



Roj: **AAP C 1/2016 - ECLI:ES:APC:2016:1A**

Id Cendoj: **15078370062016200001**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Santiago de Compostela**

Sección: **6**

Fecha: **04/01/2016**

Nº de Recurso: **99/2014**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **SANDRA MARIA IGLESIAS BARRAL**

Tipo de Resolución: **Auto**

Resoluciones del caso: **AAP C 1/2016,**  
**SAP C 1220/2017,**  
**PTJUE 307/2017**

AUD. PROVINCIAL SECCIÓN N. 6 (DESPL) de A CORUÑA

S40010

RÚA VIENA S/N, 4ª PLANTA, SANTIAGO DE COMPOSTELA

Tfno. 981- 54,04.70 Fax: 981- 54.04.73

N.I.G. 15078 42 1 2013 0002372

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACIÓN (LECN) 0000099 /2014

Juzgado de procedencia: XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 4 de SANTIAGO DE COMPOSTELA

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000287 /2013

Recurrente: ABANCA CORPORACIÓN BANCARIA SA

Procurador: RICARDO GARCIA-PICCOLI ATANES

Abogado:

Recurrido: María Antonieta

Procurador: CAYETANA MARÍN COUCEIRO

Abogado:

**AUTO PLANTEANDO CUESTIÓN PREJUDICIAL ANTE EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA**

Ilmos.

Presidente: D. Ángel Manuel Pantín Reigada

Magistrado: D. José Gómez Rey

Magistrada: Dª Sandra María Iglesias Barral

En Santiago de Compostela, a 4 de enero de 2016.

La sección sexta de la Audiencia Provincial de A Coruña, integrada por los expresados Magistrados, tiene pendiente de resolver el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de fecha 16 de enero de 2014 dictada por el Juzgado de primera instancia nº 4 de Santiago de Compostela en el Juicio ordinario número 287/2013.



Son partes del recurso, como apelante, la demandada, NovaGalicia Banco SA, representada por el Procurador Sr. García-Píccoli Ataíes y asistida del letrado Sr. Rivas Alejandro; y, como apelada, doña María Antonieta , representada por la procuradora Sra. Marín Couceiro y asistida de la letrada Sra. Bacariza Rey.

Es Magistrada ponente la Itma. Sra. D<sup>a</sup> Sandra María Iglesias Barral.

## OBJETO DEL LITIGIO

### EN LA PRIMERA INSTANCIA

1. En fecha 6 de mayo de 2013 doña María Antonieta presentó demanda contra Novagalicia Banco SA (en adelante, NCG Banco), antigua Caja de Ahorro de Galicia, en la que solicitaba la nulidad de la cláusula suelo o de limitación de la variabilidad del tipo de interés 3<sup>a</sup> bis contenida en el contrato de préstamo hipotecario celebrado con la entidad demandada el 3 de abril de 2009 y la restitución de la diferencia entre las cantidades pagadas en aplicación de dicha cláusula y las que hubiera pagado de no haberse insertado en el contrato. En la fecha de la demanda este diferencial ascendía a 10.392,53 euros. La actora reclamaba también los intereses legales de esta cantidad y la devengada hasta la sentencia definitiva.

2. La cláusula 3<sup>a</sup>BIS.- TIPO DE INTERÉS APLICABLE, e), decía así: "No obstante la variación pactada, el tipo de interés nominal aplicable no podrá ser inferior al cuatro con veinticinco centésimas por ciento (4,25%), ni superior al quince por ciento (15%)."

3. Doña María Antonieta fundamentó su demanda en el carácter abusivo de esta cláusula de limitación del tipo de interés por falta de reciprocidad y falta de transparencia con cita del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley general para la defensa de **consumidores** y usuarios (<http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-20555>).

4. NCG Banco se opuso a la demanda negando, en cuanto al fondo del asunto, que la cláusula suelo constituyera una condición general de la contratación, afectando a un elemento esencial del contrato como es el precio del préstamo, y negando su ilicitud o que cause un grave desequilibrio entre las prestaciones de las partes, pues se establece en beneficio de ambas, siendo posible por voluntad del **consumidor** la subrogación en la posición del acreedor de otra entidad que le ofrezca condiciones más ventajosas. La demandada sostuvo la concurrencia de buena fe en la contratación y, en todo caso, se opuso a la restitución de las cantidades percibidas, bien por causa de la irretroactividad proclamada en la Sentencia del Tribunal Supremo ( STS, en adelante), del Pleno de la Sala primera, número 241/2013, de 9 de mayo ; bien, por efecto de la integración del contrato por el órgano judicial.

5. La sentencia desestimó los argumentos de la entidad prestamista y declaró nula la cláusula suelo inserta en el contrato de préstamo con la consumidora por abusiva por falta de transparencia. En cuanto a los efectos de la nulidad, condenó a la entidad bancaria a devolver las cantidades indebidamente percibidas en virtud de dicha cláusula desde la fecha del contrato, por aplicación del artículo 1.303 del Código civil (en adelante, CC). (<http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763&p=20151006&tn=1>)

### EN APELACIÓN

6. NCG Banco interpuso recurso de apelación contra la sentencia por aplicar el artículo 1.303 del CC de forma contradictoria con la doctrina jurisprudencial establecida en la STS 241/2013, de 9 de mayo que determina la irretroactividad de los efectos de la nulidad de una cláusula suelo abusiva por falta de transparencia.

7. Doña María Antonieta se opuso al recurso alegando que la STS 241/2013, de 9 de mayo , no vincula al juzgador de instancia al resolver sobre los efectos de la nulidad en este caso concreto.

8. El objeto del litigio que se plantea a este Tribunal se refiere a la extensión que deben tener los efectos de la declaración de nulidad de la condición general en el contrato celebrado con la consumidora y la duda para resolverlo es cómo debemos interpretar 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).

Sobre la conveniencia de solicitar la decisión prejudicial interpretativa se dio audiencia las partes y al Ministerio Fiscal.

La parte demandante manifestó su conformidad con el planteamiento de la cuestión y el Ministerio Fiscal informó favorablemente.

NCG Banco, por su lado, se opuso al entender que el objeto del litigio ya había sido resuelto, con aplicación del principio de seguridad jurídica, por la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, sin que la irretroactividad de los efectos de la nulidad de la cláusula suelo suponga su moderación, y sin perjuicio de la posibilidad de



apartarse de aquella jurisprudencia con base en el voto particular formulado por dos Magistrados de la Sala primera del Tribunal Supremo en la STS 139/2015, de 25 de marzo .

## MARCO JURÍDICO

### 9. Derecho nacional

A) La ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (<http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1998-8789>):

" Artículo 8. Nulidad: 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."

"Artículo 9. Régimen aplicable: 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 ."

"Artículo 10. Efectos: 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."

B) 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 (<http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-20555>)

"Artículo 83", en la redacción vigente en la fecha del contrato:

"Nulidad de las cláusulas abusivas e integración del contrato.

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." (<http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-20555&b=125&tn=1 &p=20071130>).

El artículo 83, en su actual redacción, dice así: "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."

La modificación de la norma nacional fue realizada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, (<http://www.boe.es/boe/dias/2014/03/28/pdfs/BOE-A-2014-3329.pdf>) por las razones que expresa su Preámbulo: "En otro orden de cosas, la ley procede a dar cumplimiento a la sentencia de 14 de junio de 2012, en el asunto C -618 Banco Español de Crédito. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha interpretado la Directiva 93/13/CE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con **consumidores**, en lo que respecta al artículo 83 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los **Consumidores** y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre. En concreto, el Tribunal entiende que España no ha adaptado correctamente su Derecho interno al artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE .

El incumplimiento que el Tribunal de Justicia estima que se ha producido en relación con el artículo 83 del texto refundido, obedece a la facultad que se atribuye al juez nacional de modificar el contenido de las



cláusulas abusivas que figuran en los contratos, para integrar la parte afectada por la nulidad con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y el principio de buena fe objetiva. El Tribunal considera que dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva, pues contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen a los **consumidores**, en la medida en que dichos profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de los empresarios.

En función de ello, se modifica la redacción del citado artículo 83 del texto refundido, para la correcta transposición del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993 ."

C) Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el CC (<http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>)

"Artículo 1.303: 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."

D) La jurisprudencia del Tribunal Supremo:

La STS del Pleno de la Sala primera número 241/2013, de 9 de mayo de 2013 (<http://www.poderjudicia.les/search/documento/TS/6703660/Clausulas%20abusivas/20130510>) resolvió un recurso de casación en un procedimiento en el que una asociación de usuarios de servicios bancarios ejercitaba contra varias entidades bancadas, entre ellas BBVA SA y Caja de Ahorro de Galicia, una acción colectiva de cesación de la cláusula suelo en contratos de préstamo con interés variable celebrados con **consumidores**. Se trataba de una cláusula idéntica a la del procedimiento que nos ocupa. El Tribunal Supremo calificó la cláusula como condición general de la contratación y declaró su nulidad, por su carácter abusivo, por falta de transparencia. En cuanto a los efectos de la nulidad, la sentencia declaró la subsistencia de los contratos que contenían estas cláusulas y condenó a las entidades demandadas a eliminarlas y a cesar en su utilización. Frente a la petición del Ministerio Fiscal de que se precisase el efecto temporal de la sentencia, el Tribunal Supremo declaró la posibilidad de limitar la retroactividad de la declaración de la nulidad, como excepción a la regla general, en atención a los principios generales del derecho, en particular, el principio de seguridad jurídica, la buena fe de las entidades prestamistas y el riesgos de trastornos graves en la economía nacional. Así, la sentencia declaró que no afectaría a situaciones juzgadas con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos ya realizados en la fecha de su publicación (Fundamento de derecho décimo séptimo, páginas 52 a 55).

Respecto de la buena fe de "los círculos interesados" -la STS usa la terminología empleada en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ( STJUE) de 21 de marzo de 2013, dictada en el caso RWE Vertrieb AG, C-92/11 - se tuvo en cuenta que:

"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 (informe del Banco de España) 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."

La STS de la Sala primera número 139/2015, de 25 de marzo de 2015 (<http://www.poderjudicial.es/search/documento/TS/7350902/Clausulas%20abusivas/20150417>) resolvió un recurso de casación en un procedimiento en el que una consumidora ejercitaba frente a la entidad bancaria BBVA SA una acción individual de nulidad de una cláusula suelo de la misma clase de la declarada nula en la STS 241/2013, de 9 de mayo de 2013 . Se declaró la nulidad de la cláusula suelo con efectos retroactivos de restitución limitados, desde la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013 en adelante.

La sentencia fijó como doctrina jurisprudencial: "Que cuando en aplicación de la doctrina fijada en la sentencia de Pleno de 9 de mayo de 2013 , ratificada por la de 16 de julio de 2014, Rc. 1217/2013 y la de 24 de marzo de 2015, Rc. 1765/2013 , se declare abusiva y, por ende, nula la denominada cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo con tipo de interés variable, procederá la restitución al prestatario de los intereses que hubiese pagado en aplicación de dicha cláusula a partir de la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013 ." La justificación de esta retroactividad limitada en el tiempo estaba en la protección de la seguridad jurídica, la buena fe de la entidad bancaria demandada y el riesgo de provocar un grave trastorno del orden público en el caso de declarar la total retroactividad de la nulidad con devolución de todas las cantidades percibidas por el prestamista en virtud de la cláusula nula.

La sentencia afirma que, en caso de declarar ja nulidad con efectos desde el origen del contrato de préstamo hipotecario, se afectaría gravemente el orden público económico, pese a tratarse, en este caso, del ejercicio de una acción individual. Según señala su Fundamento de derecho noveno 4 (página 12): "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."

Respecto de la buena fe de los círculos interesados, el Fundamento de derecho noveno 5 reproduce exactamente los argumentos de la anterior sentencia de 9 de mayo de 2013 que estimó la acción colectiva.

La buena fe entendida como la ignorancia de que la información que la entidad bancaria suministraba no cubría la exigida por la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 no podía sostenerse después de publicada esta última sentencia, pues las exigencias de transparencia ya podían a partir de ese momento ser conocidas con una mínima diligencia.

Por ello, el Fundamento de derecho décimo (páginas 12 y 13) dice: "Una vez expuesta la decisión de la Sala y diseccionada su motivación, 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."

Dos magistrados de la Sala primera del Tribunal Supremo formularon voto particular sosteniendo el pleno efecto devolutivo de las cantidades pagadas desde la perfección o celebración del contrato pues en otro caso resultaría vulnerado el derecho nacional y comunitario de protección del **consumidor**.

#### 10. Derecho comunitario

- La Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con **consumidores** establece en su artículo 6 :



"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."

Según el artículo 7:

"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."

- La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

La sentencia de 14 de junio de 2012, dictada en el asunto C-618/10, Banco Español de Crédito, declaró que "El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los **Consumidores** y Usuarios y otras leyes complementarias, que atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un **consumidor**, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva."

La sentencia de 21 de marzo de 2013, dictada en el asunto C-92/11, caso RWE Vertrieb AG, señaló en los apartados 56 y siguientes:

"Sobre la limitación en el tiempo de los efectos de la presente sentencia

56 Para el supuesto de que la sentencia que se dicte tenga como consecuencia que una cláusula como la controvertida en el asunto principal no se ajusta a las exigencias del Derecho de la Unión, el Gobierno alemán, en sus observaciones escritas, ha solicitado al Tribunal de Justicia que limite en el tiempo los efectos de la sentencia, de modo que la interpretación que se haga en la misma no se aplique a las modificaciones de tarifa que hayan tenido lugar con anterioridad a la fecha en que se dicte la sentencia. RWE, que también ha formulado una petición en este sentido en sus observaciones escritas, estima que los efectos de la sentencia deberían suspenderse durante 20 meses para permitir que tanto las empresas afectadas como el legislador nacional se adapten a las consecuencias de la sentencia.

57 Para fundamentar sus peticiones, el Gobierno alemán y RWE han invocado las graves consecuencias financieras que podrían producirse respecto a un gran número de contratos de suministro de gas en Alemania, dando lugar a un déficit considerable de las empresas afectadas.

58 A este respecto, ha de recordarse que, según reiterada jurisprudencia, la interpretación que, en el ejercicio de la competencia que le confiere el artículo 267 TFUE, hace el Tribunal de Justicia de una norma de Derecho de la Unión aclara y precisa el significado y el alcance de dicha norma, tal como debe o habría debido ser entendida y aplicada desde el momento de su entrada en vigor. De ello resulta que la norma así interpretada puede y debe ser aplicada por el juez a relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de la sentencia que resuelva sobre la petición de interpretación, si además se reúnen los requisitos que permiten someter a los órganos jurisdiccionales competentes un litigio relativo a la aplicación de dicha norma (véanse, en particular, las sentencias de 2 de febrero de 1988, Blaizot y otros, 24/86, Rec. p. 379, apartado 27; de 10 de enero de 2006, Skov y Bilka, C-402/03, Rec. p. I-199, apartado 50; de 18 de enero de 2007, Brzeziński, C-313/05, Rec. p. I-513, apartado 55, y de 7 de julio de 2011, Nisipeanu, C-263/10, apartado 32).



59 Sólo con carácter excepcional puede el Tribunal de Justicia, aplicando el principio general de seguridad jurídica inherente al ordenamiento jurídico de la Unión, verse inducido a limitar la posibilidad de que los interesados invoquen una disposición por él interpretada con el fin de cuestionar relaciones jurídicas establecidas de buena fe. Para poder decidir dicha limitación, es necesario que concurren dos criterios esenciales, a saber, la buena fe de los círculos interesados y el riesgo de trastornos graves (véanse, en particular, las sentencias Skov y Bilka, antes citada, apartado 51; Brzezinski, antes citada, apartado 56; de 3 de junio de 2010, Kalinchev, C-2/09, Rec p. I-4939, apartado 50, y de 19 de julio de 2012, Rëdlihs, C-263/11, apartado 59).

60 Por lo que respecta al riesgo de trastornos graves, debe declararse, con carácter liminar, que, en este caso, la interpretación del Derecho de la Unión que hace el Tribunal de Justicia en la presente sentencia comprende el concepto de "cláusula abusiva", a que se refiere el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13, y los criterios que el juez nacional puede o debe aplicar al examinar una cláusula contractual controvertida a la luz de las disposiciones de la Directiva 93/13 teniendo en cuenta las disposiciones de la Directiva 2003/55. En efecto, incumbe al juez nacional pronunciarse, teniendo en cuenta dichos criterios, sobre la calificación concreta de una cláusula contractual particular en función de las circunstancias propias del caso (sentencias, antes citadas, VB Pénzügyi Lízing, apartado 44, e Invitel, apartado 22).

61 En estas circunstancias, las consecuencias financieras para las empresas suministradoras de gas en Alemania que hayan celebrado con los **consumidores** contratos especiales de suministro de gas natural no pueden determinarse únicamente sobre la base de la interpretación del Derecho de la Unión que hace el Tribunal de Justicia en el marco del presente asunto (véase, por analogía, la sentencia de 13 de marzo de 2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, 0 - 524/04, Rec, p. 1-2107, apartado 131).

62 En consecuencia, procede declarar que no es dable considerar que se haya acreditado la existencia de un riesgo de trastornos graves, a efectos de la jurisprudencia citada en el apartado 59 de la presente sentencia, que pudiera justificar una limitación en el tiempo de los efectos de la presente sentencia.

63 Dado que no se cumple el segundo criterio contemplado en el apartado 59 de la presente sentencia, no es necesario comprobar si concurre el requisito relativo a la buena fe de los círculos interesados.

64 De las consideraciones expuestas resulta que no procede limitar en el tiempo los efectos de la presente sentencia."

La sentencia de 30 de mayo de 2013, dictada en el asunto C-488/11, caso Dirk, declaró que: "El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no permite al juez nacional, cuando haya determinado el carácter abusivo de una cláusula penal en un contrato celebrado entre un profesional y un **consumidor**, limitarse a moderar el importe de la pena contractual impuesta por esa cláusula al **consumidor**, como le autoriza el Derecho nacional, sino que le obliga a excluir pura y simplemente la aplicación de dicha cláusula al **consumidor**." Podemos citar, además, las Sentencias del Tribunal de Justicia de 9 de noviembre de 2010, dictada por la Gran Sala, en asunto C-137/08, sobre cláusulas abusivas en contratos con **consumidores** y la necesidad de valoración de las circunstancias del caso concreto; la Sentencia de 30 de mayo de 2013, dictada en asunto C-397/11, caso J öros, sobre el principio de no vinculación del **consumidor** por la cláusula declarada abusiva; o la Sentencia de 21 de enero de 2015, dictada en los asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, sobre la prohibición de integrar las cláusulas declaradas abusivas.

#### JUSTIFICACIÓN DEL PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

11. Este Tribunal debe resolver sobre el carácter retroactivo de la nulidad, por abusiva, por falta de transparencia, de una cláusula inserta en un contrato de préstamo hipotecario celebrado con un **consumidor**. La consecuencia de afirmar dicho efecto retroactivo pleno es la obligación de la entidad bancaria prestamista de devolver todas las cantidades que indebidamente percibió por la aplicación de la cláusula declarada nula desde la celebración o perfección del contrato de préstamo. En esta situación, este Tribunal alberga dudas sobre la correcta interpretación del Derecho de la Unión.

Dado el principio de no vinculación de una cláusula nula por abusiva, la duda que se plantea a este Tribunal es si 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**, pueden interpretarse en el sentido de que permiten al juez nacional limitar los efectos retroactivos de la nulidad y si le permiten declarar que la cláusula nula por abusiva inserta en el contrato con un **consumidor** produzca sus efectos hasta una determinada fecha posterior a la celebración del contrato. O dicho en otras palabras, cuál es el alcance o extensión que debe tener el principio de no vinculación para garantizar la protección del **consumidor** en el ámbito de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993.



El artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE establece el principio de conservación del contrato que contenía la cláusula abusiva y la no vinculación por la misma al **consumidor** en los términos que establezcan los derechos nacionales respectivos. En el derecho español, el artículo 1303 del CC, ya citado, establece como consecuencia general de la nulidad la plena restitución de las prestaciones de las partes y su vuelta a la situación anterior a la aplicación de la cláusula afectada de nulidad, de manera que ésta no despliega ningún efecto, como si nunca hubiera existido.

El Tribunal Supremo español ha interpretado el principio de no vinculación en el sentido de que la cláusula abusiva por falta de transparencia debe eliminarse del contrato, que subsiste sin ella, pero sin que al **consumidor** le sean devueltas todas las cantidades que la entidad bancaria percibió por la limitación del tipo de interés en virtud de la cláusula suelo.

Cuando resuelve sobre la acción colectiva de cesación, la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 reconoce la posibilidad de excepcionar la regla general del artículo 1303 del CC para garantizar la seguridad jurídica, y con cita de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de marzo de 2013, caso RWE Vertrieb AG, determina la concurrencia en el caso concreto de los criterios de buena fe y riesgo de trastornos graves.

En la STS de 25 de marzo de 2015, para resolver el recurso de casación en el ejercicio de la acción individual por un solo **consumidor** usa los mismos argumentos para establecer la fecha de la anterior sentencia -9 de mayo de 2013- como momento hasta el cual no debe la entidad bancaria devolver los intereses indebidamente percibidos. El Tribunal Supremo entiende que el conflicto jurídico es el mismo en uno y otro caso y opera en ambos el principio de seguridad jurídica aplicado por la jurisprudencia nacional y la del Tribunal de Justicia de la Unión.

En el caso enjuiciado por este Tribunal, la sentencia de primera instancia considera que la doctrina jurisprudencial no es aplicable a los juicios posteriores y que procede la íntegra devolución de los intereses a la consumidora, mientras que el banco apelante insiste en que ha de estarse a la interpretación realizada por el Tribunal supremo sobre el alcance temporal de la declaración judicial de nulidad.

La normativa comunitaria no explícita si en un caso como el de autos el principio de no vinculación exige el reintegro de las cantidades satisfechas por los **consumidores**. A este Tribunal se le plantea la duda de si pertenece al ámbito del derecho nacional la decisión sobre el alcance de la restitución de las prestaciones y si el establecimiento de un límite temporal a la devolución sería respetuoso con el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE cuando exige que los "Estados miembros establecerán que no vincularán al **consumidor**...las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional..."; y con el artículo 7.1 que impone que "Los Estados miembros velarán por que, en interés de los **consumidores** y de los competidores profesionales, existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y **consumidores**."

Entendemos que permitir que la cláusula nula por abusiva despliegue sus efectos temporalmente puede hacer peligrar el objetivo que la Directiva persigue de disuadir de su uso a las entidades bancarias. Asimismo, resulta dudoso que la finalidad de la Directiva de elevar la posición de debilidad del **consumidor** en el contrato hasta una situación de equilibrio material con la otra parte contratante pueda verse cumplida si se priva al **consumidor** de su derecho a ser resarcido de los perjuicios económicos derivados de la cláusula suelo abusiva. Si la jurisprudencia comunitaria prohíbe la moderación de una cláusula nula por abusiva o la integración del contrato, ¿no supone tal moderación o integración mantener los efectos de la cláusula suelo durante un determinado periodo de tiempo?

El principio del derecho comunitario de no vinculación ¿implica que la nulidad judicialmente declarada produce efectos "ex tunc", desde la fecha de celebración del contrato con el **consumidor**, o por el contrario, es compatible con que la cláusula surta efectos durante cierto periodo más o menos amplio en función de la distancia temporal entre la celebración del contrato y la STS de 9 de mayo de 2013 ?

Respecto de los criterios cuya concurrencia justifica para el Tribunal Supremo la retroactividad limitada, se ha dado la circunstancia de que los argumentos al respecto vertidos en la Sentencia de 9 de mayo de 2013 (acción colectiva) han sido trasladados, sin análisis del caso concreto, a la Sentencia de 25 de marzo de 2015 (acción individual). Se afirma la buena fe de los círculos interesados en uno y otro caso, es decir, también la buena fe del profesional en posición dominante del que se afirma que ha provocado la falta de transparencia y con el resultado de que tal afirmación redunde en su exclusivo beneficio y en perjuicio del **consumidor**. No se valoran pruebas en el concreto supuesto enjuiciado, sino que se apela a cuestiones genéricas, con abstracción del caso particular, tales como la licitud y habitualidad de las cláusulas suelo que han sido toleradas durante mucho tiempo en la práctica bancada; las razones objetivas independientes del precio del dinero, como el resarcimiento de costes de la entidad, que han motivado su inclusión en los contratos; o el hecho de que la causa de la nulidad no reside 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 por insuficiencia de la información prestada por el banco.

El riesgo de trastorno grave del orden público económico tampoco es valorado en atención a las circunstancias del caso concreto. Se reputa notorio en el caso de ejercicio de la acción de cesación y se prevé que se produciría este riesgo ante el eventual ejercicio de acciones individuales por una multitud de **consumidores** afectados. En la STS de 25 de marzo de 2015 , al igual que sucediera en la STS de 9 de mayo de 2013 , el criterio del riesgo de trastornos graves se examina solamente desde la perspectiva de las entidades profesionales como si a las mismas se circunscribiera el concepto de orden público económico al margen de los **consumidores**, sin mencionar, además, las ventajas económicas que para las entidades prestamistas resultarán de su falta de transparencia en la comercialización de los contratos de préstamo con cláusula de limitación del tipo de interés.

La duda que se plantea es si esta interpretación de los criterios de buena fe y peligro de trastornos graves para el orden público económico que realiza el Tribunal Supremo es conforme con la finalidad de protección del **consumidor** en todo el ámbito de la Unión que pretende la Directiva 93/13 /CEE en sus artículos 6 y 7 o, si por el contrario, para lograr esa finalidad debe estarse a una interpretación uniforme en todos los Estados miembros de tales conceptos, entendiéndose que sería conveniente, en ese caso, que el Tribunal de Justicia fijase los parámetros que deben tomarse en consideración para apreciar su concurrencia.

En relación con lo expuesto, el Juez nacional debe interpretar el derecho nacional de conformidad con la norma comunitaria aplicable, en este caso, con la Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con **consumidores**. No es posible para este Tribunal resolver el litigio planteado sin que el Tribunal de Justicia se pronuncie sobre si cabe interpretar los artículos 6 y 7 de la mencionada Directiva en el sentido de que, pese a la declaración de nulidad por abusiva por falta de transparencia de una cláusula suelo contenida en un contrato de préstamo con un **consumidor**, el profesional no está obligado a restituir al **consumidor** todas las cantidades percibidas en aplicación de esa cláusula nula, como ha interpretado el Tribunal Supremo.

Por esto, al amparo del artículo 267 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea , se formulan las cuestiones que se dirán en la Parte Dispositiva de esta resolución.

#### PROCEDIMIENTO ACELERADO

12. De conformidad con el artículo 105.1 del Reglamento de procedimiento del Tribunal de Justicia se solicita la aplicación del procedimiento acelerado debido al elevado número de **consumidores** afectados, pues la denominada cláusula suelo se ha incluido en la mayoría de contratos de préstamo hipotecario y existen numerosos procedimientos declarativos y de ejecución hipotecaria en los que se está planteando la incertidumbre sobre los efectos de la nulidad fundamentalmente tras la sentencia del Tribunal Supremo 139/2015, de 25 de marzo de 2015 . El trámite acelerado permitiría dotar a la situación, dada la crisis económica que además viene padeciendo España, de una mayor seguridad jurídica.

#### PARTE DISPOSITIVA

La Sala acuerda la SUSPENSIÓN del procedimiento hasta la resolución por el Tribunal de Justicia de la siguiente cuestión prejudicial en interpretación de los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993 :

PRIMERA.- ¿Los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 2013 , sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con **consumidores**, pueden interpretarse en el sentido de que los efectos restitutorios de la declaración de nulidad por abusiva de una cláusula suelo contenida en un contrato de préstamo no se retrotraigan a la fecha de celebración del contrato sino a una fecha posterior?

SEGUNDA.- El criterio de buena fe de los círculos interesados que opera como fundamento de la limitación de la eficacia retroactiva derivada de la declaración de nulidad de una cláusula por abusiva, ¿es un concepto autónomo del Derecho de la Unión que deba interpretarse de manera uniforme por el conjunto de los Estados miembros?

TERCERA.- Si la respuesta a la anterior cuestión es afirmativa, ¿qué presupuestos deben atenderse para determinar la existencia de la buena fe de los círculos interesados?

CUARTA.- En cualquier caso, ¿es conforme con los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 2013 , la interpretación del concepto de buena fe de los círculos interesados en el sentido de que puede concurrir la buena fe en la actuación del profesional que, en la generación del contrato, ha motivado la falta de transparencia determinante de la abusividad de la cláusula?



QUINTA.- ¿Es conforme con los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 2013 , la interpretación del concepto de buena fe de los círculos interesados en el sentido de que la buena fe del profesional puede ser valorada en abstracto o, por el contrario, debe ser valorada atendiendo a la conducta seguida por el profesional en el supuesto de contratación concreto?

SEXTA.- El riesgo de trastornos graves que opera como fundamento de la limitación de la eficacia retroactiva derivada de una cláusula abusiva, ¿es un concepto autónomo del Derecho de la Unión que deba interpretarse de manera uniforme por el conjunto de los Estados miembros?

SÉPTIMA.- Si la respuesta a la anterior cuestión es afirmativa, ¿qué criterios deben ser tomados en consideración?

OCTAVA.- En cualquier caso, el riesgo de trastornos graves, ¿es conforme con los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 2013 , que se valore tomando solo en consideración el que pueda producir para el profesional o también se debe tomar en cuenta el quebranto que se ocasione a los **consumidores** por la no restitución íntegra de las cantidades abonadas en virtud de la cláusula suelo?

NOVENA.- El riesgo de trastornos graves con trascendencia para el orden público económico, en el caso de ejercicio de una acción individual por un **consumidor**, de conformidad con los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 2013 , ¿debe valorarse atendiendo solo a la repercusión económica de esa acción en concreto o atendiendo a los efectos económicos que tendría el potencial ejercicio de una acción individual por un elevado número de **consumidores**?

Se solicita al Tribunal de Justicia la admisión a trámite y la tramitación por el procedimiento acelerado.

Remítase al Tribunal de Justicia la presente resolución, dejando testimonio en la causa y remítasele testimonio de la demanda, contestación a la demanda, sentencia, recurso de apelación, escrito de oposición al recurso, por medio de correo certificado con acuse de recibo.

Remítase copia de esta resolución y, en su caso, de la respuesta que se reciba del Tribunal de Justicia, 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 no cabe contra la misma recurso alguno.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Sres. Magistrados. Doy fe.