

EL PRINCIPIO DE NO VINCULACIÓN DE CLÁUSULAS ABUSIVAS CONFORME A LA RECIENTE JURISPRUDENCIA DEL TJUE

Sergio CHOOLANI FARRAY
Universidad de las Palmas de Gran Canaria

Summary: The controverted floor clauses have now turned out to be a legal issue of great interest in the sphere of abusive clauses and consumer protection. The European Court of Justice has expressed its view recently over these clauses and has concluded that the Spanish State cannot modulate the nullity effects of an abusive clause as it goes against the principle of non-binding and deterrent effect of the European Council's 93/13/CEE Directive that was emitted the 5th of April 1993, on abusive clauses in contracts celebrated with consumers. With this, the European Council has come to establish the obligation of providing consumers a complete restitution of the amounts of money that were unfairly paid by the customers. Without a doubt, this judicial sentencia has highlighted the long way towards the European Integration process that we still have to go through, driving forward new and specific policies a protection that is not only real, but equal to any European Consumer.

Palabras clave: Cláusula suelo- Cláusulas abusivas- Protección de los consumidores- Unión Europea- Nulidad- Efecto retroactivo- Efecto disuasorio- Norma de orden público- Principio de no vinculación.

Keywords: Floor clause- Abusive Clause- Consumer Protection - European Union- Nulity- Retroactive Effect.- Public Order Law- Deterrent Effect- Non-binding effect

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN. 2. PROBLEMÁTICA DE LAS CLÁUSULAS SUELO EN EL DERECHO ESPAÑOL Y LA INTERPRETACIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO: LA INFRACCIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO. 2.1 Principio de no vinculación. 2.2 Efecto disuasorio de la Directiva. 3. LA REMISIÓN AL DERECHO NACIONAL POR LA DIRECTIVA 93/13 SOBRE CLÁUSULAS ABUSIVAS: INTERPRETACIÓN CONFORME A LA RECIENTE JURISPRUDENCIA COMUNITARIA. 4. LA CONVENIENCIA DE CREAR UN ORGANISMO EUROPEO PARA LA PROTECCIÓN IGUALITARIA DE LOS CONSUMIDORES. 5. Referencias bibliográficas

1. INTRODUCCIÓN

El proceso de integración europea se concibe a día de hoy como un resultado que ha sido fruto de un gran trabajo de cooperación, solidaridad y tolerancia plena con absoluto respeto y reconocimiento a la diversidad cultural, religiosa y lingüística de las distintas sociedades de los Estados miembros que actualmente conforman esta gran organización supranacional.

Sin duda alguna, una de las grandes manifestaciones de cesión de soberanía por parte de los Estados miembros a la Unión Europea (UE), es la capacidad legislativa que tiene la misma, ya que mediante reglamentos y directivas fundamentalmente ha ido elaborando un gran estatuto jurídico no solo entre los diferentes países y la UE, sino también entre los ciudadanos con sus respectivos países. Todo ello ha propiciado una mayor integración de todos los Estados miembros.

A lo largo de las siguientes páginas, nos centraremos en analizar precisamente este aspecto: la actuación legislativa de la UE, específicamente en materia de protección a los consumidores, con el objetivo de estudiar qué efectos

ha tenido para el movimiento integrador y si realmente se ha conseguido una posición igualitaria de los ciudadanos comunitarios, desde el *status* de consumidores europeos, teniendo en cuenta los principios de eficacia y equivalencia. Tomaremos como presupuesto dos aspectos fundamentales: por un lado, la importante Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE)¹ de 21 de diciembre de 2016 que da solución a problemas fundamentales en materia de cláusulas suelo, y por otro, la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (en adelante, Directiva 93/13)

Como sabemos la Directiva es un instrumento jurídico cuyo principal fundamento legal se encuentra en el artículo 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Se trata de un mecanismo "flexible"- en relación con el reglamento- que se emplea básicamente como medio armonizador de las legislaciones nacionales, estableciendo una obligación de resultado para los países de la UE, si bien deja libertad con respecto a los medios para alcanzarlos. Es por ello que para que la Directiva goce de efecto en el ordenamiento nacional, los países de la UE deben adoptar una ley que las incorpore. Sin embargo, la Directiva es obligatoria desde que se publica en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) y los Estados miembros tienen la obligación de llevar a cabo su correcta transposición al ordenamiento interno nacional.

2. PROBLEMÁTICA DE LAS CLÁUSULAS SUELO EN EL DERECHO ESPAÑOL Y LA INTERPRETACIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO: LA INFRACCIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO

2.1 Principio de no vinculación

Como es sabido, la citada sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016 vino a establecer doctrina jurisprudencial en materia de cláusulas suelo y protección de los consumidores. Así, cambió el criterio del Tribunal Supremo (TS) español que desde la STS 9-5-13², cuya doctrina se reitera en la STS de 25-3-15³ había venido realizando una interpretación de la Directiva 93/13 en relación a la problemática de las cláusulas suelo un tanto peculiar. A fin de establecer los antecedentes y tener un conocimiento claro del asunto cabe señalar que el Tribunal Supremo en su Sentencia de 9 de mayo de 2013 estableció que las cláusulas suelo⁴ eran nulas si no superaban el control de transparencia material⁵.

¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15, 21 de diciembre de 2016

² ROJ:1916/2013. Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013.

³ ROJ: STS 1280/2015. Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2015.

⁴ Se considera cláusula suelo a aquella estipulación que en los créditos y préstamos hipotecarios a interés variable imponen un límite a la bajada de los tipos, es decir un límite por el que el prestatario habrá de pagar un interés mínimo- interés suelo- aunque baje el Euribor. Es decir, se determina un tipo mínimo de interés que en todo caso habrá de satisfacer el cliente quien no podrá ver reducida la deuda por debajo del suelo pactado.

⁵ Control especial que se da sobre las cláusulas que afectan a elementos principales del contrato celebrados con consumidores o usuarios, que tiene por finalidad determinar si esta falta de transparencia sustancial es suficiente para considerar dicha cláusula abusiva por alterar la conciencia del consumidor sobre la onerosidad del contrato y por tanto ser declarada nula. Esta fundamentación es

Sin embargo, pese a declarar la nulidad de este tipo de cláusulas, el Alto Tribunal español consideró que al amparo del artículo 6.1 de la Directiva 93/13, un Estado miembro podía modular los efectos de la ineficacia contractual de las cláusulas abusivas. Esto es así, porque la interpretación que se realizó en la resolución de dicho asunto fue declarar la nulidad de las cláusulas suelo carentes de transparencia, pero señalar que esta nulidad no tendría efecto retroactivo. En este sentido, las entidades bancarias solo estaban obligadas a devolver las cantidades que los consumidores ingresaran indebidamente tras la fecha de publicación de su Sentencia (9-5-13). Con ello vemos como se dejaba a un lado el efecto característico de la institución de la nulidad (*ex art. 1303 CC*) de nuestro ordenamiento jurídico, que no es otro sino la restitución de las cantidades y la eficacia retroactiva o *ex tunc*.

En orden a un mayor entendimiento de la problemática expuesta cabe citar el artículo 6.1 de la Directiva 93/13, el cual establece que:

“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.”

Así, tras la interpretación que llevó a cabo el Tribunal Supremo, modulando los efectos de la nulidad de las cláusulas suelo, se planteó ante el TJUE una cuestión prejudicial con vistas a que el Tribunal de Luxemburgo se pronunciase acerca de si efectivamente un Estado miembro tiene potestad para modular o limitar los efectos de la nulidad de una cláusula abusiva o si, por el contrario, esto sería contrario a Derecho. Como hemos señalado, el TJUE vino a desmantelar la doctrina del TS español y declaró que la posibilidad de limitar los efectos de la declaración de nulidad estaría vulnerando los principios de no vinculación y efecto disuasorio en los que se inspira la Directiva 93/13.

Llegados a este punto, cabe señalar los argumentos en base a los que el TS consideró oportuno limitar los efectos de la declaración de nulidad:

- La eventual buena de fe los profesionales que incluyeron estas cláusulas.

En cuanto a este argumento, compartimos la opinión de la doctrina que considera que una cláusula abusiva es por definición contraria a la buena fe y por tanto difícilmente se cumpliría este supuesto. Es decir, consideramos incongruente e incluso sorprendente que el TS haga referencia a que en el marco de un contrato de adhesión en que el predisponente incluye una cláusula abusiva y, además, no transparente, pueda concurrir este requisito de la buena fe, máxime cuando estamos ante contratos celebrados con consumidores, siendo estos la parte débil de la relación contractual. Con todo, cabe señalar que concretamente en la problemática de las cláusulas suelo se llegó incluso a especular con la posible existencia de un “dolo omisivo” en relación a la falta de transparencia, por lo que difícilmente una actitud maliciosa podría acercarse a la buena fe.

- Graves trastornos al orden público económico.

de configuración jurisprudencial y parece reconducirse a un “subtipo” del control de contenido.

Ante este argumento, podemos señalar sentencias como la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Bilbao de 21 de octubre de 2013⁶ que declara que en ningún caso la inclusión de la cláusula suelo en el contrato debe servir para argumentar el perjuicio del consumidor. Esta sentencia se basa en el principio *'nemo auditur propiam tuptitudinem allegans'*—el cual viene a significar que nadie puede beneficiarse de su propia torpeza. Así, se reprocha que el juez emplee el orden económico de las entidades bancarias ignorando los perjuicios económicos sufridos por los consumidores que no ven restituidas las cantidades que pagaron de más por aplicación de unas cláusulas declaradas nulas.

En este sentido existe cierta discusión en la doctrina que entiende que el orden económico y dichos trastornos solo se verían afectados en acciones colectivas y que por tanto si procedería la restitución completa en acciones individuales, sobretodo teniendo en cuenta que en el pleito del que trae causa la STS 9-5-13 se entabló una acción colectiva. A nuestro juicio y teniendo en cuenta lo expuesto en la STS 25 de marzo de 2015 no podemos pasar por alto que esta distinción es indiferente pues *"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 de miles procedimientos tramitados y que se tramitarán"*

Por otro lado, es preciso destacar que si bien la STS no se pronuncia respecto al principio de no vinculación (pues da por sentado que con su interpretación no lo vulnera), a partir de la sentencia de 9 de mayo de 2013 fue bastante la literatura jurídica que analizaba esta interpretación y el controvertido principio citado.

Es por ello que podemos concluir, en base a lo expuesto por la doctrina mas autorizada⁷, que toda esta problemática que traía consigo el principio de no vinculación se sostenía en gran parte por la redacción del propio precepto que empleaba el tiempo verbal futuro *'no vincularán'*. A nuestro entender, estamos sin duda alguna ante problemas lingüísticos que parecen más propios de disciplinas como la ramas de Filosofía del Derecho o Derecho natural que al derecho de los consumidores. Pero la realidad es que el uso de este tiempo no llevaba consigo la no vinculación de una cláusula abusiva solo a efectos futuros, sino también, en todo caso, a efectos pasados como bien señaló el TJUE en su sentencia de 21-12-16. Cabe mencionar que la intención del legislador europeo empleando el futuro de indicativo *'no vincularán'* fue utilizar un termino neutro ya que son múltiples las formas de ineficacia contractual que están presentes en los diversos ordenamientos nacionales.

Con todo, nos parece conveniente traer a colación el Informe de la Comisión sobre la Aplicación de la Directiva 93/13⁸, pues ya desde el año 2000 la Comisión vino a dejar claro que:

"Dada la diversidad de tradiciones jurídicas existentes, esta disposición ha sido incorporada de diferente manera (las sanciones civiles varían entre la

⁶ AC2013/2269: Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Bilbao de 21 octubre 2013

⁷ Pertíñez Vilchez, F. "Algunas notas sobre la STJUE 21 de diciembre de 2016" INDRET, enero 2017, Barcelona, pp. 3-15, p.5.

⁸ Informe de la Comisión sobre la aplicación de la directiva 93/13 del consejo de 5 de abril de 1993, sobre la cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Bruselas, 27 de abril del 2000

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 no sólo de invocar el carácter abusivo de la cláusula contractual ante los órganos jurisdiccionales sino también 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).”

En este marco, vemos como desde el año 2000 la Comisión ya había dejado claro la hoja de ruta conforme a la cual debía interpretarse el art. 6.1 de la Directiva y esto no es otra cosa que un sistema en el que bajo ningún concepto el consumidor pueda quedar vinculado a una cláusula abusiva.

A nuestro entender, consideramos que se propiciaría una mayor protección a los consumidores y se vería potenciada la integración europea en esta materia si el legislador europeo aclarase o diese una nueva redacción a este precepto en el que fijase de manera clara el efecto que merece la existencia de una cláusula abusiva en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor. Es por ello que consideramos que existe un gran reto para el legislador comunitario en este aspecto, ya que actualmente solo la STJUE 21-12-16 es la que viene a establecer la nulidad total para estos casos. No obstante, esto no deja de plantear serios inconvenientes tales como que estamos ante una sentencia que resuelve un caso concreto. Por tanto, aplicar esta sentencia como si de una norma se tratase en casos similares dejaría en entredicho la función legislativa que tiene encomendada la Comisión y el Parlamento Europeo y traería serios problemas de seguridad jurídica.

Y en en relación a lo anterior, no debemos olvidar que la STJUE 21-12-16 da solución al específico caso de las cláusulas suelo y establece que para este supuesto, el efecto es la restitución total. Por consiguiente, ¿hemos de entender que este efecto es el que debiera darse para cualquier tipo de contrato? O ¿únicamente solo sería valido para aquellos supuestos que traigan causa en un contrato unilateral como es el que resuelve la STJUE?

Siguiendo Cámara Lapuente⁹, la solución de la nulidad absoluta que es adecuada para el caso de las cláusulas suelo, puede no ser la mejor opción para la falta de vinculación en otros tipos contractuales. Por ejemplo, este autor cita los contratos de servicios donde el consumidor ha obtenido un claro beneficio durante la vigencia del contrato y la ineficacia se propaga *ex tunc*. Es el caso de la STS 13-3-2012 en que el consumidor tenía acceso a canales y servicios digitales y la restitución de lo pagado generaría el disfrute de un servicio sin contraprestación. A juicio de este autor, esta interpretación traerá consigo diversas propuestas de mejora ya que entiende que incluso la propia STJUE con el empleo de la expresión “en principio” implícitamente está siendo consciente de esta

⁹ Cámara Lapuente, S. “Doce tesis sobre la la STJUE de 21 de diciembre de 2016: su impacto en la jurisprudencia del TJUE y TS, no solo sobre la retroactividad de la nulidad de las cláusulas suelo”, INDRET, 2017, no1, pp. 2-32, p.11

problemática y que en el futuro se deberá matizar esta delimitación de la no vinculación conforme a la naturaleza jurídica y los tipos contractuales en cuestión.

Recapitulando lo declarado por el Tribunal Supremo Español, podemos establecer que el efecto inmediato de su STS 9-5-13 fue dar por supuesto efectos vinculantes para el consumidor de una cláusula abusiva durante un periodo de tiempo (desde el inicio de su funcionamiento hasta la fecha de la resolución judicial). Así, podemos establecer que la interpretación que se realiza ahora por el Alto Tribunal Europeo es estricta del principio de no vinculación y está en sintonía con otras sentencias precedentes como STJUE 14-6-12¹⁰, que vino a considerar contraria al artículo 6.1 que el juez tuviese la facultad de moderar el contenido de una cláusula abusiva, ya que esto suponía admitir cierto carácter vinculante.

A modo de síntesis creemos conveniente señalar de qué manera el TJUE ha venido interpretando este principio de "no vinculación":

- Se trata de una norma de orden público. Por tanto, norma imperativa que pretende reemplazar el equilibrio formal por un equilibrio real.
- El juez no puede modificar el contenido de una cláusula abusiva. A este respecto ya se obligó a cambiar al legislador español la original redacción del 83 TRLGDCU.
- El juez debe apreciar de oficio el carácter abusivo.

2.2. Efecto disuasorio de la Directiva

Realmente lo que está detrás de este principio de no vinculación y en lo que el mismo se fundamenta, no es otra cosa que el ya conocido "efecto disuasorio" que pretende implantar la Directiva en el ámbito de los contratos celebrados con profesionales. Es por ello que la doctrina impuesta por el Tribunal Supremo español – nulidad sin plenos efectos restitutorios- no disuadiría la inclusión de cláusulas abusivas en contratos, sino que en el extremo totalmente contrario podría hasta llegar a ser un incentivo. Pensemos pues que si una cláusula fuera declarada abusiva, la misma habría producido el efecto querido por el profesional hasta ese mismo momento.

Cabe reseñar un matiz importante que la STJUE 21-12-16 corrige a las Conclusiones del Abogado General del TJUE¹¹ en el asunto de las cláusulas suelo. En este sentido, Mengozzi dispuso que pese a la limitación de los efectos retroactivos, el efecto disuasorio de la Directiva quedaría salvaguardado porque con posterioridad a la fecha de la STS todos los profesionales que incluyeran cláusulas suelo no transparentes en sus contratos serían obligados a devolver todas las cantidades abonadas y por tanto, entiende que así se modificaría el comportamiento de los profesionales que dejarían de incluirlas. Por su parte, la

¹⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asunto C-618/10, 14-6-12

¹¹ Conclusiones del Abogado General en los asuntos acumulados C-154/15 Francisco Gutiérrez Naranjo/Cajasur Banco, S.A.U., C-307/15 Ana María Palacios Martínez/Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., y C-308/15 Banco Popular Español, S.A./Emilio Irlés López y Teresa Torres Andreu. Luxemburgo 13 de julio de 2016

STJUE no comparte esta opinión pues, como antes señalamos, entiende que el efecto disuasorio que recoge la Directiva es algo más amplio, es un principio básico y fundamental que no puede reducirse a un caso concreto y particular. Es decir, es cierto que los profesionales de la banca dejarían de incluir cláusulas suelo en sus contratos de préstamo hipotecario, pero, ¿qué sucedería con los profesionales de otro sector que decidan incluir cláusulas abusivas en otro tipo de contrato totalmente diferente?

Si atendemos a la idea anterior, es fácil deducir lo que el TJUE nos transmite, y es que el efecto disuasorio no es un principio que deba estudiarse para un caso concreto, sino que debe analizarse con una perspectiva general. Se trata de disuadir a que los profesionales de cualquier sector se abstengan del empleo de cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores. Por tanto, con la interpretación dada por el TS es cierto que se disuadió a los profesionales, pero solo a los de la banca, quedando los profesionales del resto de ámbitos y sectores cuanto menos incentivados al empleo de cláusulas abusivas, ya que en casos similares se entendería que en el hipotético caso de que la cláusula empelada se llegase a declarar abusiva, la misma al menos vincularía al consumidor hasta la fecha de la sentencia que declare la abusividad de la misma.

En este aspecto, hemos de señalar que entendemos que el efecto disuasorio es uno de los pilares básicos y estructurales sobre los que se asienta la Directiva, ya que una de las finalidades principales de la misma es evitar que se produzcan situaciones de abusos de superioridad de los profesionales frente a los consumidores cuando los primeros insertan cláusulas abusivas a los segundos en los contratos. Así, la Directiva viene a inspirarse en este principio y trata de disuadir o eliminar cualquier intención por parte de los profesionales de confeccionar contratos con tales cláusulas. En nuestra opinión, si este principio se reviste del importante carácter que hemos señalado, no debemos obviar que algo “falla en el sistema” desde el momento que un Estado miembro conforme a una posible interpretación de la Directiva puede entender que se permite modular la no vinculación de las cláusulas abusivas en base a “las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales”. Es decir, esta remisión de la Directiva a los derechos nacionales genera duda y confusión impidiendo que se cumpla el fin último de la misma que es la protección integral de la parte débil de estos tipos contractuales. Por ello entendemos que es más que necesario un cambio sustancial en la redacción de tal precepto, o un texto normativo nuevo en el que no se haga esta remisión, sino que conforme a los principios de equivalencia y cesión de soberanía, sea la UE quien establezca el efecto y procedimiento específico en los supuestos de cláusulas abusivas. Esto traería consigo grandes ventajas ya que se equipararía la posición de los consumidores sin importar el Estado miembro en el que se hubiese formalizado el contrato, ya que hasta la STJUE podíamos tener situaciones injustas tales como, un consumidor afectado por una cláusula abusiva en Alemania al que se le otorga su derecho a no quedar vinculado conforme reza la Directiva, frente a otro consumidor, en situación idéntica con un contrato muy similar pero en otro país al que según la interpretación de sus Tribunales consideran que su derecho a no quedar vinculado solo alcanza hasta un extremo y no en su totalidad. Sin duda alguna, si realmente queremos profundizar y seguir desarrollando la labor integradora de la UE, debemos hacerlo de manera que todos los ciudadanos, tengan la misma cantidad y calidad de derechos otorgados por cualquier instrumento jurídico de la UE que viene a dar cumplimiento a las políticas impulsadas por esta.

3. LA REMISIÓN AL DERECHO NACIONAL POR LA DIRECTIVA 93/13 SOBRE CLÁUSULAS ABUSIVAS: INTERPRETACIÓN CONFORME A LA RECIENTE JURISPRUDENCIA COMUNITARIA.

Una vez examinada la primera parte del controvertido art. 6.1, pasamos a estudiar ahora la segunda parte del mismo y la remisión que dicho precepto realiza a los ordenamientos nacionales.

Como ya sabemos, en las Conclusiones del Abogado General del TJUE¹² se estableció que los Estados miembros si podían limitar este principio ya que conceder siempre una restitución íntegra significaría privar de efecto la remisión que el 6.1 hace a los Estados nacionales. Recordemos que Mengozzi dispuso que la limitación en el tiempo superaba los principios de equivalencia y efectividad que condicionan los límites de la autonomía procesal. También señaló que se respetaba el principio de efectividad dado el carácter excepcional de esta decisión justificada por las repercusiones macroeconómicas que la restitución podría tener y en cuanto al principio de equilibrio declaró que el reequilibrio de las prestaciones no imponía necesariamente la restitución de las cantidades.

La resolución del TJUE al enmendar el criterio del abogado establece que la autonomía de los Estados miembros a los que se refiere el art. 6.1 de la Directiva es únicamente para el régimen procesal que determina las condiciones de ejercicio y ejecución de la no vinculación, pero para nada esta autonomía se refiere a poder establecer excepciones sustanciales al derecho que todo consumidor tiene a no quedar vinculado a una cláusula abusiva, pues eso iría contra los principios básicos de la Directiva – no vinculación y efecto disuasorio-. Conforme al criterio que establece Tribunal Europeo, la competencia que la Directiva da a los Estados miembros se limita por ejemplo a establecer el plazo de prescripción, legitimación procesal o dar competencia a una autoridad administrativa que declare abusiva tal cláusula.

En esta línea y siendo contrarios a la posición que en su momento tomó el Abogado General, el TJUE entiende que los efectos del carácter abusivo de una cláusula si están incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva y no quedan a merced de los derechos nacionales. Es por ello que los estados miembros no pueden rebajar la protección mínima que establece el artículo 6 pese a las remisiones de este precepto a las legislaciones nacionales. Puede establecerse que a juicio del TJUE la falta de vinculación de la cláusula lleva consigo como mínimo la expulsión del contrato con carácter retroactivo. Esta solución se encuentra prevista en nuestro Derecho (art. 83 TRLGDCU y art. 1303 CC) y por tanto lo que hay que enmendar es la creación jurisprudencial del TS que establece una “nulidad de segundo grado” sin base legal nacional ni europea.

Como ya sabemos, conforme al Derecho de la Unión, la jurisprudencia del TJUE goza de primacía y competencias exclusivas. Así, en la STJUE de 21 de diciembre de 2016 se ordena a los órganos jurisdiccionales españoles a abstenerse de aplicar la limitación de los efectos en el tiempo que el TS acordó en su sentencia de 9 de mayo de 2013, ya que tal limitación no es compatible con el Derecho de la Unión. La aplicación directa de este criterio jurisprudencial no se hizo esperar en nuestros tribunales que la han seguido como por ejemplo en la

¹² Ob. Cit. p.11

SAP Sevilla 29 de diciembre de 2016 *“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”*¹³

4. LA CONVENIENCIA DE CREAR UN ORGANISMO EUROPEO PARA LA PROTECCIÓN IGUALITARIA DE LOS CONSUMIDORES.

Llegados a este punto, consideramos interesante realizar la siguiente reflexión. Como venimos señalando desde el inicio de nuestro trabajo “la visión” integradora de la UE ha avanzado de manera muy rápida con el paso de los años que lleva en funcionamiento la misma. Es por ello que a nuestro juicio consideramos que apostar por una mayor integración en este sentido sería no obviar que actualmente las grandes empresas y profesionales son en la mayoría de los casos multinacionales o entidades que actúan y desarrollan su actividad al mismo tiempo en diversos Estados miembro. Por consiguiente, consideramos que sería mas que necesario y a la vez beneficioso que se crease un organismo cuya naturaleza pueda ser administrativa, formada por estudiosos de la materia de cada uno de los Estados miembro, que sea el encargado de llevar un registro y control unitario de estas empresas que actúan en diversos países. Así, las funciones del mismo podrían ser similares a las del registro en el que se inscriben las cláusulas declaradas abusivas, pero puede ir mucho más allá y servir como una institución fiscalizadora que vele por la protección integral de los consumidores y que estudie el contenido, forma y redacción de los contratos elaborados por las empresas. En este marco, dicho organismo tendría una doble ventaja, ya que por un lado serviría de “filtro” para todas aquellas cláusulas de dudosa validez y se encargaría de estudiar si son conforme al derecho comunitario o no, y por otro lado, serviría de “ayuda” a las empresas que con la existencia del control llevado a cabo por este organismo no caerían en el error de incluir cláusulas de contenido dudoso. Sin duda alguna, consideramos que la existencia de tal organismo podría concebirse como el mayor exponente que la protección de los consumidores de una manera igualitaria y eficaz puede tener en el panorama actual de la integración europea.

A modo de conclusión y al tenor de lo expuesto, cabe destacar que la integración europea es un proceso cuyo inicio podemos hacer coincidir con el nacimiento de esta institución, pero que al mismo tiempo se trata de un proceso sin final, en tanto en cuanto que la actividad integradora debe ser constante, intensa y sobre todo eficaz. Es por ello que consideramos que en materia de protección de los consumidores, a raíz lo vivido en nuestro país con las problemáticas cláusulas suelo, se ha puesto en evidencia que sigue habiendo una “tarea pendiente” para lograr una situación en la que todos los ciudadanos de la UE, tengan unas garantías mínimas encaminadas a evitar situaciones injustas que les perjudiquen en el contrato en cuestión. Este conjunto de garantías debe traducirse en un catálogo de derechos que sea claro y concreto. Una serie de obligaciones que se impongan a los Estados miembros de manera igualitaria para así poder obtener el resultado pretendido desde el año 1993 cuando nace la

¹³ ROJ: SAP SE 2180/2016.

Directiva, pero que actualmente no se ha logrado del todo: una protección de los consumidores integral. Pero no nos vale cualquier protección, sino una que se asiente en los principios de eficacia y equivalencia, lo que quiere decir que estemos ante una legislación clara, que no de pie a interpretaciones ni resquicios legales por parte de los estados miembro, como lo sucedido con las cláusulas suelo. Es necesaria reforzar la protección de los consumidores y que se les otorgue la misma protección en cada uno de los países que forman la UE, protección que debe estar siempre guiada por los principios estructurales que inspiran esta regulación: no vinculación de las cláusulas abusivas, efecto disuasorio.

Siguiendo la línea fundamental e inspiradora de la Directiva 93/13 consideramos reveladora la siguiente afirmación "prevención frente a reacción", sin duda alguna, entendemos que la mejor forma de hacer frente a la problemática de la "desprotección" de los consumidores no es esperar a que se produzca el acto que atente contra el consumidor y se vulneren sus derechos, sino que hay que actuar desde mucho antes, como por ejemplo desde la fase de confección de los contratos que contienen condiciones generales de la contratación. Es por ello que consideramos como algo conveniente la creación de organismos supranacionales encaminados a actuar durante estas fases previas a la celebración de los contratos en los que no solo se haga un estudio de los mismos, sino que se de la posibilidad de asesorar a los consumidores y también a los profesionales a la hora de suscribir esta clase de acuerdos que caracterizan la denominada contratación en masa. Esto debería ser obviamente impulsado desde la perspectiva de la integración europea en la que los estados miembros se comprometan ya no sólo a cumplir y garantizar derechos igualitarios al consumidor europeo, sino que además cuenten con órganos facultados para ello que velen por un cumplimiento de estos derechos desde una perspectiva *ex ante* sin tener que llegar a que se infrinja la normativa comunitaria.

5. Referencias bibliográficas

Obras

- Cadenas de Gea, C., Casasola Díaz, J.M., Díaz Campos, J.A., Pareja Sánchez, M. y López Jiménez, J.M (Director). (2014). *La cláusula suelo en los préstamos hipotecarios.*: Bosch.
- Fernández Díaz Garrote, I., Bercovitz Rodríguez-Cano, R., Moralejo Imbernon, N. y Quicios Molina, S. (2013). *Tratado de contratos. Vol. 2. (2º ed.)*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- López Beltrán de Heredia, C. (2009). *La nulidad de los contratos*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Moreno García, L. (2015). *Cláusulas suelo y control de transparencia: Tratamiento sustantivo y procesal*. Madrid: Marcial Pons.
- Serra Rodríguez, A. (1996). Cláusulas abusivas en la contratación: en especial, las cláusulas limitativas de la responsabilidad. Aranzadi.
- Vattier, C., de la Cuesta, J.M. Caballero, J.M. (2003). Código Europeo de Contratos. Madrid: DYKINSON.

Revistas y Publicaciones

- Cámara Lapuente, S. (2017). Doce tesis sobre la STJUE de 21 de diciembre de 2016: su impacto en la jurisprudencia del TJUE y TS, no solo sobre la retroactividad de la nulidad de las cláusulas suelo. *Indret*, 1, 2-32.
- Cañizares Laso, A. (2014). El control de transparencia: ¿un tercer control?. En Sesión inaugural del curso 2014/15 del Seminario de formación permanente en colaboración con el Colegio de Registradores de la Propiedad de Andalucía Oriental y el Colegio Notarial de Andalucía. En Málaga, España.



- Cañizares Laso, A. (2015). Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo. *Revista de Derecho Civil*, 2 (3), 67-105.
- Fernández Cornago, M. (2015). La retroactividad de la declaración de nulidad de las cláusulas abusivas. *REDUR*, 13, 249-268
- Hernández Guarch, C. (2013). La Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013. La sorpresiva declaración de irretroactividad de las cantidades abonadas. *CESCO de Derecho de Consumo*, 6, 1-36.
- Llamas Pombo, E. (2013). La nulidad de las cláusulas suelo. *Ars Iuris Salmanticensis*, 1 (2), 11-13.
- Martínez Gallego, E. (2014). Devolución de las cantidades indebidamente cobradas en virtud de cláusula suelo declarada nula. *Ars Iuris Salmanticensis*, 2 (2), 23-34.
- Pertíñez Vilchez, F. (2013). Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario. *Indret*, 3, 1-28.
- Pertíñez Vilchez, F. (2017). Algunas notas sobre la STJUE 21 de diciembre de 2016. *Indret*, 1, 3-15.
- Sánchez García, J.M. (2016). La debida observancia de la jurisprudencia del TJUE a fin de evitar la responsabilidad del Estado. *Actualidad Civil*, 10, 10-14.

Resoluciones Judiciales

- STJUE de 26 de abril de 2012. Asunto C-472/10
- STJUE de 14 de junio de 2012. Asunto C-618/10
- STJUE de 21 de febrero de 2013. Asunto C-472/11
- STJUE de 14 de marzo de 2013. Asunto C-415/11
- STJUE de 14 de abril de 2016. Asunto C-381/14 y C-385/14
- STJUE de 21 de marzo de 2013. Asunto C-92/1
- STS de 9 de mayo de 2013. ROJ: 1916/ 2013
- STS de 25 de marzo de 2015. ROJ: STS 1280/2015
- STS de 24 de febrero de 2017. ROJ: STS 477/2017.
- SAP Ourense de 31 de marzo de 2014. ROJ: SAP OU 178/2014
- SAP Barcelona de 8 de julio de 2015. ROJ: SAP B 6631/2015
- SAP La Rioja de 15 julio de 2016. ROJ: SAP LO 264/2016
- SAP Sevilla de 29 de diciembre de 2016. ROJ: SAP SE 2180/2016
- SJM Bilbao de 21 de octubre de 2013. AC 2013/2269
- SJM Zaragoza de 27 de abril de 2015. ROJ: SJM Z 85/2015