

## **Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 4ª, Auto de 17 Jul. 2015, Rec. 411/2014**

PRÉSTAMO HIPOTECARIO. Nulidad por abusiva de la cláusula suelo. ¿ tiene carácter retroactivo ¿ : CUESTIONES PREJUDICIALES. Interpretación de los arts. 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores.

**Planteamiento de la cuestión.** Este tribunal debe resolver sobre la eficacia retroactiva que se otorga a la nulidad por su carácter abusivo por falta de transparencia de una condición general incorporada en los contratos celebrados con consumidores. En esta situación se nos plantea si resulta compatible con la normativa comunitaria tuteladora de los derechos de los consumidores y, concretamente, con los art. 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores (DO L 95, 21.4.93, p. 29), el criterio según el cual la nulidad de la cláusula no supone la eliminación de todos los efectos de la misma, como si nunca se hubiera 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. En el supuesto que nos ocupa, ello se traduce 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.

El art. 1.303 del Código Civil) cuya redacción es "**declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes**"

Cuando la nulidad afecta a una concreta cláusula, si esta cláusula viene referida a una parte esencial del contrató, la nulidad se extiende a todo el contrato, con los mismos efectos retroactivos anteriores, eliminándose cualquier consecuencia del mismo.

Sin embargo, puede que la nulidad de una concreta cláusula no afecte a la validez y subsistencia del contrato por no verse afectado un elemento esencial del mismo. Respecto a los efectos de la nulidad de la cláusula, serán los generales establecidos en el art. 1.303 del Código Civil, esto es, la restitución de las prestaciones y eliminación de los efectos de dicha cláusula.

En Santander, a 17 de julio del 2015.

Procedimiento Ordinario 459 / 2013 - 00 JUZGADO MERCANTIL N° 1 de Santander

**Proc.: RECURSO DE APELACIÓN N° 411 / 2014**

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El 13 de noviembre de 2013, la Procuradora doña Henar Calvo Sánchez en nombre y representación de don (...) interpuso demanda de juicio ordinario contra LIBERBANK, S.A. dirigida al Juzgado de lo Mercantil de Santander, ejercitando una acción individual de nulidad de condición general de la contratación, basándose en que concertó con la demanda un préstamo con garantía hipotecaria sobre el inmueble destinado a servir como vivienda habitual en el que se incluyó una cláusula suelo-techo en relación con los intereses de carácter abusivo, solicitando que se dictara sentencia por la que se declarase la nulidad de la estipulación tercera bis del contrato de préstamo litigioso en lo que respecta a los límites mínimo del 3% y máximo del 12%, manteniéndose la vigencia de las restantes estipulaciones y que se condenase a la entidad bancaria demandada a eliminar del contrato litigioso la condición expresada así como a devolver al actor las cantidades cobradas indebidamente en aplicación de dicha cláusula, con los intereses legales desde la fecha de cada cobro, a determinar en ejecución de sentencia sobre la base de recalcular los intereses, a amortizar en el préstamo la cantidad que se determine y a recalcular de forma efectiva el cuadro de amortización del préstamo desde su constitución.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la demanda se dio traslado de la misma a LIBERBANK, S.A. para su contestación, lo que hizo mediante escrito presentado el 21 de febrero de 2014 en el que se oponía a la demanda negando el carácter abusivo de la cláusula.

**TERCERO.-** Citadas las partes a la audiencia previa, se celebró ésta, donde tras no alcanzar las partes un acuerdo, se procedió a la proposición y admisión de prueba, citándose a las partes al acto del juicio.

**CUARTO.-** El día señalado, se celebró el juicio donde se practicaron las pruebas propuestas y admitidas y las partes formularon sus conclusiones.

**QUINTO.-** El 25 de junio se dictó sentencia por el Juzgado estimatoria de la demanda, en la que se declaró la nulidad de la cláusula techo-suelo contenida en la cláusula tercera bis del contrato de préstamo hipotecario suscrito entre las partes el 24 de junio de 2010 en lo que respecta a los límites del 3% y máximo del 12%, manteniéndose la vigencia del resto de sus estipulaciones, y se otorgó eficacia retroactiva a dicha nulidad, condenando a la demandada a eliminar dicha condición general del referido contrato y a devolver al actor las cantidades cobradas indebidamente en aplicación de la misma con los intereses legales desde la fecha de cada cobro. Igualmente, se condenó al pago de las costas procesales a la demandada.

**SEXTO.-** LIBERBANK, S.A. interpuso recurso de apelación del que conoce esta sección de la Audiencia Provincial. En él se impugnaba la condena al pago de las costas procesales por considerarla indebida. Junto a ello, se invocaba el indebido otorgamiento de carácter retroactivo de la nulidad al amparo de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. D. (...) se opuso al recurso de apelación por considerar ajustada a derecho la resolución recurrida.

**SÉPTIMO.-** Recibidos los autos en este Tribunal, se acordó que la Sala quedaría formada por los Ilmos. Srs. Magistrados Dña. María José Arroyo García, D. Marcial Helguera Martínez y Dña. María del Mar Hernández Rodríguez, designándose a esta última como ponente y señalándose como fecha para la deliberación y votación el 19 de mayo de 2015.

**OCTAVO.-** El 19 de mayo de 2015 se inició la deliberación del recurso, surgiendo a esta Sala dudas sobre la interpretación de una norma de derecho comunitario, acordándose por ello mediante providencia de dicha fecha la interrupción de la deliberación, suspensión de las actuaciones y audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal sobre la conveniencia de plantear esta cuestión prejudicial. Por el Ministerio Fiscal y don (...) se presentaron sendos escritos favorables, haciéndolo en sentido contrario LIBERBANK, S.A.

**NOVENO.-** LIBERBANK, S.A. presentó el 5 de junio de 2015 escrito desistiendo del recurso. Por providencia de 15 de junio de 2015 se acordó esperar a que se alzase la suspensión de los autos tras la resolución, "en su caso, de la cuestión prejudicial, para dar trámite a la petición de desistimiento, con la audiencia a la parte contraria, no aceptándose por ello el desistimiento, lo que no fue recurrido por LIBERBANK, S.A. que se aquietó a la no aceptación de su desistimiento.

**DÉCIMO.-** Siendo firme la providencia de 15 de junio de 2015, procedemos a dictar la presente resolución.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** El artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) faculta a cualquier órgano jurisdiccional para presentar al Tribunal de Justicia de la Unión Europea peticiones de decisión prejudicial sobre la interpretación de los Tratados o sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión cuando si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo y resolver el litigio que esté conociendo. La cuestión que se somete al Tribunal de Justicia versa sobre la interpretación de una norma de derecho comunitario, necesaria para la resolución de la cuestión litigiosa de la que este Tribunal está conociendo en segunda instancia. En concreto, sobre la interpretación de los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de

abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores (DO L 95, 21.4.93, p. 29).

**SEGUNDO.- Resumen del litigio.** El 24 de junio de 2010 LIBERBANK, S.A. y don (...) concertaron un préstamo por un principal de 97.000 euros, a devolver en 300 cuotas, con una garantía hipotecaria sobre un inmueble destinado a servir de vivienda habitual de don (...). Se fijó como tipo de interés para el primer año el 3%. Para los ciclos siguientes se incluyó como estipulación tercera bis una cláusula suelo-techo según la cual "el tipo de interés nominal aplicable en los posteriores ciclos se calculará mediante la adición al tipo de referencia de un diferencial de cero con noventa (0,90) puntos, con unos límites máximo y mínimo del doce por ciento (12%) y tres por ciento (3%) nominal anual, respectivamente".

El 13 de noviembre de 2013, don (...) presentó una demanda dirigida al Juzgado de lo Mercantil de Santander en ejercicio de una acción de nulidad de condición general de la contratación relativa a la referida estipulación tercera en lo referente a los límites mínimos y máximos, interesando que se condenase a la entidad bancaria a eliminar del contrato litigioso dicha condición y a devolver al demandante las cantidades obtenidas indebidamente en aplicación de dicha cláusula con los intereses legales desde la fecha de cada cobro, a determinar en ejecución de sentencia sobre la base de recalculando los pagos que hubiese tenido que efectuar el actor sin la cláusula declarada nula, condenando a la demandada a reintegrar al actor lo obtenido en exceso en concepto de intereses, a amortizar en el préstamo la cantidad que se determine y a recalculando de forma efectiva el cuadro de amortización del préstamo desde su constitución y que regirá en lo sucesivo hasta su final.

LIBERANK. S.A. se opuso a la demanda y solicitó su desestimación.

El Juzgado dictó sentencia estimando íntegramente la demanda, declarando la nulidad de la condición general de la contratación contenida en la cláusula segunda del contrato de préstamo con garantía hipotecaria, de conformidad con el art. 8 de la Ley de Condiciones Generales de te. Contratación, en cuanto a la fijación de un suelo o límite mínimo a la variabilidad del tipo de interés. A su vez, otorgando eficacia retroactiva a dicha nulidad, condenó a LIBERBANK a devolver al actor las cantidades cobradas indebidamente en aplicación de dicha cláusula con sus intereses legales desde la fecha del cobro, a determinar en ejecución de sentencia sobre la base de los pagos que hubiese tenido que efectuar el actor sin la cláusula declarada nula.

LIBERBANK. S.A. interpuso recurso de apelación en el que se impugnaba los efectos que en la sentencia recurrida se otorgaba a la nulidad, por considerar que no debían darse con efecto retroactivo, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

**TERCERO.- Normativa nacional y jurisprudencia interpretativa.** La Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (en su artículo 8 establece que:

**"1. Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.**

**2. En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios".**

A su vez, el art. 9 continúa señalando que:

**"1. La declaración judicial de no incorporación al contrato o de nulidad de las cláusulas de condiciones generales podrá ser instada por el adherente de acuerdo con las reglas generales reguladoras de la nulidad contractual.**

**2. La sentencia estimatoria, obtenida en un proceso incoado mediante el ejercicio de la acción individual de nulidad o de declaración de no incorporación, decretará la nulidad o no incorporación al contrato de las cláusulas generales afectadas y aclarará la eficacia del contrato de acuerdo con el artículo 10, o declarará la nulidad del propio contrato cuando la nulidad de aquellas o su no incorporación afectara a uno de los elementos esenciales del mismo en los términos del artículo 1261 del Código Civil".**

En último lugar, en cuanto a los efectos, el art. 10 establece que:

**"1. La no incorporación al contrato de las cláusulas de las condiciones generales o la declaración de nulidad de las mismas no determinará la ineficacia total del contrato, si éste puede subsistir sin tales cláusulas, extremo sobre el que deberá pronunciarse la sentencia.**

**2. La parte del contrato afectada por la no incorporación o por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y disposiciones en materia de interpretación contenidas en el mismo".**

La segunda norma viene dada por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias). Su artículo 83, según la redacción dada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, establece que "Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el

Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas". Según la redacción inicial de este artículo - 20555&b=125&tn=1&p=20071130):

**"1. Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas.**

**2. La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1.258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva.**

**A estos efectos, el Juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor y usuario.**

**Sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá el Juez declarar la ineficacia del contrato".**

La tercera norma nacional aplicable es el art. 1.303 del Código Civil cuya redacción es **"declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes".**

Según el art. 1.303 del Código Civil los efectos de la nulidad de los contratos y, en su caso, de la nulidad de una concreta cláusula contractual siempre que ello suponga la nulidad del contrato, será la restitución recíproca de las prestaciones, eliminando todas los efectos del mismo, con carácter retroactivo o ex tunc, de manera que los contratantes deben resultar indemnes, eliminándose cualquier atisbo de eficacia del contrato. Cuando la nulidad afecta a una concreta cláusula, si esta cláusula viene referida a una parte esencial del contrato, la nulidad se extiende a todo el contrato, con los mismos efectos retroactivos anteriores, eliminándose cualquier consecuencia del mismo.

Sin embargo, puede que la nulidad de una concreta cláusula no afecte a la validez y subsistencia del contrato por no verse afectado un elemento esencial del mismo. A su vez, cuando se declare la nulidad de una cláusula abusiva inserta en un contrato celebrado con consumidores, rige el principio general de conservación de los contratos al establecerse que el contrato seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas.

Respecto a los efectos de la nulidad de la cláusula, serán los generales establecidos en el art. 1.303 del Código Civil, esto es, la restitución de las prestaciones y eliminación de los efectos de dicha cláusula.

El Tribunal Supremo se ha pronunciado en dos ocasiones sobre los efectos de la declaración de nulidad de las denominadas cláusulas suelo al resolver, respectivamente, una acción colectiva de cesación y una individual de nulidad. En ambos casos sentó el criterio de la no retroactividad o retroactividad limitada de la nulidad de la cláusula.

En el primer caso, la Sentencia del Pleno la Sala Primera del Tribunal Supremo número 241/2013, de 9 de mayo de 2013 (<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=TS&reference=6703660&links=clausula%20suelo&optimize=20130510&publicinterface=true>) al resolver un recurso de casación interpuesto en el seno de un procedimiento cuyo objeto era el ejercicio de una acción colectiva de cesación de condiciones generales de la contratación, interesando que se declarase la nulidad por su carácter abusivo de la cláusula suelo incluida en los contratos de préstamo con interés variable celebrado con consumidores. El Tribunal Supremo declaró la nulidad de las cláusulas suelo objeto del litigio, y condenó a las entidades demandadas a eliminar dichas cláusulas de los contratos en los que se insertan y a cesar en su utilización, declarando no haber lugar a la retroactividad de la sentencia y que no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de la sentencia.

Posteriormente, la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo nº139/2015, de 25 de marzo de 2015, (<http://www.poderjudicial.es/search/documento/TS/7350902/Clausulas%20abusivas/20150417>) resolvió un recurso de casación interpuesto en el seno de un procedimiento cuyo objeto era el ejercicio de una acción individual de nulidad de una cláusula suelo idéntica a la que fue objeto de la acción colectiva de cesación resuelta por la Sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013. Apreciado el carácter abusivo de la cláusula por la falta de transparencia, en esta sentencia se limitaron los efectos retroactivos de la nulidad a la fecha de publicación de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, limitando los efectos de restitución derivados de la nulidad de la cláusula suelo a los pagos de intereses efectuados en aplicación de la misma a partir de la publicación de dicha sentencia, justificándolo en la buena fe y en el riesgo de trastorno grave del orden público.

En primer lugar señalaba que "Respecto del trastorno grave del orden público económico la sentencia de la Sala en la letra "K" del párrafo 293 afirma 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.**" Pretender que en la acción individual no se produzca mentado 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".

Junto a ello, en relación con la buena fe, se establece en dicha Sentencia de 25 de marzo de 2015 que "se puede concluir que a partir de la fecha de publicación de la sentencia del pleno del 9 mayo 2013 no es posible ya la alegación de buena fe por los círculos interesados, pues esta sentencia abre los ojos y las mentes de las partes contratantes, pudiendo éstas indagar y esclarecer si las cláusulas suelo insertas en contratos de préstamo 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 parágrafo 225 de la sentencia. Si adoleciesen de tal insuficiencia y fuesen declaradas abusivas por ese concreto motivo, que no por otro ajeno a este debate, las sentencias tendrán efecto retroactivo desde la fecha de publicación de la sentencia de 9 mayo 2013, reiteradamente citada y sobre cuya clarificación nos pronunciamos a efectos de la debida seguridad jurídica; fecha que fue la fijada en ella en orden a la irretroactividad declarada". Dicha buena fe de la entidad bancaria la apreciaba, al igual que en la anterior sentencia de 9 de junio de 2013, atendiendo a que "La Sala atiende a una serie de argumentos de los que colige, a la fecha de la sentencia, la buena fe de los círculos interesados y que como tales valora, a saber:

**"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 de riesgo de tipos de intereses 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 al 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."**

Los anteriores argumentos, a los efectos aquí enjuiciados, se compadecen con una concepción psicológica de la buena fe, por ignorarse que la información que se suministraba no cubría en su integridad la que fue exigida y fijada posteriormente por la SIS de 9 de mayo de 2013; ignorancia que a partir de esta sentencia hace perder a la buena fe aquella naturaleza, pues una mínima diligencia permitía conocer las exigencias jurisprudenciales en materias propias del objeto social.

6. La conjunción de tales elementos es la que motivó la conclusión de la Sala contenida en el párrafo cuando declaró la irretroactividad de la presente sentencia, de tal forma que la nulidad de las cláusulas no afectará a las situaciones definitivamente decididas por soluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013".

Dos magistrados de la Sala Primera del Tribunal Supremo formularon un voto particular favorable al pleno efecto devolutivo, propugnando la no limitación de los efectos retroactivos de la nulidad de la cláusula por la declaración de abusividad de la misma debido a su falta de transparencia.

**CUARTO.- Derecho comunitario.** La Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores cuyo propósito es "**aproximar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores**" según se establece en su artículo 1.

En concreto, el art. 6 según el cual:

**"1. Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas.**

**2. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que el consumidor no se vea privado de la protección que ofrece la presente Directiva por el hecho de haber elegido el derecho de un Estado tercero como derecho aplicable al contrato cuando el contrato mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro de la Comunidad".**

El artículo 7 establece que:

**"1. Los Estados miembros velarán por que, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores.**

**2. Los medios contemplados en el apartado 1 incluirán disposiciones que permitan a las personas y organizaciones que, con arreglo a la legislación nacional, tengan un interés legítimo en la protección de los consumidores, acudir según el derecho nacional a los órganos judiciales o administrativos competentes con el fin de que éstos determinen si ciertas cláusulas contractuales, redactadas con vistas a su utilización general, tienen carácter abusivo y apliquen los medios adecuados y eficaces para que cese la aplicación de dichas cláusulas.**

**3. Los recursos mencionados en el apartado 2 podrán dirigirse, respetando la legislación nacional, por separado o conjuntamente contra varios**

**profesionales del mismo sector económico o contra sus asociaciones que utilicen o recomienden que se utilicen las mismas cláusulas contractuales generales o cláusulas similares".**

En cuanto a la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, citamos las sentencias de 26 de abril de 2012, Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság e Invitel Távközlési Zrt, de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, S.A. y Joaquín Calderón Camino (Asunto C-618/10) y 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb AG contra Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen eV.

**QUINTO.- Planteamiento de la cuestión.** Este tribunal debe resolver sobre la eficacia retroactiva que se otorga a la nulidad por su carácter abusivo por falta de transparencia de una condición general incorporada en los contratos celebrados con consumidores. En esta situación se nos plantea si resulta compatible con la normativa comunitaria tuteladora de los derechos de los consumidores y, concretamente, con los art. 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores (DO L 95, 21.4.93, p. 29), el criterio según el cual la nulidad de la cláusula no supone la eliminación de todos los efectos de la misma, como si nunca se hubiera 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. En el supuesto que nos ocupa, ello se traduce 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.

En segundo lugar, nos surge la duda de si es compatible con los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13 y la jurisprudencia comunitaria que los interpreta relativa a la prohibición de integrar las cláusulas abusivas (STJUE de 14 de junio de 2002, 21 de febrero de 2013 y 21 de enero de 2015), el mantenimiento de los efectos desplegados por la cláusula declarada nula por abusiva por falta de transparencia, desde la celebración del contrato hasta el momento en que se fijan los efectos de dicha nulidad.

Consideramos que de seguirse este criterio e interpretar que la no vinculación de un cláusula de los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13, articulada a través de la nulidad de la condición general de la contratación por su carácter abusivo, puede tener efectos limitados en el tiempo, supone un trato perjudicial para el consumidor. En concreto, la irretroactividad de la nulidad de la cláusula suelo supone que la misma despliegue su eficacia, en perjuicio del consumidor, durante el periodo de tiempo transcurrido desde la celebración del contrato hasta aquél en el que se fija el comienzo de los efectos restitutorios.

Por otro lado, en tercer lugar, a este Tribunal le surge la duda de si es posible 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 la buena fe.

De ser positiva la respuesta a la cuestión anterior, nos planteamos si es compatible con la Directiva 93/13, la valoración abstracta de dicho riesgo de trastorno grave con trascendencia al orden público económico, pudiendo ser presumido, o si han de analizarse las específicas circunstancias y datos concretos concurrentes.

A su vez, cuando se trate del ejercicio de una acción individual de nulidad de una cláusula abusiva, si el riesgo de trastorno grave con trascendencia al orden público económico ha de valorarse atendiendo a la repercusión económica de la concreta acción individual ejercitada por el consumidor o tomando en consideración los efectos económicos que tendría el posible y potencial ejercicio de una acción individual por un gran número de consumidores afectados de afectados.

el art. 1.303 del Código Civil (<http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>) cuya redacción es "**declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes**".

Según el art. 1.303 del Código Civil los efectos de la nulidad de los contratos y, en su caso, de la nulidad de una concreta cláusula contractual siempre que ello suponga la nulidad del contrato, será la restitución recíproca de las prestaciones, eliminando todas los efectos del mismo, con carácter retroactivo o ex tunc, de manera que los contratantes deben resultar indemnes, eliminándose cualquier atisbo de eficacia del contrato. Cuando la nulidad afecta a una concreta cláusula, si esta cláusula viene referida a una parte esencial del contrato, la nulidad se extiende a todo el contrato, con los mismos efectos retroactivos anteriores, eliminándose cualquier consecuencia del mismo.

Sin embargo, puede que la nulidad de una concreta cláusula no afecte a la validez y subsistencia del contrato por no verse afectado un elemento esencial del mismo. A su vez, cuando se declare la nulidad de una cláusula abusiva inserta en un contrato celebrado con consumidores, rige el principio general de conservación de los contratos al establecerse que el contrato seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas.

Respecto a los efectos de la nulidad de la cláusula, serán los generales establecidos en el art. 1.303 del Código Civil, esto es, la restitución de las prestaciones y eliminación de los efectos de dicha cláusula.

El Tribunal Supremo se ha pronunciado en dos ocasiones sobre los efectos de la declaración de nulidad de las denominadas cláusulas suelo al resolver, respectivamente, una acción colectiva de cesación y una individual de nulidad. En ambos casos sentó el criterio de la no retroactividad o retroactividad limitada de la nulidad de la cláusula.

En último lugar, nos planteamos a su vez si es posible realizar una valoración en abstracto del requisito de la buena fe admitido como justificativo de los efectos limitados de la retroactividad derivada de la no vinculación de una condición o si es preciso efectuar una valoración de las circunstancias de hecho concurrentes en cada uno de los litigios que se promueva relativos a la nulidad de una condición general de la contratación por abusiva. Esto es, si se trata de un concepto valorable y apreciable en abstracto o si, por el contrario, ostenta un carácter relativo íntimamente vinculado con la actuación en la específica contratación. En concreto, nos planteamos si es compatible dicha: jurisprudencia comunitaria interpretativa de los artículos 6 y 7 de la Directiva, con la valoración de la concurrencia del requisito de buena fe con carácter general y aplicable a todas las relaciones contractuales en las que sea parte un consumidor y se encuentre inserta una cláusula nula por abusiva, o si, por el contrario, resulta preciso que se valore en cada uno de los supuestos específico y acciones ejercitadas la conducta concreta del profesional en la contratación e inserción de la cláusula en el contrato.

Consideramos que de admitirse la exclusión de la plenitud de efectos retroactivos de la nulidad de una cláusula contractual en un contrato suscrito con los consumidores por la concurrencia riesgo de trastorno grave con trascendencia al orden público y buena fe, la protección del consumidor justifica que cuando se trate de una acción individual el examen de estos requisitos sea relativo, atendiendo a la concreta relación contractual. En primer lugar, respecto al riesgo de trastorno, de apreciarse atendiendo a todas las potenciales acciones individuales que pudieran ejercitarse, supondría la evaluación de un riesgo potencial que no tiene porque llegar a materializarse, en tanto que el presupuesto necesario sería el ejercicio de dicha multitud de acciones y su estimación. Frente a ello, podría apreciarse que la trascendencia económica real del 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 general.

Junto a ello, entendemos que una valoración abstracta de la buena fe, que no tenga en cuenta la concreta actuación del profesional al insertar en el contrato la cláusula suelo y al informar al consumidor sobre su alcance y significado, supondría beneficiar al profesional que con su conducta y actuación propició la nulidad por abusiva de la cláusula debido a la falta de transparencia por él ocasionada, en perjuicio del consumidor.

Por lo anterior, formulamos 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, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, la limitación de los 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, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, 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, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, 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 al orden público económico y de buena fe?

4. De ser afirmativa la respuesta a la anterior cuestión, cuando se ejercita una acción individual de nulidad de una cláusula abusiva inserta en un contrato celebrado con consumidores, ¿es compatible con los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores-, 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 económicos de los que se extraiga la repercusión macroeconómica del otorgamiento de efectos retroactivos a la nulidad de una cláusula abusiva?

5. A su vez, cuando se ejercita una acción individual de nulidad de una cláusula abusiva inserta en un contrato celebrado con consumidores, ¿es compatible con los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, la valoración del riesgo de trastorno grave con trascendencia al orden económico atendiendo a los efectos económicos que tendría el potencial ejercicio de una acción individual por un gran número de consumidores? O, por el contrario, ¿ha de valorarse atendiendo a la repercusión económica para la economía de la concreta acción individual ejercitada por el consumidor?

6. De ser afirmativa la respuesta a la cuestión tercera, ¿es compatible con los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, la valoración abstracta de la conducta de cualquier profesional para apreciar la buena fe?

7. 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 art. 6 de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores?

**SEXTO.- PROCEDIMIENTO ACELERADO** Al amparo del artículo 105.1 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, interesamos que se aplique el procedimiento acelerado, atendiendo al ingente número de afectados. La denominada cláusula suelo 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 años.

Por ello, consideramos que el seguimiento del trámite acelerado facilitaría la temprana solución de los litigios pendientes y otorgaría la necesaria seguridad jurídica.

Vistos los artículos señalados y demás de pertinente y general aplicación, en ejercicio de la potestad jurisdiccional que nos ha conferido la Constitución Española, y en nombre de su Majestad El Rey

#### **PARTE DISPOSITIVA**

La Sala decide plantear ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea 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, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, la limitación de los 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, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, 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, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, 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 al orden público económico y de buena fe?

4. De ser afirmativa la respuesta a la anterior cuestión, cuando se ejercita una acción individual de nulidad de una cláusula abusiva inserta en un contrato celebrado con consumidores, ¿es compatible con los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, 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 económicos de los que se extraiga la repercusión macroeconómica del otorgamiento de efectos retroactivos a la nulidad de una cláusula abusiva?

5. A su vez, cuando se ejercita una acción individual de nulidad de una cláusula abusiva inserta en un contrato celebrado con consumidores, ¿es compatible con los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, la valoración del riesgo de trastorno grave con trascendencia al orden económico atendiendo a los efectos económicos que tendría el potencial ejercicio de una acción individual por un gran número de consumidores? O, por el contrario, ¿ha de valorarse atendiendo a la repercusión económica para la economía de la concreta acción individual ejercitada por el consumidor?

De ser afirmativa la respuesta a la cuestión tercera, ¿es compatible con los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, 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 art. 6 de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores?

Se interesa al Tribunal de Justicia de la Unión Europea la tramitación por el procedimiento acelerado.

Se mantiene la suspensión del procedimiento hasta que por el Tribunal de Justicia se de respuesta a las cuestiones planteadas.

Remítase al Tribunal de Justicia testimonio de la presente resolución, de la demanda, contestación, sentencia, recurso de apelación y oposición a la apelación, por medio de correo certificado con acuse de recibo, a fin de que previa admisión a trámite, de respuesta a las mismas.

Remítase copia de esta resolución al Servicio de Relaciones internacionales del Consejo General del Poder Judicial.



Notifíquese a las partes y al Ministerio Fiscal, haciéndoles saber que esta resolución es firme y que contra ella no cabe recurso alguno.

Así lo acuerdan mandan y firman los Ilmos. Sres.