhesión con consumidores (de gas y electricidad en Alemania) afectados por ellas.

<sup>18</sup> Cuestiones prejudiciales 2ª, 3ª y 4ª de los dos asuntos provenientes de la Audiencia de Alicante.

<sup>19</sup> Cuestiones prejudiciales 5ª, 6ª y 7ª de los dos asuntos provenientes de la Audiencia de Alicante.

<sup>20</sup> Cuestión prejudicial 8ª planteada por la Audiencia de Alicante en el asunto 308/15. Como es sabido, la STS (Pleno) 25 marzo 2015 (ponente E. BAENA RUIZ) dio una respuesta positiva a esta cuestión, en tanto que el voto particular de los magistrados F. J. ORDUÑA MORENO y X. O'CALLAGHAN MUÑOZ discrepaba de esa solución.

<sup>21</sup> Cuestión prejudicial planteada por la sección 3ª de la Audiencia Provincial de Castellón el 10 de julio de 2015 (*Banco Popular Español S.A. c. Elenea Lacaciu y Cristian Laurentiu Lacaciu*, asunto C-349/15). Es muy probable que la cuestión quede archivada tras la STJUE 21.12.2016.

decir, cuando se conecta el art. 4.2 (control de elementos esenciales) con el 6 (consecuencias del carácter abusivo) por la vía del art. 3 (definición de cláusula abusiva); mientras que, en realidad, el art. 4.2 (y el 5) al configurar el deber de que la redacción de la cláusula sea “clara y comprensible”, sólo encuentra en la Directiva una sanción expresa (no en el art. 6, sino en el propio art. 5: interpretación *contra proferentem*) y, por tanto, *sí quedaron fuera de la Directiva, como una laguna reiteradamente denunciada*<sup>22</sup>, *cuáles podrían ser otras consecuencias de que las cláusulas sobre elementos esenciales del contrato no fuesen transparentes, existiendo al menos tres modelos nacionales*<sup>23</sup>: su no incorporación al contrato, su nulidad por considerar que se trata de cláusulas directamente abusivas (TS español) o su nulidad como cláusulas abusivas después de ponderar si concurren el resto de requisitos del art. 3 (y 4.1, según el Derecho alemán), como ahora parece dejar entrever esta STJUE, en sentencia diseñada por un magistrado-ponente letón, pero formado en Alemania y en Derecho alemán<sup>24</sup>, en lo que puede ser una nueva constatación –desde la propia terminología (“transparencia material”) hasta las consecuencias de este expediente– de la influyente interpretación que tiene la doctrina alemana sobre los preceptos de la Directiva 93/13<sup>25</sup>.

**17.** Cómo da el paso esta sentencia de decir que el Tribunal de Luxemburgo conserva (al menos cierta) soberanía sobre la interpretación del art. 6.1 (significado de “no vincularán”, correcto), a decir que la falta de transparencia del art. 4.2 tiene la misma consecuencia (lo que parece hoy más bien labor de un futuro legislador europeo, no de un TJUE que acaso se haya excedido en sus funciones en este punto), parece un tanto endeble y corre así: (i) el TS interpretó que el art. 4.2 comprendía no sólo una transparencia formal sino también material (§ 48 de la STJUE, lo cual es correcto y lo diría poco después la propia STJUE 30 abril 2014, *Kásler*); (ii) “el control de la transparencia material” de las cláusulas sobre el objeto principal del contrato *ex art. 4.2* es el mismo que el del art. 5 de la Directiva para todo tipo de cláusulas no negociadas (§ 49 de la STJUE, que es en lo único en lo que el Tribunal está de acuerdo con el AG, es correcto y lo dicen de forma aún más nítida, aunque no las cite esta STJUE 21 diciembre 2016, las SSTJUE 30 abril 2014, *Kásler*, y 25 febrero 2015, *Matei*); (iii) el TJUE ha declarado (en la sentencia de 21 marzo 2013, *RWE Vertrieb*) que es fundamental que el consumidor tenga información precontractual de las condiciones generales y sus consecuencias (§ 50 de la STJUE). Fin de la argumentación.

**18.** El legislador de la Directiva 93/13 no conectó el control de transparencia de los arts. 4.2 y 5 con el carácter abusivo de las cláusulas (arts. 3 y 4.1) ni con su consecuencia (art. 6) sino que sólo estableció que las cláusulas que no fuesen claras y comprensibles serían sometidas a una interpretación *contra proferentem*. Al incluir sólo ese remedio, tanto los Estados miembros en sus normas nacionales como los diversos textos prelegislativos que han pretendido colmar tal laguna en la norma europea, como sucede en el DCFR o en el CESL, han optado por distintas consecuencias ante la falta de transparencia (no incorporación, abusividad directa o abusividad ponderada)<sup>26</sup>. *El propio Informe de la Comi-*

<sup>22</sup> C. ARMBRÜSTER, C., “Standard Contract Terms and Information Rules”, en H. COLLINS (Dir.), *Standard Contract Terms in Europe: a Basis for a Challenge to European Contract Law*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn (Países Bajos), 2008, p. 168; M. EBERS, “Unfair Contract Terms Directive (93/13)”, en H. SCHULTE-NÖLKE, C. TWIGG-FLESNER, M. EBERS, M. (dirs.), *EC Consumer Law Compendium. The Consumer Acquis and its transposition in the Member States*, Sellier, München, 2008, pp. 248-251; M. EBERS, *Rechte, Rechts behelfe und Sanktionen im Unionsprivatrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2016, pp. 905-909; STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE, RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), C. VON BAR, E. CLIVE, (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full edition*, Oxford University Press, Oxford, 2010, vol. I, p. 632.

<sup>23</sup> He desarrollado todas estas ideas, con constataciones de Derecho comparado, en CÁMARA LAPUENTE, “Transparencias, desequilibrios e ineficacias...”, cit., pp. 562-563 y 570-589 (aunque las citas aquí se harán a ese ensayo, un resumen puede verse en *El Notario del siglo XXI*, 61, mayo-junio 2015, pp. 152-157, también disponible en <http://www.elnotario.es/index.php/academia-matritense-del-notariado/4087-transparencias-desequilibrios-e-ineficacias-en-el-regimen-de-las-clausulas-abusivas-un-resumen-critico>)

<sup>24</sup> El ponente de esta STJUE es el magistrado Egils LEVITS, quien, en la propia página del TJUE, se destaca que se licenció en Derecho y Ciencias Políticas en la Universidad de Hamburgo y es colaborador científico de la Facultad de Derecho de Kiel.

<sup>25</sup> Sobre ello y, en particular, sobre la influencia del Derecho alemán en diversos Abogados Generales, con demostración a través de Conclusiones seleccionadas de AGs, véase CÁMARA LAPUENTE, “Transparencias...”, cit., pp. 590-591.

<sup>26</sup> Sobre el tratamiento de la cuestión en Alemania, Reino Unido, Italia y Francia, así como en el DCFR y el CESL, véase CÁMARA LAPUENTE, “Transparencias...”, cit., pp. 574-589.

*sión Europea sobre los primeros cinco años de aplicación de la Directiva reconoce que se renunció a una armonización a escala europea de las consecuencias de la infracción del deber de transparencia, y lo hace en estos términos literales: “la violación del principio de transparencia no entraña sanciones propiamente dichas, puesto que las cláusulas contractuales que no respetan los criterios de claridad y comprensibilidad no se consideran abusivas ni deben, por tanto, suprimirse”, aunque contempla la posibilidad de habilitar sanciones específicas en el futuro*<sup>27</sup>.

**19.** El Código civil alemán (BGB) en su reforma de 2000 incorporó un nuevo inciso en el § 307.1 en el que se lee: “el hecho de que la cláusula no sea clara y comprensible *también puede [kann auch]* causar un perjuicio desproporcionado” y, por ende, ser abusiva. Esta regla sobre la “transparencia material” (la STJUE adopta el término, tan propio de la doctrina alemana) no consta en la Directiva, pero parece estar desempeñando hoy un papel de canon hermenéutico sobre el sentido más adecuado de los deberes de transparencia de la Directiva. El peso de la formación germánica de diversos AGs y magistrados del TJUE podría estar haciendo al Tribunal ver algunos preceptos de la Directiva con el color del cristal de una norma nacional posterior a la propia Directiva. Obvia recordar el conocido influjo de la doctrina alemana en la propia redacción del art. 4.2.

## **2. Y si una cláusula no es transparente, ¿procede declarar su abusividad directa o ponderar su posible abusividad? El colofón (por ahora) de la STJUE 26 enero 2017**

**20.** Ni la sentencia de 21 diciembre 2016 ni las anteriores SSTJUE permiten responder taxativamente a esta cuestión. De nuevo el telón de fondo del Derecho alemán puede arrojar algo de luz: si bien la jurisprudencia y la doctrina alemana en un inicio pudieron inclinarse por la abusividad directa, *per se*, de la cláusula no transparente (en línea con el planteamiento iniciado en España por la STS 9.5.2013), en la actualidad es mayoritaria la interpretación del BGB que entiende, pese a la dicción del § 307.1 (o por ella), que la falta de transparencia conduce al juicio sobre el carácter abusivo de la cláusula (*kann auch*; abusividad ponderada, no directa) abriendo entonces la puerta a considerar el resto de parámetros que abocan en la declaración de su carácter abusivo (perjuicio desproporcionado, resto de cláusulas, circunstancias del contrato, etc.)<sup>28</sup>. La STJUE 21.12.2016 no es concluyente en absoluto sobre este punto, pues el § 51 tan sólo vincula control de transparencia y abusividad en estos términos: “el examen del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13, de una cláusula contractual relativa a la definición del objeto principal del contrato, en caso de que el consumidor no haya dispuesto (...) de la información necesaria (...) está comprendido dentro del ámbito de aplicación de la Directiva en general y del artículo 6, apartado 1, de ésta en particular”; parece sobreentender, eso sí, que TS español llevó a cabo una abusividad ponderada<sup>29</sup>, cuando realmente lo que hizo fue declarar la abusividad directa por falta de transparencia<sup>30</sup>. Las conclusiones del AG tampoco se adentran en la forma de llevar a cabo el control de transparencia y sus consecuencias, pero en una nota (nº 45, una vez más, este punto esencial se aborda de soslayo y marginalmente), afirma que “re-

<sup>27</sup> COMISIÓN EUROPEA (2000), p. 18. En una nota al pie añade que existe, sin embargo, jurisprudencia *nacional* que “ha considerado que la falta de claridad de una cláusula contractual podría ser declarada *ilícita*”; se plantea, en conclusión, si en una futura reforma de la Directiva debería posibilitarse que dicha infracción permitiese interponer acciones de cesación o una sanción específica “como la inoponibilidad de las cláusulas”.

<sup>28</sup> Para la cita de la jurisprudencia y doctrina más reciente en este sentido, me remito de nuevo a CÁMARA LAPUENTE, “Transparencias...”, cit., p. 575-577 y a *Id.*, “Experiencias españolas...” (2017), cit., apartado 2.2.2.

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

<sup>30</sup> Sobre esto y los matices introducidos en las últimas SSTS de 2015 y 2016 acerca de lo que se considera “perjuicio” para el consumidor (no poder comparar ofertas) derivado de la falta de transparencia, CÁMARA LAPUENTE, “Transparencias...”, cit., pp. 603-605, e *Id.*, “Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2014. El control de transparencia de las cláusulas suelo como causa única y directa de su carácter abusivo (crítica y reconducción hacia el control de incorporación)”, en M. YZQUIERDO TOLSADA, (Dir.), *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (civil y mercantil). Volumen 6º (2013-2014)*, Dykinson/BOE, Madrid, 2016, pp. 206-208.

sulta claramente de la redacción” del art. 4.2 que una cláusula referida al objeto principal del contrato “puede, cuando no cumpla las exigencias de claridad y comprensibilidad, ser objeto de una apreciación de su carácter abusivo en las condiciones establecidas en el artículo 3, apartado 1” de la Directiva. No se aporta cita de sentencias anteriores del TJUE.

**21.** Si se repasan las medidas afirmaciones de resoluciones como el ATJUE 16 noviembre 2010, *Pohotovost*<sup>31</sup>, o las SSTJUE 15 marzo 2012, *Pereničová*<sup>32</sup>, 25 febrero 2015, *Matei*<sup>33</sup> y 9 julio 2015, *Bucura*<sup>34</sup> se comprobará que concluyen que, tras el debido examen de todas las circunstancias y los parámetros de los arts. 3 y 4.1, “podrían” ser declaradas abusivas. El TJUE parecía estar a punto de culminar su labor de explicitar las consecuencias del control transparencia (ausentes en la Directiva, como se ha señalado). Y parece haberlo hecho finalmente con la ocasión que le brindaba otra cuestión prejudicial presentada desde España muy centrada en el art. 4.2 de la Directiva: la recién publicada *STJUE 26 enero 2017 (Banco Primus)*<sup>35</sup>, en la que (§ 62) se dice que las cláusulas del art. 4.2 “sólo quedan exentas de la apreciación sobre su carácter abusivo cuando el tribunal nacional competente estime, tras un examen caso por caso, que han sido redactadas por el profesional de manera clara y comprensible” y en la que el TJUE ofrece los criterios para ponderar ese carácter abusivo nada menos que en relación con las cláusulas sobre intereses remuneratorios (*vid.* §§ 64, 65 y 67). *Abusividad ponderada, por tanto* (como en la interpretación alemana mayoritaria hoy), hacia la que el TS deberá acomodar su futura jurisprudencia y no tiene demasiado difícil converger, aunque, desde luego, no sea esta ni la mejor solución, ni, a nuestro juicio, la que haya de proceder a la luz de la Directiva y del margen de autonomía que concedió a los Estados miembros, según se ha expuesto.

**22.** Y es que *el expediente técnicamente más abonado hubiera sido radicar el control de transparencia en el control de incorporación*, que, además de contar con otras muchas ventajas hubiese evitado bastantes de las prejudiciales que han desembocado en estas sentencias. En lugar de ubicar dicho filtro de transparencia en la abusividad<sup>36</sup>, numerosos argumentos<sup>37</sup> avalan esa recalificación de la naturaleza jurídica de ese filtro en nuestro país (y en otros): la falta de ligazón en la Directiva de los arts. 4.2 y 5 con el art. 6, de manera que no es una sanción contemplada en la Directiva por la falta de transparencia, sino que las sanciones específicas se relegan a los Estados miembros; la falta en nuestro sistema (y en la Directiva) de un paralelo al § 307 del BGB alemán; la expulsión más sencilla del contrato de la cláusula tenida por no transparente (no incorporada, más protectora, por tanto con el adherente), frente a la necesidad de ponderación de todos los criterios que han de concurrir para que una cláusula sea abusiva (arts. 82.1 y 82.3 TR-LGDCU), incluida la prueba del “desequilibrio sustancial de derechos y obligaciones” y el perjuicio; la posibilidad de abordar con un control de transparencia más o menos homogéneo los contratos en los que el adherente sean no sólo consumidores, sino también empresarios (al residenciarse también en los arts. 5 y 7 de la LCGC), etc.

<sup>31</sup> ATJUE 16 noviembre 2010, *Pohotovost s.r.o. y Miroslav Vašuta* (asunto C-470/12), § 73: la omisión de la TAE infringe el deber de transparencia y, en aplicación del art. 4.2 de la Directiva, “podría llevarse a cabo un examen del carácter abusivo de la cláusula” en el sentido del art. 3 de la Directiva.

<sup>32</sup> STJUE 15 marzo 2012, *Jana Pereničová, Vladislav Perenič y SOS financ, spol. s r. o.* (asunto C453/10), §§ 44-47: una TAE incompleta podría considerarse práctica desleal y esta calificación *sería un elemento entre otros* para que el juez aprecie el carácter abusivo del art. 4.1 de la Directiva.

<sup>33</sup> STJUE 25 febrero 2015 (Sala *Bogdan Matei, Ioana Ofelia Matei y SC Volksbank România SA* (asunto C-143/13), §§ 71, 72, 75 y 78.

<sup>34</sup> STJUE 9 julio 2015, *Maria Bucura y SC Bancpost SA* (asunto C-348/14), §§ 50 y 61-63; según este último párrafo, puede apreciarse el carácter abusivo de cláusulas comprendidas en el art. 4.2 de la Directiva si se estima en un examen de conjunto “eu égard à toutes les circonstances entourant la conclusion du contrat” y determinadas omisiones “sont susceptibles de conférer à ces clauses un caractère abusif au sens des articles 3 et 4 de cette directive” y se remite al asunto *Pohotovost*’ de 2010.

<sup>35</sup> STJUE 26 enero 2017 (*Banco Primus S.A. y Jesús Gutiérrez García*, C-421/14).

<sup>36</sup> En esencia, en las SSTs, plenarias todas, de 9 mayo 2013, –con titubeos la STS 8 septiembre 2014–, 24 marzo 2015, 23 diciembre 2015, 3 junio 2016 y 14 julio 2016.

<sup>37</sup> Una vez más me remito a las obras citadas en las que he abordado recientemente la cuestión.

#### IV. Sobre los límites a la protección del consumidor (en especial, la cosa juzgada): la versión de la STJUE y la del Abogado General

23. A modo de contrapeso a su afán por potenciar el efecto útil de la Directiva 93/13, la STJUE 21 diciembre 2016 recuerda que “ya ha reconocido que la protección del consumidor no es absoluta”, y menciona dos límites: la subsistencia de las normas procesales internas sobre cosa juzgada (§ 68) y la fijación de plazos razonables para recurrir, en interés de la seguridad jurídica (§ 69, aunque su formulación genérica no parece muy conforme con anteriores SSTJUE)<sup>38</sup>. Aún podría haber mencionado algún otro, como la excepción al control judicial de oficio sentada por la STJUE 4 junio 2009, *Pannon*<sup>39</sup>: el consumidor puede oponerse a que el juez declare el carácter abusivo de la cláusula cuando, informado por el órgano judicial, así lo manifiesta aquél. En particular, la STJUE 21 diciembre 2016 emplea el argumento para ratificar que el TS “podía declarar legítimamente, en la sentencia de 9 de mayo de 2013, que esta última no afectaba a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales anteriores con fuerza de cosa juzgada”. A mi juicio, el aserto puede proyectarse hacia el futuro, como ahora se verá, en relación con las sentencias firmes recaídas en España siguiendo la jurisprudencia del TS previa a la del TJUE, que no admitirán revisión.

24. Si se contrastan los pocos límites que el TJUE reconoce al principio de elevada protección de los consumidores que marca el Derecho derivado de la UE con algunas *desenfocadas afirmaciones del AG Mengozzi* en las conclusiones que presentó sobre estas cuestiones prejudiciales, debe concluirse que el Tribunal de Luxemburgo se ha mantenido coherente con su propia jurisprudencia de los últimos años, altamente proteccionista en velar por el efecto útil de la Directiva 93/13. Señalaba el Abogado General (§ 73), en afirmaciones un tanto gruesas que en modo alguno asume el TJUE, que:

- (a) “Alcanzar el equilibrio tan perseguido por la Directiva no equivale a favorecer al consumidor. Dependiendo de la fecha de celebración de los contratos de préstamo, la falta de efecto completamente retroactivo no ha tenido necesariamente como resultado no restablecer el equilibrio” (*sic, ¿?*);
- (b) “el consumidor vinculado por un contrato de préstamo que incluía una cláusula ‘suelo’ podía fácilmente cambiar de entidad bancaria mediante una novación modificativa del contrato” (afirmación que no sólo oculta la realidad del carácter uniforme de las cláusulas suelo en la mayoría de entidades bancarias en una época, sino que no desvirtúa el carácter ilícito *ab initio* de la cláusula no transparente);
- (c) “la aplicación de la cláusula “suelo” no había tenido como consecuencia una modificación sustancial del importe de las mensualidades debidas por los consumidores”; esta última argumentación del AG es radicalmente insostenible a la luz de la jurisprudencia del TJUE y omite la doctrina ya sentada en resoluciones como la STJUE 16 febrero 2014, *Constructora Principado S.A.*, en la que expresamente se fija algo obvio a la luz de la Directiva: el “desequilibrio importante” es jurídico y no económico, es un desequilibrio de derechos y obligaciones, pues como resume la citada sentencia, “no requiere necesariamente que los costes puestos a cargo del consumidor por una cláusula contractual tengan una incidencia económica importante para éste en relación con el importe de la operación de que se trate,

<sup>38</sup> La STJUE 21 diciembre 2016 cita para ambos límites la STJUE 6 octubre 2009, *Asturcom*. Pero cabe apostillar que la enunciación de la sentencia en examen puede no compadecerse bien con los límites que el propio TJUE, en beneficio de los consumidores, ha puesto a ese tipo de plazos preclusivos cuando le impidan impugnar eficazmente cláusulas abusivas: véanse la STJUE 21 noviembre 2002 (*Cofidis SA v. Fredoût*: una norma interna que prohíbe al juez nacional, al expirar un plazo de preclusión, declarar de oficio el carácter abusivo de una cláusula se opone a la Directiva 93/13) o la STJUE 29 octubre 2015 (*BBVA, S.A. v. Pedro Peñalva López et al.*: el plazo preclusivo de un mes para oponerse a la ejecución basada en una cláusula abusiva, introducido por la DT 4ª de la Ley 1/2013 es contrario a la Directiva; lo cual es nuevamente confirmado en la STJUE 26 enero 2017, *Banco Primus*, cit.).

<sup>39</sup> STJCE 4 junio 2009, *Pannon GSM Zrt. v. Erzsébet Sustikné Györfi*, C-243/08, §§ 33 y 35.

sino que puede resultar del solo hecho de una lesión suficientemente grave de la situación jurídica en la que este consumidor se encuentra”<sup>40</sup>.

## V. Algunas consecuencias para el Derecho español

25. La incidencia más evidente de la STJUE 21 diciembre 2016 es, en primer lugar, que *todos los “órganos jurisdiccionales deberán abstenerse de aplicar, en el ejercicio de su propia autoridad, la limitación de efectos en el tiempo que el Tribunal Supremo acordó”* (§ 74). Por lo tanto, en los casos pendientes de resolución judicial y en los venideros, los juzgados y tribunales españoles deben abstenerse de seguir la doctrina jurisprudencial del TS y deben aplicar una nulidad plenamente retroactiva, sin esperar ni a la futura modificación por el propio TS ni a un eventual cambio legislativo. Y así, los primeros fallos posteriores a la STJUE, como la SAP Sevilla (5<sup>a</sup>) 29 diciembre 2016 (FD 6<sup>o</sup>) ya señalan que “al amparo de tal doctrina, esta Sección considera que *deja de ser vinculante la establecida anteriormente al respecto por el Tribunal Supremo* y que debe retomar su postura inicial de no limitar la retroactividad de los efectos de la nulidad de una cláusula abusiva”.

26. En segundo lugar, sin embargo, existen numerosas dudas de tipo procesal sobre las consecuencias de esta STJUE en relación con *sentencias ya dictadas* sobre las cláusulas suelo y el ámbito de operatividad del principio de *cosa juzgada* respecto a ellas, pues, recuérdese, la propia sentencia europea subraya que la seguridad jurídica y la cosa juzgada son límites al efecto útil de la Directiva 93/13 (§ 68). Cabe sostener que *ni podrá cambiarse el sentido de sentencias ya firmes* que ordenaron la devolución sólo desde el 9 de mayo de 2013 (*ex art. 222 LEC*), *ni procede el recurso de revisión* pues no se dan los motivos del art. 510 LEC (que contempla revisión por sentencias posteriores del TEDH, pero no del TJUE; en este sentido, STS 18 febrero 2016), *ni, probablemente, pueda darse curso* al nuevo procedimiento entablado por *quienes en su demanda no plantearon la retroactividad* sino que, aquietándose a la jurisprudencia del TS pidieron el desembolso de los pagos indebidos satisfechos, pues lo impediría el art. 400.2 LEC. Mucho más dudosa es la *eficacia o ineficacia de los pactos entre consumidor y entidad financiera por los que aquél renunció a ejercer futuras acciones* para reclamar las cantidades anteriores a 2013 a cambio de ciertas ventajas, compensaciones o pagos parciales por parte del banco (algunas SAPs anteriores a esta STJUE ya consideraron nulas tales renunciaciones y novaciones, incluso formalizadas ante Notario: *vid. ad ex.* SAP Zaragoza [sec. 5<sup>a</sup>] 22 noviembre 2016 o SAP Palencia 14 noviembre 2016).

27. En tercer lugar, ¿puede exigirse responsabilidad patrimonial al Estado español por infracción del Derecho de la Unión Europea por el Tribunal Supremo? A mi entender la *respuesta debe ser negativa*, porque éste no consumó una “violación del Derecho de la Unión suficientemente caracterizada” ni se produjo “desconocimiento manifiesto” de la jurisprudencia del TJUE, pues éste se pronuncia por primera vez en esta STJUE 21 diciembre 2016 sobre el alcance mínimo de la ineficacia de las cláusulas abusivas, interpretando novedosamente el “no vincularán” y además liga el control de transparencia (arts. 4.2 y 5) con la abusividad (arts. 3 y 6) de manera hasta la fecha elusiva, aunque seguramente no podrá decirse lo mismo a partir del dictado de la STJUE 26 enero 2017 (*Banco Primus*), de cara a las próximas SSTS sobre la materia. Así se infiere de la jurisprudencia del TJUE desde la sentencia 30 septiembre 2003 (*Köbler*)<sup>41</sup> a

<sup>40</sup> STJUE 16 enero 2014, *Constructora Principado SA y José Ignacio Menéndez Álvarez*, asunto C-226/12.

<sup>41</sup> STJCE 30.9.2003, *Gerhard Köbler c. República de Austria*, asunto C-224/01. El desarrollo de la doctrina del TJUE sobre la responsabilidad del Estado-Juez se fue consolidando con la STJUE 13.6.2006, *Traghetti del Mediterraneo SpA c. República Italiana*, asunto C-173/03; STJUE 24.11.2011, *Comisión Europea c. República Italiana*, asunto C-379/10; STJUE 9.9.2015, *João Filipe Ferreira da Silva e Brito y otros c. Estado portugués*, asunto C-160/14; STJUE 6.10.2015, *Dragoș Constantin Târșia c. Statul român y Serviciul public comunitar regim permise de conducere si inmatriculare a autovehiculelor*, asunto C-69/14). A los tres requisitos tradicionales sobre la responsabilidad del Estado-legislador diseñados por la STJUE 19 noviembre 1991 (*Andrea Francovich c. República italiana, Bonifaci y otros c. República italiana*, asuntos acumulados C-6/90 y C-9/90), esto es, que la norma europea vulnerada confiera derechos a los particulares, que la infracción esté suficientemente caracterizada y que exista causalidad directa entre infracción y perjuicio (un examen reciente sobre esos tres requisitos puede verse en E, GUICHOT, “La responsabilidad del Estado legislador por infracción del Derecho de la Unión Europea en la juris-

la sentencia 28.7.2016 (*Tomášová*)<sup>42</sup>; precisamente en esta última no aplicar el tribunal de última instancia en 2008 el control de oficio de cláusulas abusivas no se considera violación del Derecho de la UE por entender que la jurisprudencia del TJUE sobre ello se consolidó en 2009. Lo mismo cabría decir con esta STJUE 21 diciembre 2016 sobre ineficacia y transparencia, y más evidente resulta que no había jurisprudencia reiterada con la lectura de las conclusiones del AG MENGOZZI, que suponen –en sus afirmaciones sobre el carácter “neutro” de los conceptos del art. 6.1, la ausencia de pronunciamiento anterior del TJUE y la, a su juicio, incompetencia del TJUE para pronunciarse sobre el art. 6.1 (y la incompetencia, a nuestro juicio, no sobre esto, sino sobre su ligazón con el art. 4.2)–, un importante refuerzo argumental a la inexigibilidad de responsabilidad estatal por esta causa. El art. 32.5 de la Ley 40/2015 plasmó los requisitos de la jurisprudencia europea respecto al Estado-*legislador*, por lo que no sería aplicable a este supuesto; la vía del art. 32.7 de esa Ley, sobre la responsabilidad “por el funcionamiento de la Administración de Justicia” remite a los arts. 292 a 296 LOPJ, en los que, además de haber de aplicar de nuevo la “caracterización suficiente” de la infracción, existen distintos obstáculos adicionales que hacen improbable que esa pretensión de responsabilidad prosperara a favor de los consumidores.

28. En cuarto lugar, el *Tribunal Supremo* tendrá que cambiar su jurisprudencia y ajustar sus argumentos, presumiblemente, a la abusividad ponderada que, según el TJUE, deriva del control de transparencia, incluida, por supuesto, la retroactividad plena de la ineficacia. Posiblemente sería mejor y cumpliría tanto el principio de equivalencia y como el de efectividad llegar a la misma vía de la ineficacia *ex tunc* mediante la no incorporación de la cláusula suelo que no se redactó de manera clara y comprensible, entendiéndose igualmente la comprensibilidad en un sentido amplio, material y no meramente literal o formal; aunque tanto la STJUE 21 diciembre 2016 (*Gutiérrez Naranjo*) como la STUE 26 enero 2016 (*Banco Primus*), al perfilar novedosamente el control de transparencia y establecer que esto corresponde al TJUE y no a los Estados Miembros (con la grave sospecha de actuar *ultra vires*, como se sostiene en este comentario), han introducido una dificultad sobrevenida a ese planteamiento, no sólo en España, sino también en otros Estados miembros.

29. En nuestro contexto, sin embargo, no sólo hay que apuntar hacia el Tribunal Supremo al evaluar el desconcierto en esta materia en los últimos años; el TS ha bregado como ha podido con lagunas legislativas y con temas especialmente complicados sobre los que no había una construcción definida del TJUE en todos los aspectos. Sino que especialmente hay que *exigir a un legislador español negligente y silente* que ni transpuso el art. 4.2 ni actuó para aclarar sus puntos capitales ni antes ni después de las SSTS de 2013 y 2015, pudiendo (véase la inane reforma del art. 80 TR-LGDCU por ley 3/2014 sobre el tamaño mínimo de la letra en los contratos de adhesión) *que se ponga a trabajar*, con el debido sosiego, reflexión y debate, pero sin pausa, sobre tantos aspectos de difícil política legislativa relacionados con las cláusulas abusivas. Sólo así se inyectará seguridad jurídica (con “transparencia”) en un sistema que tan necesitado anda de ella. Otros legisladores de nuestro contexto próximo, como el Reino Unido (*Consumer Rights Act 2015*) y Francia (reforma del *Code* en 2016) han abordado recientemente algunas de estas cuestiones. ¿No es tiempo de hacerlo aquí?

---

prudencia y en la legislación españolas a la luz de los principios de equivalencia y efectividad”, *Revista Española de Derecho Europeo*, 60, octubre-diciembre 2016, pp. 40-101), el *corpus* jurisprudencial citado añadió que el órgano jurisdiccional infractor haya de ser aquel que resuelva en última instancia (v. gr., STJCE 30 septiembre 2003, *Köbler*, §§ 33 y 52 y STJUE 28 julio 2016, *Tomášová*, § 23, nota siguiente). Como se puede apreciar, salvo el requisito de la caracterización suficiente de la infracción, el resto de requisitos se dan respecto a las SSTS sobre las cláusulas suelo.

<sup>42</sup> STJUE 28.7.2016, *Milena Tomášová c. Ministerstvo spravodlivosti SR, Pohotovost’ s. r. o.*, con intervención de *Združenie na ochranu občana spotrebiteľa HOOS*, asunto C-168/15. Según esta sentencia, “**únicamente** puede constituir una violación suficientemente caracterizada del Derecho de la Unión, de la que pueda derivarse tal responsabilidad, *cuando*, mediante esa resolución, *dicho órgano jurisdiccional* [que resuelve en última instancia] *ha infringido manifiestamente el Derecho aplicable*, o en caso de que esta violación *se haya producido a pesar de existir una jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia en la materia*”.