

Id. Cendoj: 28079119912015100015
Organo: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 991
Tipo de Resolución: Sentencia

Fecha de resolución: 25/03/2015

Nº Recurso: 138/2014

Ponente: EDUARDO BAENA RUIZ

Procedimiento: CIVIL

Idioma: Español

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

PLENO

Presidente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán

SENTENCIA

Sentencia Nº: 139/2015

Fecha Sentencia : 25/03/2015

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Recurso Nº : 138/2014

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimando

Votación y Fallo: 25/02/2015

Ponente Excmo. Sr. D. : Eduardo Baena Ruiz

Procedencia: Audiencia Provincial de Álava, Sección Primera.

Secretaría de Sala : Sección 002

Escrito por : ezp

Nota:

Contratos Civiles y Mercantiles.

- Cláusula Suelo.

- Efectos restitutorios.

Doctrina: Se fija como doctrina: "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".

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL Num.: 138/2014

Ponente Excmo. Sr. D.: Eduardo Baena Ruiz

Votación y Fallo: 25/02/2015

Secretaría de Sala: Sección 002

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

PLENO

SENTENCIA Nº: 139/2015

Excmos. Sres.:

D. Francisco Marín Castán

D. José Ramón Ferrándiz Gabriel

D. José Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Sebastián Sastre Papiol

D. Eduardo Baena Ruiz

D. Xavier O' Callaghan Muñoz

En la Villa de Madrid, a veinticinco de Marzo de dos mil quince.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los magistrados indicados al margen, ha visto los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por la representación procesal de Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA "BBVA SA", contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Álava (Sección Primera) el día 21 de noviembre de 2013, en el recurso de apelación 465/2013, interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil número Uno de Vitoria en los autos de juicio ordinario 8/2013.

Ha comparecido ante esta Sala en calidad de parte recurrente Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA "BBVA SA", representada por la procuradora de los Tribunales doña Ana Llorens Pardo.

Ha comparecido ante esta Sala en calidad de parte recurrida don Jon y doña Tamara, representados por la procuradora doña Isabel Gómez Pérez de Mendiola.

ANTECEDENTES DE HECHO

Tramitación en primera instancia.

1. La procuradora doña Isabel Gómez Pérez de Mendiola, en nombre y representación de don Jon y doña Tamara, interpuso demanda de juicio ordinario, en ejercicio de acción declarativa de nulidad de condiciones generales de la contratación,

y acción de devolución de cantidad contra la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA (BBVA SA), suplicando al juzgado:

« [...] tenga por presentado este escrito, con los documentos acompañados y copia de todo ello, lo admita, me tenga por comparecido en la representa que ostento de don Jon y doña Tamara mandando se entiendan conmigo las sucesivas diligencias, y por interpuesta en tiempo hábil y forma legal DEMANDA DE JUICIO ORDINARIO, EN EJERCICIO DE ACCIÓN DECLARATIVA DE NULIDAD DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN, Y, accesoriamente, ACCIÓN DE DEVOLUCIÓN DE CANTIDAD, contra "Banco Bilbao Vizcaya Argentada SA", se sirva admitirla y, previos los trámites procesales pertinentes, dicte en su día sentencia por la que:

1. Declare la nulidad, por tener el carácter de cláusula abusiva, de la condición general de la contratación descrita en el Hecho Primero de la presente demanda, es decir, de las cláusulas de los contratos de préstamo a interés variable que establecen un tipo mínimo de referencia.

2. Condene a la entidad financiera demandada a eliminar dicha condición general de la contratación, ambos contratos.

3. Condene a "Banco Bilbao Vizcaya Argentaría SA" a la devolución al prestatario de la cantidad de "IMPORTE COBRADO HASTA LA FECHA DE LA DEMANDA", cobrada en virtud de la aplicación de la referida cláusula.

4. Condene a "Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA" al pago a favor del prestatario de todas aquéllas cantidades que se vayan pagando por el prestatario en virtud de la aplicación de la referida cláusula, con sus intereses legales devengados desde la fecha de cada cobro y hasta la resolución definitiva del pleito.

5. Condene a la demandada a abonar a mi representado al interés legal incrementado en dos puntos conforme a lo establecido en el artículo 576 LEC.

6. Condene en costas a la parte demandada, con expresa imposición. »

2. Por Decreto de 29 de enero de 2013, el Juzgado de lo Mercantil número Uno de Vitoria-Gasteiz admitió a trámite la demanda, acordando el traslado de la misma a la parte demandada para contestar.

La procuradora de los Tribunales doña Soledad Carranceja Díaz, en nombre y representación de Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA (BBVA), contestó a la demanda y suplicó al juzgado:

«[...] 1. *Se sirva estimar la excepción de litis pendencia planteada y, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 421 LEC y de conformidad con lo dispuesto en los apartados 2 y 3 del artículo 222LEC, dé por concluida la audiencia previa disputando el correspondiente auto del sobreseimiento, con imposición de las costas a la parte actora.*

2. *Subsidiariamente a lo anterior y para el caso de que por ese Tribunal se estime que no existe una total concurrencia de los presupuestos para estimar la excepción de litispendencia previamente solicitada, se sirva admitir la concurrencia de la denominada "litispendencia impropia" prejudicialidad civil y en su virtud suspenda el presente procedimiento hasta que se resuelva el recurso de casación que se tramita ante la Sala Primera del Tribunal Supremo, Autos de Recurso 485/2012, con imposición de las costas a la parte actora.*

3. *Subsidiariamente a lo anterior, y para el improbable caso de que se desestimen las anteriores excepciones, dicte sentencia mediante la cual se desestime íntegramente la demanda presentada de contrario, con imposición de las costas causadas a la parte actora. »*

3. Por resolución del Juzgado se señaló audiencia previa para el día 26 de marzo de 2013, donde se propusieron las pruebas, declarándose pertinentes las mismas, señalándose el juicio verbal el día 29 de junio de 2013.

El Juzgado de Primera Instancia número Uno de Vitoria-Gasteiz, dictó sentencia de fecha 2 de julio de 2013, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

«Estimar la demanda presentada por la procuradora Sra. Isabel Gómez Pérez de Mendiola, en nombre de representación de don Jon y doña y Tamara, contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. y acordar:

1. Declarar la nulidad, por tener el carácter de cláusula abusiva, de la cláusula del contrato de préstamo a interés variable que establece un tipo mínimo de referencia, recogida en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria de fecha 7 mayo 2009, escriturada por los actores don Jon y doña Tamara.

2. Condenar a la entidad financiera BBVA a eliminar dicha condición general de la contratación.

3. Condenar a BBVA a la devolución a los demandantes del importe cobrado hasta la fecha de la demanda en virtud de la aplicación de la referida cláusula.

4. Condenar a BBVA al pago a favor de los demandantes de todas aquellas cantidades que se vayan pagando en virtud de la aplicación de la referida cláusula, con sus intereses legales devengados desde la fecha de cada cobro y hasta la resolución definitiva del pleito.

5. Condenar a la demandada a abonar a los demandantes el interés legal incrementado en dos puntos conforme a lo establecido en el artículo 576 LEC y,

6. Condenar a costas a la parte demandada, con expresa imposición.»

Tramitación en segunda instancia.

4. Contra la anterior sentencia interpuso recurso de casación la representación procesal de Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA (BBVA SA), correspondiendo su resolución a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Álava, que dictó sentencia el 21 de noviembre de 2013, con el siguiente fallo:

«Desestimar el recurso interpuesto por BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA SA representado por la procuradora Soledad Carranceja contra la sentencia dictada por el Juzgado de primera Instancia número 7 (Mercantil) de Vitoria, en el procedimiento Ordinario nº 8/2013, confirmando la misma; y con expresa imposición de costas al recurrente.»

Interposición y tramitación de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación.

5. La representación procesal de Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA, interpuso recursos extraordinario por infracción procesal y de casación, con base en los siguientes motivos:

«Recurso extraordinario por infracción procesal.- Se articula al amparo del número 2º del artículo 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de los Artículos 22, 221, 400 y 413 LEC, en relación con los efectos derivados de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013.

Recurso de casación.- Se articula en un único motivo, por infracción del artículo 9.3 CE, que establece el principio de seguridad jurídica, y los artículos 8,1, 9,2 y 10 LCGC y el artículo 1303 CC, relativos a los efectos de la declaración de nulidad de las condiciones generales de la contratación y la posibilidad de limitarlos por parte de los Tribunales, en relación con la doctrina jurisprudencial sentada por el Tribunal Supremo en sentencia de 9 de mayo de 2013.»

6. Por diligencia de ordenación de 14 de enero de 2014, la Audiencia Provincial de Álava, tuvo por interpuestos los recursos, acordando elevar las actuaciones a esta Sala Primera del Tribunal Supremo, emplazando a las partes para comparecer por término de treinta días.

7. Recibidas las actuaciones en esta Sala, comparecieron las partes con sus respectivos procuradores, ya mencionados anteriormente.

8. Esta Sala dictó Auto el 14 de octubre de 2014, con la siguiente parte dispositiva:

«1.- Admitir los recursos de casación y extraordinario por infracción

procesal interpuestos por la representación procesal de la entidad "Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA" contra la sentencia dictada, el día 21 de noviembre de 2013, por la Audiencia Provincial de Álava (Sección 1ª), en el rollo de apelación nº 465/2013, dimanante del juicio ordinario nº 8/2013 del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Vitoria.

2.- Dese traslado por el secretario de la Sala del escrito de interposición de los recursos, con sus documentos adjuntos a la parte recurrida personada ante esta Sala, para que formalice su oposición en el plazo de veinte días, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaría de la Sala.»

9. Admitidos los recursos y evacuado el traslado conferido, la representación de don Jon y doña Tamara, manifestó su oposición a los recursos formulados de contrario.

10. No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 25 de febrero de 2015, deliberándose por el Pleno de la Sala.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Eduardo Baena Ruiz** , Magistrado de Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Resumen de Antecedentes.

PRIMERO.- Son hechos relevantes acreditados en la instancia para la decisión del recurso los siguientes:

1. La representación de don Jon y doña Tamara, presentó demanda de juicio ordinario, de la que conoció el Juzgado de lo Mercantil número uno de Vitoria-Gasteiz, ejercitando acción declarativa de nulidad de condición general de la contratación y acción de reclamación de cantidad contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA (BBVA), en la que, tras exponer los hechos en los que basaba la misma y citar los fundamentos de derecho, terminaba solicitando que se dictase sentencia por la que: i) Declare la nulidad, por tener el carácter de cláusula abusiva, de la condición general de la contratación descrita en el hecho primero de la presente demanda, es decir, de las cláusulas de los contratos de préstamo a interés variable que establecen un tipo mínimo de referencia; ii) Condene a la entidad financiera a eliminar dicha condición general de la contratación en ambos contratos; iii) Condene a BBVA a la devolución al prestatario de la cantidad de "importe cobrado hasta la fecha de la demanda", en virtud de la aplicación de la referida cláusula; iv) Condene a BBVA al pago a favor del prestatario de todas aquellas cantidades que se vayan pagando por éste en virtud de la aplicación de la referida cláusula, con sus intereses legales devengados desde la fecha de cada cobro y hasta la resolución definitiva del pleito; v) Condene a la demandada a abonar a mi representada el interés legal incrementado en dos puntos conforme a lo establecido en el artículo 576 LEC y; vi) Condene a las costas a la parte demandada con expresa imposición.

2. La parte demandada se opuso a las pretensiones deducidas en su contra y el Juzgado dictó sentencia el 2 de julio de 2013, estimatoria de la demanda, en la que declaraba que la cláusula objeto de debate era una verdadera condición general de la

contratación y además era abusiva, basándose para ello en numerosas resoluciones judiciales y, entre ellas, en la sentencia de Pleno de esta Sala, de 9 de mayo de 2013.

A pesar de tener conocimiento de esta sentencia de Pleno de la Sala, condenó a BBVA a la devolución a los demandantes del importe cobrado hasta la fecha de la demanda en virtud de la aplicación de la referida cláusula, pero sin motivar su decisión.

3. Contra la citada sentencia se interpuso recurso de apelación por la entidad demandada, alegando en el primer motivo del recurso que se ha producido una pérdida de interés legítimo de las pretensiones deducidas en la demanda por carencia sobrevinida del objeto del proceso, tras la sentencia dictada por el Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 y el Auto de aclaración de 3 de junio de 2013, que ha declarado la nulidad de las cláusulas suelo suscritas por el BBVA con consumidores que sean idénticas a las discutidas en el seno de dicho procedimiento, condenándole a eliminarlas y a cesar en la utilización, declarando a su vez la irretroactividad de la declaración de nulidad, y consecuentemente la improcedencia de devolver a los consumidores prestatarios las cantidades cobradas en aplicación de la cláusula suelo. Refuerza el motivo del recurso alegando que la cláusula suelo del presente procedimiento es idéntica a una de las declaradas nulas por el Alto Tribunal, siendo incuestionable la extensión de los efectos de cosa juzgada de la antedicha sentencia al presente caso, por lo que las pretensiones de la parte actora se encuentran juzgadas y han dejado de tener interés legítimo en obtener la tutela judicial pretendida, debiendo concluir el proceso por carencia sobrevinida de objeto.

4. Correspondió el conocimiento del mencionado recurso de apelación a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Álava que dictó sentencia el día 21 de noviembre de 2013 desestimatoria del mismo.

5. La meritada sentencia contiene como hitos de su motivación los siguientes: i) La cláusula relativa a los tipos de interés que fue declarada nula por la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, contenida en las condiciones generales de los contratos suscritos con los consumidores descritas en los apartados 3, 4 y 5 del

antecedente de hecho primero y que condenó a eliminarlas en los contratos en que se insertan y a cesar en su utilización, es idéntica a la contenida en la escritura que se acompaña con la demanda del presente pleito.

ii) El Tribunal Supremo ya ha declarado mediante un pronunciamiento firme la nulidad de la cláusula litigiosa y ha condenado a BBVA a su eliminación.

iii) Afirma la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de abril de 2012 acerca de los efectos frente a terceros de la sentencia dictada en un proceso en el que se sustancia una acción colectiva de cesación en defensa de los consumidores que « *no se opone a que la cláusula abusiva que forma parte de las condiciones generales de los contratos celebrados con consumidores en el marco de una acción de cesación, contemplada en el artículo 7 de la Directiva, ejercitada contra un profesional por motivos de interés público y en nombre de los consumidores por una entidad designada por el Derecho Nacional surta efectos, de conformidad con dicho Derecho, para cualquier consumidor que haya celebrado con el profesional de que se trate un contrato al cual le sean de aplicación las mismas condiciones generales, incluso para los consumidores que no hayan sido parte en el procedimiento de casación* ».

iv) Por aplicación de la doctrina expresada, la cláusula del contrato suscrito entre BBVA y los actores es nula y respecto de este extremo puede declararse que existe carencia sobrevenida de objeto como solicita el recurrente (la entidad financiera).

v) Sin embargo, no ocurre lo mismo en relación a la devolución de las cantidades reclamadas por los actores puesto que las acciones ejercitadas son distintas. En el caso resuelto por el Tribunal Supremo se ejercita la acción de cesación que se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a eliminar de sus condiciones generales las que se reputen nulas y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo, determinando o aclarando cuando sea necesario el contenido del contrato que ha de considerarse válido y eficaz. Aquella era una demanda colectiva en la que no se solicitaba la devolución de las cantidades abonadas en virtud de las condiciones a que afecte la sentencia. En cambio, en el caso que nos ocupa se ejercita por los actores la

acción de nulidad de la cláusula que considera abusiva y además la devolución de las cantidades cobradas de más en virtud de dicha cláusula.

vi) Tras una interpretación de la sentencia de la Sala de 9 de mayo de 2013 sobre este extremo de la irretroactividad, concluye que la cláusula objeto de la litis es nula desde la firmeza de esta sentencia del Pleno, pero que esta declaración no afecta a la segunda acción ejercitada, la de devolución de las cantidades cobradas por el banco en virtud de dicha cláusula, así como sus intereses.

vii) Añade más adelante, en refuerzo de su decisión, que la acción ejercitada en la sentencia de esta Sala de 9 de mayo de 2013 era la de cesación, sin acumular reclamación de cantidad, con la legitimación restringida, imprescriptible, y eficacia ex nunc, a la vista de los artículos 12,16 y 19 LCGC. En cambio aquí se da respuesta a una acción de nulidad de los artículos 8 y 9 LCGC, que puede ejercitar cualquier afectado, sometida a plazo de caducidad y eficacia ex tunc. A juicio del Tribunal el propio Fundamento Jurídico Séptimo de la Sentencia dictada por el Tribunal Supremo deja bien claro, igual que el fallo, que la no retroactividad se refiere a esa sentencia, no a otras que se dicten con posterioridad.

6. La representación del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA (BBVA) interpuso contra meritada sentencia recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación, al amparo de los artículos 477.2.3º y 477.3 LEC por presentar interés casacional.

El interés casacional lo justificó por: i) oposición de la sentencia recurrida a la única resolución del Tribunal Supremo (la del Pleno de 9 de mayo de 2013) que se ha pronunciado sobre los efectos derivados de la declaración de nulidad de las denominadas cláusulas suelo y, ii) en la existencia de manera notoria de jurisprudencia contradictoria de varias Audiencias Provinciales con respecto a criterios dispares de la Audiencia Provincial de Álava sobre los problemas jurídicos que se plantean en el recurso de casación, esencialmente la eventual irretroactividad o no de tal declaración de nulidad.

La recurrente, ante la eventualidad de una posible inadmisión del recurso, alega que el hecho de que no exista reiteración en la doctrina no impide la apreciación de interés casacional, pues, como señala el Acuerdo del TS de 30 de diciembre de 2011, el interés casacional existe "cuando se trate de sentencias del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo o de Sentencias fijando doctrina por razón de interés casacional. En estos casos basta la cita de una sola Sentencia invocando su jurisprudencia, siempre que no exista ninguna Sentencia posterior que haya modificado el criterio seguido".

SEGUNDO.- Decisión sobre la admisibilidad del recurso extraordinario por infracción procesal.

1.- Supeditación de la admisibilidad del recurso por infracción procesal a la del recurso de casación por interés casacional.

Según el párrafo segundo de la regla 5 de la disposición final décimo sexta LEC, «[c]uando el recurso por infracción procesal se hubiese formulado fundando exclusivamente su procedencia en el número 3º del apartado segundo del artículo 477, la Sala resolverá si procede la admisión o inadmisión del recurso de casación, y si acordase la inadmisión, se inadmitirá, sin más trámite, el recurso por infracción procesal. Solo en el caso de que el recurso de casación resultase admisible, se procederá a resolver sobre la admisión del recurso extraordinario por infracción procesal».

En este caso el recurso de casación fue admitido, sin que se haya cuestionado esta decisión, al amparo del ordinal 3º del artículo 477.2 LEC y por oposición a la jurisprudencia de esta Sala, en concreto a la doctrina emanada de la sentencia dictada por el Pleno el 9 de mayo de 2013.

2.- Admisibilidad del recurso extraordinario por infracción procesal.

Es cierto, no obstante, que la admisibilidad del recurso de casación por interés casacional no determina por sí sola la del recurso por infracción procesal, pues este debe superar también las causas de inadmisión específicas previstas en el art. 473.2 LEC.

El recurso por infracción procesal aquí examinado se articula en un motivo único en el que, al amparo del artículo 469.1 apartado 2 LEC, se denuncia la infracción de los artículos 221, 222 y 400 LEC, con carácter principal, y los artículos 22 y 413 del mismo texto legal, de forma subsidiaria, en relación a los efectos que se derivan de la sentencia dictada por esta Sala el 9 de mayo de 2013, en torno a la pretensión de condena instada por los actores. Se argumenta que se habría producido el efecto de la cosa juzgada desde que se dictó la sentencia de 9 de mayo de 2013, antes cronológicamente de dictarse la sentencia de primera instancia, tanto en lo que respecta a la acción declarativa de ineficacia como a la acción de condena pecuniaria. En cualquier caso y con carácter subsidiario, se habría producido la carencia sobrevenida de objeto al haber sido satisfechas las pretensiones por la parte actora. De hecho la entidad recurrente procedió de forma voluntaria a eliminar estas cláusulas una vez que esta Sala resolvió la aclaración de la sentencia de 9 de mayo.

En el escrito de oposición se alega que el recurrente articula su recurso sobre la base de dos argumentaciones que resultan novedosas ya que tanto en la fase de primera instancia como durante la apelación no se realizaron alegaciones de indefensión, artículo 24 CE, ni referidas a la valoración de los medios probatorios, tanto en lo que a carga de la prueba se refiere, como en la ponderación de la prueba documental y testifical.

Pues bien, basta realizar un juicio de contraste meramente formal para evidenciar el error de la parte recurrida al denunciar infracciones procesales consideradas novedosas y que en absoluto son objeto del recurso extraordinario por infracción procesal, que se limita en un motivo único a denunciar la infracción de los artículos 221, 222 y 400 LEC, con carácter principal y los artículos 22 y 413 del mismo texto legal, de forma subsidiaria en relación a los efectos procesales de cosa juzgada o carencia

sobrevenida de objeto. La articulación de este recurso reúne, como ya dijimos en nuestro auto de 14 de octubre de 2014, los requisitos legales y no incurre en ninguna de las causas de inadmisión que establece el artículo 73.2 LEC.

Recurso Extraordinario por Infracción Procesal. TERCERO.- Motivo Único. Enunciación y Planteamiento.

Se articula al amparo del número 2º del artículo 469.1 de la Ley de

Enjuiciamiento Civil, por infracción de los Artículos 22, 221, 400 y 413 LEC, en relación con los efectos derivados de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013.

En el planteamiento del motivo se denuncia con carácter principal la infracción de las normas contenidas en los artículos 221, 222 y 400 LEC y, de forma subsidiaria, la de los artículos 22 y 413 LEC, en relación con los efectos que se derivan de la Sentencia dictada por el Tribunal Supremo el 9 de mayo de 2013 sobre la pretensión de condena formulada por los actores en este proceso.

Al desarrollar el planteamiento, sistematiza su discurso lógico con las siguientes consideraciones:

1. La sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 fue dictada y publicada con carácter previo a la celebración del acto del juicio de esta litis, que tuvo lugar el 29 de junio de 2013, y, por tanto, al dictado de la Sentencia de primera instancia.

2. La citada Sentencia del Tribunal Supremo es firme y es un hecho no controvertido que BBVA dejó de aplicar la denominada cláusula suelo con fecha 9 de mayo de 2013, es decir, desde la fecha de aquella sentencia del Tribunal Supremo, así como que lo realizó respecto de todos sus clientes, incluidos los actores de este proceso.

3. La sentencia recurrida asume y aplica la doctrina sentada por la sentencia de Pleno de 9 de mayo de 2013 en relación con la pretensión declarativa formulada por los actores, declarando expresamente que se trata de una cláusula idéntica a la enjuiciada por dicha Sentencia y que, por tanto, existe carencia sobrevenida de objeto.

4. Sin embargo, la sentencia que se recurre declara que *"no ocurre lo mismo en relación a la devolución de las cantidades reclamadas por los actores puesto que las acciones ejercitadas son distintas"* , exponiendo las diferencias, argumentando, además, que en este caso, en atención al modesto importe reclamado, no concurre el trastorno grave para el orden económico que invoca en su sentencia el Tribunal Supremo.

5. Lo anteriormente expuesto por la sentencia recurrida vulneraría así lo dispuesto en los artículos 222 y 400 LEC dado que lo resuelto con carácter firme en STS de 9 de mayo de 2013 tiene fuerza de cosa juzgada y vincula plenamente al Tribunal del presente proceso tanto respecto del pronunciamiento declarativo de nulidad de la cláusula como del relativo a la irretroactividad de la Sentencia.

6. Se refuerza tal alegación teniendo en cuenta que el Tribunal Supremo, en virtud de lo dispuesto en el artículo 221 LEC, también infringido por la sentencia recurrida, dejó sentado en la sentencia de 9 de mayo que la declaración de nulidad de las cláusulas suelo no tenía efecto retroactivo, *"de tal forma que la declaración de nulidad de la cláusula no afectará a (...) los pagos efectuados en la fecha de publicación de esta sentencia"*, y provocaba el efecto de cosa juzgada *"a quienes oferten en sus contratos cláusulas idénticas a las declaradas nulas, es decir, a las tres entidades allí demandadas y a sus respectivos clientes"*.

7. Se añade que, en todo caso, la sentencia recurrida infringiría lo dispuesto en los artículos 413 y 22 LEC, pues con el dictado de la STS de 9 de mayo de 2013 se habría producido la carencia sobrevenida del objeto al haber sido satisfechas las pretensiones de la parte actora.

8. En consecuencia, el recurso extraordinario por infracción procesal se fundamenta en el motivo segundo del apartado primero del artículo 469 LEC, por considerar que la infracción que se denuncia constituye una infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia (entre otras, STS de 5 de diciembre de 2013).

9. Concluye que a los efectos del artículo 469.2 LEC, la vulneración de los preceptos citados ya fue puesta de manifiesto tanto en el escrito de contestación a la demanda, invocando la excepción de litispendencia y subsidiaria prejudicialidad, pues aún no era firme la sentencia del Tribunal Supremo, como en el acto de la audiencia previa y en el recurso de apelación formulado por BBVA contra la Sentencia dictada en la primera instancia.

CUARTO.- Consideraciones sobre el Motivo del recurso.

1. La doctrina, a raíz del dictado y publicación de la Sentencia de Pleno de la Sala de 9 de mayo de 2013, se ha planteado por ser esta fruto del ejercicio de una acción colectiva, si produce efecto de cosa juzgado en un posterior proceso en el que se ejercita una acción individual referida a la misma condición general de la contratación.

2. Se han postulado varias soluciones a la interrogante: i) Quienes entienden, y alguna resolución así lo avala, que más que cosa juzgada lo que se produce es una carencia sobrevenida del objeto, pues no tendría sentido pronunciarse nuevamente sobre una condición general que ya había sido declarada abusiva en un proceso anterior; ii) Quienes opinan que, frente a la regla general que consagra la vinculación subjetiva a las partes en el proceso (*res iudicata inter alios*), en estos supuestos la cosa juzgada se extiende más allá de las concretas personas que intervinieron en el procedimiento, afectando también a quienes sean titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo dispuesto en el artículo 11 LEC, de manera similar a lo que ocurre con las sentencias recaídas en los procesos de impugnación de acuerdos sociales, que afectan tanto a los socios intervinientes en aquél como a aquellos que no intervinieron. Consecuencia de lo anterior sería que no

fuese necesario que el consumidor fuera parte en el proceso en el que se declare la nulidad de una determinada condición general de la contratación que le afecte, ya que la sentencia que así lo declare extenderá sus efectos sobre el mismo, tanto en el aspecto positivo como en el negativo de la cosa juzgada. De ahí que el artículo 519 LEC establezca un incidente específico para que en tales supuestos el consumidor pueda solicitar su reconocimiento como «beneficiario» de dicha sentencia e interesar su ejecución, sin que tenga que entablar un nuevo proceso con idéntico objeto; iii) Se añade por ese sector doctrinal que se estaría en presencia de un supuesto de cosa juzgada positiva o prejudicial, pues ha de tenerse presente también la vinculación de la sentencia para los Tribunales posteriores, como se deriva tanto de lo dispuesto para este tipo de acciones en los artículos 221.1 y 222.3 y 4 LEC, como con carácter general en los artículos 400 y 421 LEC tesis avalada por alguna resolución judicial; iv) Finalmente cabe decir que la Sala en Sentencia de 17 de junio de 2010 estableció que: a) será la sentencia recaída en el proceso de acción colectiva la que ha de determinar si los efectos de la cosa juzgada han de extenderse a los consumidores que no hayan sido parte ni comparecido en el proceso; y b) prevé el supuesto en que no se hubiese procedido así.

3. A partir de las anteriores tesis doctrinales, procede descender a los pronunciamientos de la sentencia de 9 de mayo de 2013 para fijar cuál fue el contenido de su decisión respecto de los efectos de la declaración de nulidad, a fin de indagar si la cláusula de esta concreta litis, cuya nulidad se ha postulado por entenderse abusiva, se encuentra inserta en el ámbito de la acción de cesación objeto de aquella sentencia o, por el contrario, es similar pero no de las específicamente enjuiciadas predispuestas por las entidades contra las que se dirigió la acción de cesación.

4. La sentencia citada de Pleno afirma con rotundidad en su párrafo 300 que se ciñe "[...] a quienes oferten en sus contratos cláusulas idénticas a las declaradas nulas[...]", razonando que pese a que la demandante interesó la declaración de nulidad indiscriminada de las cláusulas suelo de los préstamos a interés variable celebrados con consumidores, no interesó su eficacia ultra partes, lo que, unido al casuismo que impregna el juicio de valor sobre el carácter abusivo de las cláusulas cuando afecta a la

suficiencia de la información, es por lo que la Sala se ve obligada a ceñirse a las antes mencionadas.

Ello naturalmente no empece a que al enjuiciarse cláusulas de esta naturaleza no idénticas, y así se vienen pronunciando con profusión los Tribunales, se analicen aplicando la doctrina de la Sala, para decidir si incurren o no en abusividad.

5. Continuando con el anterior discurso lógico se ha de convenir que la cláusula suelo del préstamo a interés variable cuya nulidad interesan los actores de esta litis es idéntica a las que fueron objeto de la acción de cesación y en el marco de un contrato celebrado precisamente con una de las entidades demandadas, a saber, BBVA.

6. Es por todo ello que la Sentencia recurrida concluye, como hemos recogido en el resumen de antecedentes, que la cláusula del contrato suscrito entre BBVA y los actores es nula, afirmándose en este extremo que puede declararse que existe carencia sobrevenida del objeto. A tal conclusión llega en atención a la: i) identidad de la misma con las relativas a las de tipos de interés que fueron declarados nulos por la sentencia de 9 de mayo de 2013; ii) que, tras la firmeza de esta sentencia, el BBVA devino condenado a su eliminación; iii) a que tal declaración y condena, con cita de la doctrina de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de abril de 2012, surte efectos para cualquier consumidor que haya celebrado con el profesional de que se trate un contrato al cual le sean de aplicación las mismas condiciones generales, incluso para los consumidores que no hayan sido parte en el procedimiento de cesación.

7. Si corolario de lo expuesto y razonado es que la Sentencia del Pleno de la Sala de 9 de mayo de 2013 alcanza a los actores en sus efectos de declaración de nulidad de las cláusulas de un modo directo, también podría colegirse que les afectan las consecuencias que la sentencia anuda a la nulidad. La Sentencia en cuestión condena a Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA a eliminar dichas cláusulas de los contratos y, por ende, a eliminar la de los actores que ya se ha dicho es idéntica ; pero a su vez declara la subsistencia de los contratos de préstamo hipotecario en vigor suscritos por

Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA concertados con consumidores en los que se haya utilizado las cláusulas que se ordena eliminar, esto es, subsiste el contrato suscrito por los actores; pero completa esos dos pronunciamientos declarando que "no ha lugar a la retroactividad de esta sentencia, 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 esta sentencia".

8. Alcanzada esta fase de decisión del motivo del recurso por infracción procesal surge la cuestión nuclear del mismo, cual es, si la pretensión de los actores sobre la retroactividad de la declaración de nulidad por abusividad de la denominada "cláusula suelo", a efectos de restitución de los intereses pagados en aplicación de la misma, se puede entender que es cosa juzgada al amparo de lo recogido en la parte dispositiva de la sentencia de 9 de mayo de 2013, cuyos pronunciamientos han merecido nuestra atención.

QUINTO.- Al ofrecer respuesta sobre tal motivo del recurso existe un obstáculo procesal para su estimación, que consiste en que en la presente acción individual se introduce como objeto del pleito una reclamación de cantidad que no constituyó una de las pretensiones de la acción de cesación acumuladas a esta. Teniendo en cuenta ese dato procesal así como que el recurso se interpone por interés casacional y que se justifica por oposición de la sentencia recurrida a la única resolución del Tribunal Supremo que decide sobre tal extremo, cual es la sentencia del Pleno de 9 de mayo de 2013, dicha cuestión, a juicio de la Sala, no tiene encaje en el recurso extraordinario de infracción procesal, que debe desestimarse, sino en el recurso de casación que se ha interpuesto.

Al apreciarse que a la acción de cesación no se le acumularon pretensiones de condena y concretas reclamaciones de restitución, mientras que en la presente acción individual sí se formulan de esta naturaleza, es por lo que no cabe estimar que en la presente litis tenga fuerza de cosa juzgada el pronunciamiento de la sentencia de 9 de mayo de 2013 sobre la cuestión relativa a la restitución o no de los intereses pagados en aplicación de la cláusula declarada nula, sin que tampoco quepa estimar cualquier

otra excepción que impida ofrecer respuesta al recurso de casación, según ya se ha adelantado.

SEXTO.- Recurso de casación. Planteamiento.

El recurso se estructura, también, en un motivo único. Se denuncia la infracción del artículo 9.3 CE, que establece el principio de seguridad jurídica, y los artículos 8,1, 9,2 y 10 LCGC y el artículo 1303 CC, relativos a los efectos de la declaración de nulidad de las condiciones generales de la contratación y la posibilidad de limitarlos por parte de los Tribunales, en relación con la doctrina jurisprudencial sentada por el Tribunal Supremo en sentencia de 9 de mayo de 2013.

En su desarrollo se argumenta que la sentencia recurrida, al acordar el efecto devolutivo consecuencia de la declaración de nulidad de la cláusula, se aparta de la doctrina de la Sala que apreció la irretroactividad de la declaración de nulidad de la cláusula suelo, porque esta declaración no solo se hizo en el marco de una acción de cesación sino que la Sala realizó un previo examen de nulidad. Se estima que esta decisión se enmarca dentro de la necesaria obligación de aclarar la eficacia resultante del contrato tras la declaración de nulidad de la cláusula y su ineficacia parcial en el contrato, a la luz del artículo 10.1 LCGC. En esta línea, se aduce que la acción de cesación, aun siendo diferente a la acción de nulidad del artículo 9.2 LCGC, por naturaleza incluye necesariamente una previa pretensión de declaración de nulidad de la cláusula y de determinación de la eficacia resultante para el contrato. De esta forma la sentencia recurrida se apartaría de estos criterios al considerar automáticamente que la acción de nulidad tiene una eficacia *ex tunc* con aplicación del artículo 1303 CC.

SÉPTIMO.- Valoración de la Sala.

La Sentencia recurrida, con argumentos más acordes con un recurso de revisión de la sentencia del Pleno de la Sala de 9 de mayo de 2013 que de aplicación de su doctrina a los actores afectados directamente por la misma, niega la irretroactividad y accede y estima la devolución de las cantidades reclamadas, argumentando la

diferente naturaleza de las acciones ejercitadas, una de cesación y otra individual, añadiendo que en la colectiva no se solicitó la devolución de las cantidades abonadas en virtud de las condiciones a que afecta la sentencia, mientras que en la acción individual si se contempla tal pretensión.

Sin embargo, tal distinción entiende la Sala que no se contempla en la Sentencia del Tribunal Supremo, recogiendo su parágrafo 282 que «como apunta el Ministerio Fiscal, la finalidad de las acciones de cesación no impide el examen de los efectos de la nulidad determinante de la condena a cesar en la utilización de las cláusulas abusivas y a eliminar de sus contratos los existentes, cuando éstas se han utilizado en el pasado.»

Además, añadimos que no resulta trascendente, al efecto aquí debatido, que se trate de una acción colectiva o de una individual, puesto que el conflicto jurídico es el mismo y estamos en presencia de una doctrina sentada por la repetida sentencia para todos aquellos supuestos en que resulte, tras su examen, el carácter abusivo de una cláusula suelo inserta en un préstamo de interés variable cuando se den las circunstancias concretas y singulares que el Tribunal Supremo entendió que la tiñen de abusiva, debiendo ser, por ende, expulsada del contrato.

OCTAVO.- Con las anteriores consideraciones el singular recurso que se somete a nuestro conocimiento tendría respuesta en sentido estimatorio. No obstante, en él se plantea la eficacia irretroactiva de la Sentencia de Pleno de la Sala de 9 de mayo de 2013, que viene mereciendo respuestas dispares por parte de nuestros Tribunales en cuanto a la devolución o no de las cuotas percibidas por las entidades prestamistas en aplicación de la cláusula suelo declarada abusiva.

Teniendo como guía el respeto a nuestra doctrina, a la unificación que debe hacerse de ella en su aplicación y, a la postre, la seguridad jurídica, principio informador del ordenamiento jurídico (Art. 9.3. CE), entendemos necesario ofrecer respuesta a tan debatida cuestión, no revisando la fijada sino despejando dudas y clarificando su sentido.

NOVENO.- La Sentencia del Pleno de 9 de mayo de 2013, al plantearse a instancia del Ministerio Fiscal el elemento temporal de la sentencia, analizó los efectos retroactivos de la nulidad para, a continuación, razonar la posibilidad de limitarla y concluir, en su sistematizado discurso, por declarar la irretroactividad de la sentencia en los términos que se especifican:

1. Recoge como regla general que la ineficacia de los contratos -o de algunas de sus cláusulas, si el contrato subsiste- exige destruir sus consecuencias y borrar sus huellas como si no hubiesen existido y evitar así que de las mismas se deriven efectos, de acuerdo con la regla clásica "*quod nullum est nullum effectum producit*" (lo que es nulo no produce ningún efecto). Así lo dispone, y es el artículo clásico citado cuando se plantea el debate que nos ocupa, el 1303 del Código Civil, a cuyo tenor "[...] 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".

2. La Sala refuerza esa regla general con cita de STS 118/2012 de 13 de marzo, Rc. 675/2009, y se trataría "[...] de una propia restitutio in integrum, como consecuencia de haber quedado sin validez el título de la *atribución patrimonial a que dieron lugar, dado que ésta se queda sin causa que la justifique, al modo de lo que sucedía con la "condictio in debiti". Se trata del resultado natural de la propia nulidad de la reglamentación negocial que impuso el cumplimiento de la prestación debida por el adherente*".

También cita en apoyo del meritado principio el que propugna el 1C 2000 al afirmar que "*[!]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)*".

Finalmente recoge como esa regla la contempla el TJUE para el caso de nulidad de cláusulas abusivas en la Sentencia de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb AG, C-92/11, apartado 58.

3. La Sala, avanzando en la motivación de su discurso, afirma que no obstante la regla general de eficacia retroactiva de las declaraciones de nulidad, sus efectos no pueden ser impermeables a los principios generales del Derecho, destacando de entre ellos el de seguridad jurídica (artículo 9.3 CE).

A fin de evidenciar que la limitación de la retroactividad no es algo anómalo, novedoso o extravagante, cita una serie de normas y resoluciones que así lo atestiguan:

i) *El artículo 106 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común pone coto a los efectos absolutos, inevitables y perpetuos de la nulidad y admite limitaciones al disponer que "[l] as facultades de revisión no podrán ser ejercitadas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes"*

ii) Singularmente, cuando se trata de la conservación de los efectos consumados, existen previsiones al respecto (Artículos 114.2 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Régimen Jurídico de Patentes de Invención y Modelos de Utilidad; 54.2 de la Ley 17/2001 de diciembre, de Marcas y 68 de la Ley 20/2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial).

iii) También el Tribunal Constitucional, por exigencias del principio de seguridad jurídica, ha limitado los efectos retroactivos de la declaración de inconstitucionalidad en las SSTC 179/1994 de 16 junio, 281/1995 de 23 octubre, 185/1995, de 14 diciembre, 22/1996 de 12 febrero y 38/2011 de 28 marzo.

iv) En la misma línea se manifestó la justificación de la enmienda 2 al Proyecto de Ley de Contratos de Crédito al Consumo, presentada por el Grupo Parlamentario Izquierda Republicana-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds, y por la presentada por el Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés para la adición de

una Disposición transitoria nueva con el objetivo de aplicar límites a la variación a la baja del tipo de interés pactado en contratos de préstamo o crédito de garantía hipotecaria, en los que el bien hipotecado sea la vivienda familiar que tengan saldo pendiente de amortización a la entrada en vigor de la Ley, al proponer la ineficacia retroactiva y que *"[l]a eliminación, en su caso, de la cláusula abusiva surtirá efectos económicos en la cuota del mes siguiente al de la entrada en vigor de la presente Ley"*.

v) También esta Sala ha admitido la posibilidad de limitar los efectos de la nulidad ya que *"[l]a "restitutio" no opera con un automatismo absoluto, ya que el fundamento de la regla de liquidación de la reglamentación contractual declarada nula y por la que se pretende conseguir que las partes afectadas vuelvan a la situación patrimonial anterior al contrato, no es otro que evitar que una de ellas se enriquezca sin causa a costa de la otra y ésta es una consecuencia que no siempre se deriva de la nulidad"* (STS 118/2012, de 13 marzo, RC 675/2009)

Como sentencia de cierre, a la hora de exponer la posibilidad de limitar la retroactividad, menciona la del TJUE de 21 de marzo de 2013, RWE, Vertrieb, ya citada, apartado 59, que dispone que: *"[...] 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; Brzeziński, 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, Rçdlihs, C-263/11, Rec. p. I-0000, apartado 59).*

En esta sentencia del TJUE se encuentran los elementos básicos en los que la Sala, en su Sentencia de Pleno, fundó la irretroactividad de la misma, a saber, seguridad jurídica, buena fe y riesgo de trastornos graves.

4. 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 meritado riesgo no se compadece con la motivación de la sentencia, pues el conflicto de naturaleza singular no es ajeno al conjunto de procedimientos derivados de la nulidad de las cláusulas suelo incorporadas en innumerables contratos origen de aquellos, como es notorio y constatable por la abundante cita de sentencias que sobre tal objeto se hace en la presente causa. Y esa fue la razón que retuvo la Sala en su sentencia. La afectación al orden público económico no nace de la suma a devolver en un singular procedimiento, que puede resultar ridícula en términos macroeconómicos, sino por la suma de los muchos miles de procedimientos tramitados y en tramitación con análogo objeto.

5. 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 STS 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 294 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 resoluciones 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.

DÉCIMO.- 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 párrafo 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.

DÉCIMO PRIMERO.- En atención a todo lo expuesto se estima el recurso de casación, confirmando la doctrina sentada por la sentencia del pleno del 9 mayo 2013, cuya cabal clarificación se ha llevado a cabo en la presente, y, asumiendo la instancia, se estima el recurso de apelación interpuesto por la representación de BBVA contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia, declarando que la entidad recurrente no viene obligada a la devolución de los pagos ya efectuados por los prestatarios a la fecha de publicación de la sentencia de 9 mayo 2013.

DÉCIMO SEGUNDO.- No cabe imponer costas del recurso de casación conforme a los artículos 394.1 y 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y por aplicación de tales preceptos tampoco procede hacer expresa condena en costas en las instancias.

DÉCIMO TERCERO.- De conformidad con lo previsto en el artículo 394.1 de la LEC, al que remite el artículo 398.1 de la misma Ley, no procede imponer las costas del recurso extraordinario de infracción procesal a la parte recurrente en atención a las dudas de derecho que planteaba la cuestión suscitada, como se ha tenido ocasión de razonar al decidir el recurso y como se desprende de los motivados escritos de alegaciones de las partes, con amplio debate asimismo en la doctrina científica y Tribunales de instancia.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

F A L L A M O S

1. Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA "BBVA SA", contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Álava (Sección Primera) el día 21 de noviembre de 2013, en el recurso de apelación 465/2013, interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil número Uno de Vitoria en los autos de juicio ordinario 8/2013.

2. Estimar el recurso de casación interpuesto por Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA "BBVA SA", contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Álava (Sección Primera) el día 21 de noviembre de 2013, en el recurso de apelación 465/2013, interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil número Uno de Vitoria en los autos de juicio ordinario 8/2013.

3. Estimar, asumiendo la instancia, el recurso de apelación interpuesto por BBVA SA contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia, declarando que los efectos de restitución derivados de la declaración de nulidad de la cláusula no se extienden a los pagos de intereses efectuados en aplicación de ella anteriores a la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013.

4. Se fija como doctrina: "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".

5. No se imponen a la parte recurrente las costas del recurso extraordinario de infracción procesal ni las del recurso de casación, con devolución del depósito para recurrir.

6. No ha lugar a hacer expresa condena en las costas de las instancias.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.-

Firmado y Rubricado.- Francisco Marín Castán .- José Ramón Ferrándiz Gabriel.- José Antonio Seijas Quintana .- Antonio Salas Carceller.- Ignacio Sancho Gargallo .- Francisco Javier Orduña Moreno .-Rafael Sarazá Jimena .- Sebastián Sastre Papiol .- Eduardo Baena Ruiz.- Xavier O' Callaghan Muñoz.-

TRIBUNAL SUPREMO

Salade loCivil

VOTO PARTICULAR

FECHA:25-3-2015

Voto particular que formula el Excmo. Sr. Magistrado don Francisco Javier Orduña Moreno y al que se adhiere el Excmo. Sr. Magistrado don Xavier O' Callaghan Muñoz.

Contexto valorativo: el control de transparencia en las condiciones generales como figura sujeta a elaboración o desarrollo jurídico .

PRIMERO .- Con absoluto respeto a la decisión de la mayoría de los Magistrados, y compañeros de la Sala, debo indicar, desde el principio, que el voto particular que formulo, aunque necesariamente discrepante con dicha decisión, se realiza desde la finalidad primordial de que resulte útil o sirva para el mejor estudio y análisis de las consecuencias jurídicas derivadas del control de transparencia.

Este propósito, por lo demás, resulta plenamente coherente con el actual proceso de reforzamiento de los derechos de los consumidores y usuarios, en donde la novedad e impronta que presenta el control de transparencia, como plasmación del principio de transparencia real en el marco general del control de abusividad, está dando lugar a una necesaria adecuación de la dogmática tradicional del contrato en aras a superar la concepción meramente "formal" de los valores de libertad e igualdad, referidos únicamente a la naturaleza negocial del contrato y, por extensión, al mero literalismo interpretativo ("pacta sunt servanda"), en aras a una aplicación material de los principios de buena fe y conmutabilidad en el curso de validez, control y eficacia del fenómeno de la contratación bajo condiciones generales.

En este contexto, tanto por la propia complejidad que encierra este proceso de adecuación de la dogmática contractual a la nueva realidad que presenta el fenómeno en consideración, como por las lógicas limitaciones de análisis que acompañan al proceso judicial, la caracterización y alcance del control de transparencia en el marco de la doctrina jurisprudencial se está llevando a cabo, también necesariamente, desde una progresiva construcción del fundamento técnico de su respectiva aplicación.

Sin embargo, y he aquí lo relevante, también debe de ser puntualizado que todo avance alcanzado en esta labor de progresiva construcción jurídica de la figura ha requerido, inevitablemente, de un previo y correcto enfoque metodológico tanto del fenómeno jurídico de las condiciones generales de la contratación, como de los ámbitos o aspectos a desarrollar en la caracterización y alcance del control de transparencia. Sirva de ejemplo, a tenor del propio desenvolvimiento de la doctrina jurisprudencial de esta Sala, que la configuración contractual que se realiza del control de transparencia en la sentencia de 8 de septiembre de 2014 (núm. 464/2014), como un previo y especial deber contractual del predisponerte en orden a la comprensibilidad real, en el curso de la oferta comercial y su correspondiente reglamentación seriada, de las consecuencias económicas y jurídicas que se deriven a cargo del consumidor adherente, no habría sido posible si con anterioridad, y desde el plano metodológico señalado, sentencias de esta Sala como la de 18 de junio de 2012 (núm. 406/2012) y las que siguieron, entre otras, la de 9 de mayo de 2013 (núm. 241/2013) no hubiesen establecido, conforme a la naturaleza y función del fenómeno de las condiciones generales, su clave interpretativa o fundamento técnico consistente en un modo de contratar claramente diferenciado del contrato por negociación y, por tanto, con un régimen y presupuesto causal propio y específico.

En esta línea se desenvuelve el voto particular, esto es, en la necesidad de fijar un previo y correcto enfoque metodológico, o clave interpretativa, del aspecto a considerar en el control de transparencia, en nuestro caso, de la naturaleza y alcance de la razón de ineficacia que se deriva de la nulidad de la cláusula por falta de transparencia en el marco de una acción individual de impugnación, especialmente ante la insuficiencia al respecto que presenta el fundamento técnico que sustenta la presente sentencia de

esta Sala consistente, bien en una mera remisión en bloque a la fundamentación que para el caso de una acción de cesación se contempló en la citada sentencia de 9 de mayo de 2013, tal y como expresamente se señala en esta sentencia: "entendemos necesario ofrecer respuesta a tan debatida cuestión, no revisando la fijada sino despejando dudas y clarificando su sentido" (fundamento del derecho octavo, párrafo último) o bien, en la abstracta alegación del principio de buena fe, sin concreción alguna respecto de su proyección en la naturaleza y alcance del control de transparencia (fundamento de derecho décimo, párrafo primero).

SEGUNDO .- La inexistencia de cosa juzgada respecto del pronunciamiento de la sentencia de 9 de mayo de 2013 sobre la cuestión relativa a la restitución o no de los intereses pagados y la necesidad de concretar el fundamento técnico de la cuestión en el ámbito de ejercicio individual de la acción de impugnación por el consumidor adherente.

Este voto está conforme con la desestimación del motivo único en el que se articula el recurso extraordinario por infracción procesal sin perjuicio de que conviene completar la argumentación expuesta con lo que constituye el verdadero fundamento de la no aplicación del efecto de cosa juzgada a la pretensión que integra la presente litis: las claras diferencias entre la acción individual y la acción colectiva de cesación que dió lugar a la sentencia de 9 de mayo de 2013, que se desarrollará más adelante en orden al fundamento y naturaleza de la ineficacia derivada.

No obstante, esta línea argumental, no es posible olvidar que lo que la entidad recurrente ejercitó y que dió lugar a la conocida sentencia del Pleno de esta Sala, era una acción de cesación, es decir, que el Tribunal Supremo condenara a las entidades de crédito a cesar en la aplicación de las cláusulas suelo y abstenerse de utilizarlas en el futuro, en ningún caso se solicitaba un pronunciamiento en relación a la restitución de las cantidades indebidamente cobradas, que hubiera requerido la acumulación de esta acción a la acción de cesación.

Esta primera aproximación permite, en primer lugar, matizar en cuanto a su alcance y sin perjuicio de lo que se desarrolle en casación, el pronunciamiento de esta Sala en relación a la mal llamada irretroactividad de la cláusula declara nula: tal petición fue introducida por el Ministerio Fiscal sin que integrara inicialmente el objeto del proceso y su adopción obedeció a razones económicas que así lo aconsejaban en el marco del enjuiciamiento abstracto propio de la acción de cesación lo que, por supuesto, en ningún caso implica que se haya declarado la irretroactividad de la nulidad de las cláusulas suelo en general. Es decir, no podemos olvidar que la STS de 9 de mayo de 2013 da respuesta a una acción ejercitada por unas partes procesales, en concreto, una asociación de consumidores de productos bancarios, AUSBANC, como demandante, y unas concretas entidades bancarias como demandadas, por tanto, si al final del pronunciamiento el Tribunal se pronuncia sobre la mal llamada irretroactividad, ese pronunciamiento lo debemos entender realizado sólo y exclusivamente para su sentencia pues en ese marco donde se ha pronunciado. Lo cual, y esta es la verdadera razón desestimatoria del recurso extraordinario y que impide apreciar el efecto de cosa juzgada en la extensión pretendida por el recurrente, lleva aparejado que posteriormente los particulares entablarán el juicio correspondiente que decidirá lo pertinente en cada caso atendiendo a las circunstancias concretas. En consecuencia será necesario, en el marco de una acción individual, examinar si en cada caso concurren o no las circunstancias que integran el juicio de transparencia y posteriormente determinar el régimen de ineficacia de la declaración, en su caso, de nulidad y que se traduce en el efecto devolutivo de las cantidades percibidas por la aplicación concreta de la cláusula.

En segundo lugar, hay que señalar que esta aproximación que nos ofrece el presente caso, en orden a la inexistencia de la cosa juzgada, también nos permite constatar la observación que se hace, de un modo preliminar, en el fundamento anterior de este voto particular, esto es, la improcedencia e insuficiencia de asumir "en bloque" la fundamentación técnica de la sentencia de 9 de mayo de 2013 en un supuesto, el del ejercicio individual de la acción de impugnación por el consumidor adherente, en donde se "quiebra", y así se reconoce, el presupuesto de identidad de la cosa juzgada. Quiebra que, por lo demás, no sólo se produce ante la ausencia en aquel caso de la

preceptiva acumulación de pretensiones de condena, sino también por la falta de los otros elementos que determinan la identidad, principalmente la distinta naturaleza y función de la acción ejercitada.

Sin embargo, y pese a lo anterior, la presente sentencia en la fundamentación que acompaña al recurso de casación renuncia, de forma nítida, a realizar cualquier intento de justificar su decisión en base al tratamiento específico y diferenciado de la ineficacia derivada de la declaración de abusividad, en el ejercicio individual de la acción de impugnación. Una mera lectura de la sentencia resulta ilustrativa de la afirmación realizada pues los fundamentos séptimo, octavo y noveno, responden a una mera transcripción de los párrafos de la citada sentencia, a saber: fundamento séptimo, párrafo 282; fundamento octavo, se señala expresamente esta remisión en bloque al precisarse que la sentencia no revisa la doctrina fijada en la sentencia de 9 de mayo, sino que "despeja dudas y clarifica su sentido"; y fundamento noveno, párrafos 283 a 294, íntegramente transcritos.

En suma, mal se compadece esta simple transcripción con el reconocimiento de la ausencia de cosa juzgada que compromete, a todas luces, una necesaria fundamentación técnica ajustada a la naturaleza y características del nuevo caso planteado; sobre todo si tiene en cuenta, y esto no ha pasado inadvertido, que los principales argumentos que sustenta la sentencia de 9 de mayo para limitar la llamada retroactividad de la cláusula nula traen causa, necesariamente, bien de la naturaleza de la acción colectiva de cesación, que fue objeto de dicha sentencia (párrafos 283, 279, 280, 281, 298, 299 y 300), o bien, de argumentos extraídos y añadidos de otros supuestos a considerar, caso de la retroactividad normativa STJUE de 21 de marzo de 2013 (párrafo 286), del artículo 106 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas (párrafo 287), de las legislaciones de Patentes y de Marcas (párrafo 288), del principio de seguridad jurídica y retroactividad de la declaración de inconstitucionalidad (párrafo 289) o de la ya citada STJUE de 21 marzo 2013, en su vertiente de seguridad jurídica y el riesgo de trastornos económicos graves (orden público económico).

Como puede observarse, ninguno de ellos se plantea con relación a las características y naturaleza del caso aquí planteado; de ahí la denunciada falta de fundamentación técnica al respecto. Todo ello, sin contar que el verdadero motivo de la limitación del denunciado efecto retroactivo de la nulidad de la cláusula, en su momento, no fue otro que el posible riesgo de trastornos graves o sistémico en las entidades financieras; riesgo que en la actualidad ha desaparecido merced al saneamiento financiero efectuado.

Control de transparencia y razón de la ineficacia derivada por el ejercicio de la acción individual de impugnación.

TERCERO .- Consideraciones previas. El fenómeno de la ineficacia contractual: perspectivas, planos de análisis y directrices de interpretación .

Del mismo modo que el fenómeno de las condiciones generales, su naturaleza y función, ha sido objeto de un necesario y previo análisis y planteamiento metodológico a los efectos de poder concretar la naturaleza y alcance jurídico del control de transparencia en la contratación seriada, el fenómeno de la ineficacia contractual de la cláusula abusiva, como consecuencia derivada de dicho control, también requiere de las anteriores perspectivas metodológicas y de análisis para poder concretar su naturaleza y alcance, conforme a su correcta fundamentación técnica.

En esta línea, ha profundizado precisamente, la reciente doctrina jurisprudencial de esta Sala, entre otras, SSTS de 28 octubre 2014, núm. 440/2014 y 10 diciembre 2014, núm. 695/2014, destacándose que la ineficacia de los actos y negocios jurídicos, como fenómeno jurídico de especial complejidad y concreción técnica, requieren de una suerte de perspectivas metodológicas y directrices de interpretación para la correcta valoración que presenta su naturaleza y alcance, esto es, su fundamentación jurídica.

Entre éstas, siguiendo las citadas sentencias, conviene destacar dos directrices que interesan, sin duda, al caso planteado.

Así, en primer lugar, se ha precisado que en aquellos supuestos, en donde el ordenamiento jurídico no dé una respuesta técnica y concreta acerca de la naturaleza o alcance de la ineficacia derivada, su valoración no puede quedar reconducida a un planteamiento estático y dogmático de la cuestión consistente en la mera adscripción del supuesto, tomado en consideración, respecto de las categorías de la ineficacia contractual desarrolladas por la doctrina científica.

Por el contrario, el método de análisis a emplear es consustancialmente dinámico y flexible conforme a las características relevantes que presente el caso objeto de examen, de forma, y esto es lo relevante, que el contenido y alcance de la ineficacia derivada tiende a adaptarse a la naturaleza y función que presenta el fenómeno jurídico en cuestión, la naturaleza de la figura o la institución que la articula, y la relevancia de los bienes e intereses jurídicos que resulten objeto de protección. Todo ello, conforme a la finalidad perseguida por la norma y, en su caso, en el marco de aplicación de los Principios generales del derecho.

En segundo lugar, y en la línea de la perspectiva metodológica señalada, también se destaca en el ámbito de estas directrices de interpretación que, precisamente en atención al desenvolvimiento y proyección de los Principios generales del derecho, la reciente doctrina jurisprudencial de esta Sala (STS de 15 de enero de 2013, núm. 827/2012), conforme, por lo demás, con el desenvolvimiento de los principales textos de armonización y desarrollo del Derecho contractual europeo, ha declarado que "la conservación de los actos y negocios jurídicos (favor contractus) se erige como un auténtico principio informador de nuestro sistema jurídico patrimonial que comporta, entre otros extremos, el dar una respuesta adecuada a las vicisitudes que pueda presentar la dinámica contractual desde la preferencia y articulación de los mecanismos que anidan en la validez estructural del contrato y su consiguiente eficacia funcional, posibilitando el tráfico patrimonial y la seguridad jurídica".

Directriz especialmente aplicable al fenómeno de la contratación seriada con consumidores dada la clara finalidad tuitiva de las normas de aplicación, puesto que

manifiesto tanto por la reciente STJUE de 30 abril 2014 (C- 280/2013), como por las SSTS de 18 junio 2012 y 8 septiembre 2014, ya citadas.

Contexto metodológico que, como se puede observar fácilmente, ha sido plenamente desatendido por la presente sentencia, cuyo planteamiento al respecto consiste en una mera remisión en bloque a la fundamentación dada con ocasión a la aplicación de una acción colectiva de casación (STS de 9 mayo 2013), y en una vaga e indeterminada alusión a la buena fe; sin tener en consideración el necesario entronque del análisis de la ineficacia con relación al fenómeno básico que la sustenta, esto es, la contratación seriada, su necesaria conexión con la naturaleza y alcance de la figura o instrumento jurídico que la articula, es decir, el propio control de abusividad, y su ineludible proyección respecto de la naturaleza de la acción que realmente se ejercita y los concretos bienes e intereses que se tutelan, esto es, con necesaria referencia a su plasmación en el marco de la acción individual de impugnación que ejercita el consumidor y la tutela de sus específicos derechos.

Esta consideración que, como se ha señalado, resulta evidente a tenor de la fundamentación técnica que dispensa la sentencia fuerza, como también se ha señalado, que el voto particular desarrolle el debido planteamiento metodológico que presenta la ineficacia contractual de la cláusula abusiva en el ejercicio de la acción individual, cuya complejidad y naturaleza conceptual exige una respuesta directa, sin atajos o remisiones a otros lugares donde, pese a su proximidad, no ha sido realmente planteada.

CUARTO .- Delimitación de principio. La debida diferenciación dela naturaleza y alcance de la ineficacia derivada de la cláusula abusiva respecto del fenómeno de la retroactividad.

Un claro ejemplo de la necesidad del previo examen metodológico que presenta la cuestión y del que, además, debemos partir para su correcto desarrollo, se constata en el inicio de la fundamentación jurídica de la sentencia (fundamento de derecho noveno), en donde literalmente se declara: "La Sentencia del Pleno de 9 mayo 2013, al

plantearse a instancias del Ministerio Fiscal el elemento temporal de la sentencia, analizó los efectos retroactivos de la nulidad para, a continuación, razonar la posibilidad de limitar la y concluir, en su sistematizado discurso, por declarar la irretroactividad de la sentencia en los términos que éste especifican" (el subrayado es nuestro).

Como puede observarse, la delimitación de la razón de ser de la ineficacia derivada de la cláusula abusiva en el marco del fenómeno de la retroactividad, ya de la nulidad, o de cualquier otro régimen típico de ineficacia contractual de que se trate, constituye un error de concepto en el planteamiento inicial de la cuestión. Error de concepto que, debido a la remisión en bloque señalada, se arrastra desde la sentencia de 9 mayo 2013 y en el que yo mismo incurrí al ser firmante de la misma, sin ninguna observación al respecto. De ahí, la importancia de la perspectiva metodológica señalada y la conveniencia, en todo caso, de corregir los errores observados.

En este sentido, el fenómeno de la retroactividad viene referido a la vigencia de las normas en el tiempo y acontece cuando la nueva ley se aplica a los actos jurídicos realizados bajo la vigencia de la ley antigua y a las situaciones jurídicas producidas bajo la vigencia de la misma, de forma que a través de normas de transición (Derecho transitorio) la nueva ley incorpora las disposiciones que han de regir las relaciones jurídicas afectadas por el cambio legislativo. Sin embargo, en el ámbito de la ineficacia derivada de la cláusula abusiva nada de esto acontece, pues la normativa aplicable no establece ninguna suerte de efecto retroactivo al respecto. En efecto, la LCGC expresamente prevé que sólo desde el su entrada en vigor podrán ejercitarse las acciones de cesación, de retractación y declarativas reguladas en la misma (Disposición transitoria única), mientras que la LGDCU, Texto refundido de 2007, no contempla referencia alguna a esta materia en sus tres disposiciones transitorias. La conclusión, por tanto, no puede ser otra que la exclusión del fenómeno retroactivo en orden a la fundamentación técnica de la naturaleza y alcance de la ineficacia derivada de la cláusula abusiva que, como se ha anticipado, debe ser objeto de una valoración propia y específica conforme a las directrices señaladas.

Esta conclusión, y ello resulta ilustrativo del prematuro contexto metodológico con el que se abordó la cuestión, sin duda por la urgencia y novedad que acompañó su resolución, es seguida, inadvertidamente, por la propia sentencia de 9 mayo que destaca la necesaria proyección de futuro de la acción de cesación a tenor de la normativa citada (parágrafos 279 y 280) y, no obstante, elabora la fundamentación técnica de la ineficacia derivada en el incorrecto plano de los efectos retroactivos tanto respecto del alcance del concepto de nulidad contractual, como de la propia eficacia de la sentencia dictada. En síntesis, la consecuencia de esta indebida asimilación de los planos señalados, que excede del campo de aplicación, tanto procesal como sustantivo, de la acción de cesación que fue objeto de la sentencia de 9 mayo, hizo posible que dicha sentencia se pronunciara con un fundamento de retroactividad, respecto de los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de la misma y, por tanto, con relación a consumidores que no había sido parte del proceso, (pronunciamiento 10º del fallo) sin cobertura legal para ello. Cuando lo procedente hubiese sido pronunciarse, respecto a la petición del Ministerio Fiscal, precisándose que el efecto temporal de la sentencia carece de efectos retroactivos, cuestión que no es obstáculo para no estimar el efecto devolutivo de las cantidades ya pagadas, en los contratos que pudieron resultar afectados por la nulidad declarada de la cláusula suelo, tanto en base a la naturaleza de la acción de cesación ejercitada y con los argumentos que directamente sobre esta cuestión se esgrimieron, como en que no hubo acumulación de acciones individuales o accesorias al respecto.

Sin embargo, las consecuencias de esta indebida asimilación conceptual se han agravado con la presente sentencia, pues al no revisar la fundamentación jurídica de la sentencia de 9 mayo en esta materia su pronunciamiento, igualmente carente de fundamento normativo de eficacia retroactiva, se ha realizado en atención a acciones individuales de impugnación con la consecuyente y lógica pretensión del efecto de devolutivo de las cantidades ya pagadas.

QUINTO .- Fundamento y concreción de la ineficacia derivada. Razón del efecto restitutorio y de su alcance "ex tunc" en el ejercicio de acciones individuales de impugnación.

Sentado que la naturaleza y alcance de la ineficacia de la cláusula abusiva no puede ser sustentada desde un fundamento normativo de retroactividad, así como la innegable incidencia de la vía o acción específicamente ejercitada en su impugnación, especialmente de la debida diferenciación procesal y sustantiva entre la acción de cesación y la acción individual, la sentencia tenía que haberse planteado la cuestión de la ineficacia derivada desde la perspectiva valorativa, dinámica y flexible, de las claves interpretativas que definen el fenómeno jurídico en donde está ineficacia incide y se articula, conforme a la finalidad tuitiva que preside la normativa objeto de aplicación. De este modo, la respuesta obtenida no sería, en ningún caso, producto de un planteamiento dogmático, esto es, derivado de la mera letra de la norma, que ya declara la nulidad de pleno derecho de la cláusula abusiva (artículo 8.1 LCGC), sino fruto de un proceso de concreción o fundamentación técnica ajustada a las características del fenómeno jurídico que, como hemos señalado en el fundamento tercero de este voto particular, cabe realizar cuando la norma aplicable, bien por su propia fundamentación, o bien por su interpretación sistemática, no ofrezca una respuesta o desarrollo técnico que resulte suficiente o unívoco al respecto. Este sentido, y no otro, es el que cabe extraer del viejo brocardo "quod nullum est nullum effectum producere debet" y de la fórmula abierta que dispensa el artículo 1303 del Código Civil (ambos citados por la sentencia de 9 de mayo, párrafo 283), pues la referencia a la inexistencia de efectos ("nullum effectum") no se realiza desde el plano material o fáctico sino desde el plano de la causalidad jurídica, porque la reacción del ordenamiento jurídico ante los supuestos de ineficacia contractual no es siempre igual, ni uniforme, sino ajustada al fenómeno jurídico tomado en consideración.

En nuestro caso, esta causalidad jurídica o fundamentación técnica respecto de la restitución de las cantidades entregadas como consecuencia de la nulidad contractual de la cláusula abusiva, con mayor precisión del "efecto devolutivo" de las mismas, dado que el contrato no resulta resuelto, se realiza, como ya se ha destacado en las directrices de interpretación, en atención a las claves valorativas que definen la naturaleza del fenómeno en el que incide la ineficacia y la función de los instrumentos que la articulan. Claves, por lo demás, que ya han sido suficientemente desarrolladas

por la doctrina jurisprudencial de esta Sala y por la jurisprudencia del TJUE y cuya aplicación al presente caso debería haber llevado a la plena estimación del efecto devolutivo de las cantidades ya pagadas desde la perfección del contrato celebrado.

En síntesis, esta Sala tiene declarado, como doctrina jurisprudencial consolidada (STS de 8 septiembre 2014) que la ineficacia contractual en la contratación seriada, más allá de la referencia genérica al concepto de nulidad, tiene un tratamiento o fundamento específico y necesariamente conexo a la calificación de este fenómeno como un "modo de contratar", esto es, con un régimen y presupuesto causal propio y diferenciado. Régimen que, entre otros bienes jurídicos objeto de protección, responde a la finalidad tuitiva del consumidor adherente y que justifica el necesario cumplimiento por el predisponente de unos especiales deberes de configuración contractual en orden a asegurar el equilibrio prestacional y la comprensibilidad real de la reglamentación predispuesta y, con ellos, "la eficacia resultante de la misma".

En este contexto, el instrumento técnico que la normativa aplicable incorpora para articular dicho contraste o comprobación es el denominado control de abusividad que, por su función y naturaleza, es "un control de eficacia de la reglamentación predispuesta" y, por ende, de la ineficacia que pudiera derivarse. De esta forma, el control de abusiva opera como un "propio control de legalidad" que se proyecta, de un modo objetivable, en orden a la idoneidad de la reglamentación predispuesta respecto de los parámetros de equilibrio prestacional y de transparencia real anteriormente señalados. Proyección del control de abusividad que, necesariamente, se realiza al valorar la reglamentación predispuesta en "el momento de celebración del contrato". Conclusión inobjetable tanto en el campo de la doctrina científica como en el ámbito de la doctrina jurisprudencial (con especial reiteración en la jurisprudencia del TJUE, sentencias de 21 febrero y 14 marzo 2013 y 16 enero 2014).

Esta caracterización, por lo demás, es igualmente predicable del control de transparencia (artículo cinco de la Directiva 93/13, artículo 5. 5 y 7.b de la LCGC y 80.1 (a) del TR-LGDCU) que opera con un control de legalidad en orden a comprobar, primordialmente, que la cláusula contractual predispuesta refiera directamente la

comprensibilidad real, que no formal, de los aspectos básicos del contrato en el marco de la reglamentación predispuesta, de forma que el consumidor y usuario conozca y comprenda las consecuencias jurídicas que, de acuerdo con el producto o servicio ofertado, resulten a su cargo, tanto respecto de la onerosidad o sacrificio patrimonial que realmente supone para el consumidor el contrato celebrado, como de la posición jurídica que realmente asume en los aspectos básicos que se deriven del objeto y de la ejecución del contrato, STS de 26 de mayo de 2014 (núm. 86/2014).

Pues bien, dado que la ineficacia resultante no tiene un fundamento de retroactividad normativa ni, por extensión, la sentencia que la declara, los criterios o pautas que sirven para determinar el alcance del efecto restitutorio o devolutivo deben extraerse, necesariamente, de este contexto valorativo que informa el régimen de eficacia y control de las condiciones generales de la contratación. Y aquí, en el caso del ejercicio de las acciones individuales, los criterios que resultan aplicables no dan otra alternativa posible que no sea la determinación del efecto devolutivo de las cantidades ya pagadas con carácter "ex tunc", esto es, desde el momento de la perfección del contrato predispuesto.

Esta conclusión se alcanza por la naturaleza y función de los elementos que determinan el régimen de eficacia y de control de la contratación seriada, es decir, por la naturaleza y función del propio fenómeno de las condiciones generales, del control de abusividad y de la acción ejercitada; todo ello, conforme a la función tuitiva que los preside.

Así, por ejemplo, el primer elemento o criterio indicado, el fenómeno de la contratación bajo condiciones generales, nos informa, con carácter general, de la caracterización del régimen de ineficacia que resulta aplicable. En este sentido, acorde con la naturaleza y función de este fenómeno jurídico, la forma o el modelo de ineficacia responde a los parámetros de una ineficacia funcional, relativa, parcial e insanable. En efecto, la ineficacia es, en primer término, funcional, porque la reglamentación predispuesta, por su naturaleza, no contiene ninguna irregularidad en su estructura negocial y nace, por tanto, regularmente firmada y eficaz; sin embargo,

funcionalmente su ejecución lleva a un resultado que el ordenamiento jurídico no permite consolidar, esto es, la lesión del consumidor adherente por la falta de equilibrio prestacional o de transparencia real.

En este contexto, también puede sostenerse que la ineficacia es provocada pues se permite que los consumidores y usuarios puedan operar dicha ineficacia con la correspondiente pretensión de impugnación. En segundo término, la ineficacia es relativa y parcial porque despliega sus efectos entre las partes (no tiene proyección "erga omnes") y afecta sólo a la cláusula declarada abusiva, que es objeto de la ineficacia, no así el resto del contenido contractual (principio de conservación del contrato en interés del consumidor). Por último, la ineficacia es más bien insanable en relación a la cláusula declarada abusiva, pues no se permite su moderación, ni su integración en el contrato subsistente.

Por su parte, la naturaleza y función del control de abusividad y de la acción ejercitada, de acuerdo a la anterior caracterización general, nos concretan ya el alcance del mecanismo restitutorio que opera como una consecuencia directa de la situación de ineficacia de la cláusula declarada abusiva. En ese sentido, el control de abusividad, como control de eficacia de la reglamentación predispuesta se formula, necesariamente, desde una perspectiva declarativa del carácter abusivo de la cláusula, esto es, de la lesión o perjuicio que se infiere al consumidor en la reglamentación predispuesta y, por tanto, con remisión a la propia celebración del contrato que funcionalmente los causaliza. De ahí su correspondencia con el examen de legalidad o idoneidad que también, necesariamente, como se ha señalado, toma como referencia temporal el momento de la celebración del contrato para valorar el posible desequilibrio prestacional o la falta de la debida transparencia real. La inidoneidad de la reglamentación predispuesta, por tanto, es valorada y declarada en atención al marco temporal de la celebración o perfección del contrato, momento "esencial" en donde el predisponentes tenía que haber cumplido ya sus especiales deberes de configuración comercial para que su reglamentación predispuesta no lesionara los derechos del consumidor adherente.

En esta misma dirección, se desenvuelve la naturaleza y función de la acción individual de impugnación que se ejercita. En efecto, de acuerdo con el carácter de ineficacia provocada señalado, y fuera del contexto dialéctico acerca de la naturaleza declarativa o constitutiva de la acción de anulación, lo cierto es que el específico tratamiento o concreción de la ineficacia resultante en el fenómeno de las condiciones generales queda informado, en este punto, por la pretensión de impugnación del consumidor adherente dirigida a obtener un pronunciamiento judicial que declare el carácter abusivo de la cláusula en cuestión y, por tanto, su nulidad e ineficacia contractual. Desde esta innegable perspectiva deben tenerse en cuenta dos criterios que delimitan el alcance del pronunciamiento judicial. El primero obedece a la propia estructura sistemática de nuestro Código Civil, en donde el mecanismo de la restitución viene referido como una consecuencia ineludible de la situación de ineficacia contractual derivada de la nulidad o anulación del contrato, en nuestro caso de la nulidad de la cláusula abusiva. Tratamiento unitario que resulta indiscutible en la estructura sistemática de nuestro Código Civil. El segundo, obedece a la propia naturaleza o formalidad del mecanismo de la restitución que conduce, en principio, a que las consecuencias o efectos de la misma hayan de retrotraerse al momento de la celebración del contrato, esto es, con un claro alcance "ex tunc". Extremo, como fácilmente puede observarse, completamente diferente al fenómeno de la retroactividad normativa y su aplicación judicial. Pues bien, en el presente caso, debe señalarse que nada obsta a que este alcance natural de la restitución opere con normalidad, pues en el contexto contractual en donde incide la acción ejercitada no se contemplan derechos de terceros que deban ser protegidos, ni otros planos de la relación contractual (liquidación del estado posesorio, indemnización de daños y perjuicios, etc.) que merezcan una aplicación diferenciada del meritado efecto restitutorio, que actúa de forma natural como una consecuencia derivada de la ineficacia de la cláusula declarada abusiva. (SSTS de 30 abril 2013, núm. 275/2013 y 22 abril 2014, núm. 763/2013).

Como puede observarse, el tratamiento de las situaciones de ineficacia contractual resulta siempre complejo a la hora de su debida justificación o fundamentación jurídica, máxime en supuestos tan novedosos como los que se deriven de la aplicación del

control de transparencia, pero precisamente por ello, resulta del todo necesario llevar a cabo la tarea de su delimitación y concreción jurídica.

Control de transparencia y proyección del principio de buena fe.

SEXTO .- Principio de buena fe: su concreción y engarcecontractual como fundamento de los especiales deberes de configuracióncontractual que incumben al predisponente.

Conforme a lo anteriormente expuesto, fundamento primero y segundo de este voto particular, y dada la remisión en bloque que se realiza respecto de la fundamentación técnica que desarrolló la sentencia de 9 mayo 2013, tal y como se ha señalado, la única aportación específica que la presente sentencia dedica a la cuestión aquí debatida es la imposible alegación de buena fe, "por los círculos interesados", a partir de la fecha de publicación de la citada sentencia (fundamento de derecho décimo).

La expresión, que parece tomada de la STJUE de 21 marzo 2013, RWE Vertrieb, (también citada en la STS del 9 mayo y que contempla un supuesto no asimilable al aquí tratado, como ya se ha señalado), merece ser objeto de comentario por su evidente ambigüedad, pues como sabemos las alegaciones al principio de buena fe, bien como delimitación del ejercicio de los derechos y deberes subjetivos (7.1 del Código Civil), o bien, como criterio de integración contractual (1258 del Código Civil) deben de ser objeto de concreción al caso en donde resulten de aplicación.

Así, en primer lugar, debe señalarse que precisamente esta Sala, en su sentencia de 8 septiembre 2014, ya ha realizado esta concreción del principio de buena fe en la contratación seriada, particularmente respecto del control de transparencia. Esta concreción se ha realizado, además, en toda la vertiente de decantación conceptual que presentaba el citado principio, esto es, atendiendo al desenvolvimiento de las directrices de orden público, a su plasmación emblemática en la definición de la cláusula general de abusividad, a su específica aplicación en el control de abusividad y, en suma, a su necesario engarce o configuración contractual. Y el resultado de la

misma no ha sido otro, por otra parte absolutamente lógico con relación a la naturaleza y función del fenómeno analizado, que proyectar su plena incidencia en el plano de los especiales deberes de configuración contractual que asume el predisponente en orden a la transparencia real de la reglamentación predispuesta, en el curso de la oferta y perfección del contrato celebrado. Deberes especiales de configuración contractual que, con fundamento en el principio de buena fe contractual así señalado, no pueden resultar desnaturalizados por la fecha de publicación de ninguna sentencia, pues constituyen el objeto de examen del control de transparencia y vienen impuestos por la propia función tuitiva de la normativa aplicable en esta materia afectando, por definición imperativa de esta normativa, al predisponente y no al consumidor adherente.

Otra cuestión, en segundo lugar, es que la presente sentencia realce que tras la publicación de la sentencia del 9 mayo 2013 se dé un conocimiento general del alcance de la cláusula suelo que haga perder su condición de cláusula sorpresiva, o al menos desconocida para el consumidor adherente. Extremo, que tampoco impediría que el consumidor estableciera la correspondiente impugnación, si bien, esta divulgación o conocimiento general de la citada cláusula sería tenida en cuenta en el pertinente control de transparencia a los efectos de valorar su validez y eficacia, pero sin alterar o invertir la proyección del principio de buena fe, como fuente o fundamento de los citados especiales deberes de configuración contractual a cargo del predisponente.

Por último, y en tercer lugar, lo que resulta inasumible, por muchos "círculos" que se quieran realizar, es que el principio de buena fe, dispuesto al servicio o tución del consumidor adherente, opere en contra del mismo incluso sobre aspectos o ámbitos de la relación negocial predispuesta con anterioridad a la citada fecha de publicación de la sentencia de 9 mayo 2013, caso del efecto devolutivo de los intereses pagados con anterioridad a dicha fecha por el consumidor adherente, y con independencia de proceso judicial alguno al respecto; de forma que se produce la "cuadratura del círculo" al dictar una sentencia creadora de una auténtica norma general, con carácter retroactivo, y sin cobertura legal para ello.

SÉPTIMO .- La improcedencia del efecto retroactivo de la sentencia respecto de la prohibición de moderar o integrar la eficacia dela cláusula declarada abusiva.

Por último, debe señalarse que la presente sentencia al declarar la irretroactividad de la nulidad respecto de los pagos de los intereses realizados con anterioridad a la fecha de publicación de la sentencia de 9 mayo 2013, declaración que se realiza de un modo generalizado para todo consumidor adherente, venga no afectado por la acción colectiva de cesación que fue objeto de la citada sentencia, y con independencia de la naturaleza del ejercicio individual de la acción de impugnación, opera, de modo material, una consecuencia jurídica que expresamente viene prohibida tanto por la jurisprudencia del TJUE, sentencia de 14 junio 2012 (TJCE/2012/143, caso Banco Español de Crédito), como por la reforma legislativa a la que dicha sentencia dio lugar (nuevo artículo 83 de la Ley 3/2014, de 27 marzo de modificación del Texto refundido 1/2007), esto es, que se produzca una integración, aunque sea temporalmente parcial, de la eficacia de la cláusula declarada nula por abusiva; extremo que claramente determina la presente sentencia pues en el plano material señalado, afectante al derecho de tutela judicial efectiva de los consumidores, que sin ser parte del proceso judicial establecido y, por tanto, sin atención a las circunstancias concretas de su relación contractual, ven vulnerada su legítima pretensión de impugnación de la citada cláusula y su derecho a la devolución íntegra de las cantidades satisfechas.

Atentándose, del mismo modo, al efecto sancionador y disuasorio que informó la sentencia citada del TJUE, pues dada esta integración parcial de la eficacia de la cláusula nula, el mensaje que se transmite no es otro que el de la posibilidad de incumplir los especiales deberes de transparencia por el predisponente, sin sanción inicial alguna, que es lo que aquí ocurre al no estimarse la restitución de dichas cantidades con carácter "ex tunc", esto es, desde el momento en que venía obligado el predisponente. Bastando, de cara al futuro, que respecto de otras posibles cláusulas conflictivas se provoque una acción colectiva de cesación, cuestión que no descrita su posible instrumentalización abusiva o fraudulenta al respecto, para condicionar su aplicación a este incorrecto plano de la retroactividad y, en consecuencia, a la posible eficacia parcial de la cláusula que se declare abusiva.

OCTAVO .- En virtud de todo lo razonado anteriormente, el recurso de casación debió ser igualmente desestimado, con la consiguiente confirmación tanto de la declaración de abusividad por falta de transparencia real de las cláusulas objeto de examen, como del pleno efecto devolutivo de las cantidades pagadas desde la perfección o celebración del contrato, dado que la nulidad de pleno derecho de la cláusula en cuestión determinó la carencia de título alguno que justifique la retención de las mismas y su atribución al predisponente.- Firmado y

Rubricado.-Francisco Javier Orduña Moreno.- Xavier O' Callaghan **Muñoz** .-

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Eduardo Baena Ruiz** , Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.