

Comentarios a las sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 24 y 25 de marzo de 2015

Jesús María Sánchez García

Abogado

I. INTRODUCCIÓN.

Las sentencias del Tribunal Supremo de 24 de marzo¹ y 25 de marzo de 2015², resultan útiles, por una parte, para conocer con mejor precisión la reciente doctrina jurisprudencial de los controles de contenido y transparencia y las consecuencias jurídicas derivadas de su incumplimiento y, por otra, la sentencia de 25 de marzo de 2015 delimita los efectos retroactivos derivados de la nulidad de una cláusula suelo inserta en un contrato de tipo de interés variable, cuando se aplique la doctrina fijada en la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, aunque respecto de esta cuestión es conveniente estudiar el voto particular emitido por los Magistrados D. Francisco Javier Orduña Moreno y D. Xavier O'Callahan Muñoz.

La sentencia de 25 de marzo de 2015 analiza la posición contradictoria de las Audiencias Provinciales, respecto de los efectos negativos excluyentes de la cosa juzgada derivados de una acción colectiva de cesación.

Resuelve las dudas existentes respecto de la litispendencia derivada de las acciones colectivas de cesación y, concretamente, los efectos negativos excluyentes de la cosa juzgada material derivados de la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013.

Sin embargo la sentencia no resuelve la duda y hubiera sido deseable, aunque fuese *obiter dicta*, sobre la posible concurrencia de los efectos negativos excluyentes de la cosa juzgada material derivados de la acción colectiva ejercitada por ADICAE ante el Juzgado de lo Mercantil 11 de Madrid y que está provocando posiciones contradictorias entre nuestros Tribunales, al no haberse limitado la asociación de consumidores demandante a solicitar la nulidad de la cláusula, sino que también ejercitó la acción de restitución de cantidades.

¹ Roj: STS 1279/2015 - ECLI:ES:TS:2015:1279

² Roj: STS 1280/2015 - ECLI:ES:TS:2015:1280

En este sentido la Sección 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona, en su Auto de 9 de octubre de 2014³, estima la litispendencia, archivando la acción individual solicitando la nulidad de la cláusula suelo incluida en el contrato de préstamo, acumulando a la misma la devolución de las cantidades indebidamente percibidas, al entender que los atributos propios de la cosa juzgada derivados de una acción colectiva se extiende a los particulares titulares de acciones individuales, quienes tienen absolutamente vedado iniciar, con posterioridad a la acción colectiva, acciones de carácter individual que versen sobre el mismo objeto, porque la cosa juzgada y la litispendencia no son más que dos aspectos de una misma cuestión separados por una perspectiva temporal.

II). El control transparencia de las condiciones generales.

En la actualidad podemos afirmar que tanto la Sala 1ª del Tribunal Supremo (en adelante TS), esencialmente a través de sus sentencias de 18 de junio de 2012⁴, 9 de mayo de 2013⁵, 8 de septiembre de 2014⁶ y las dos sentencias que comentamos a través del presente artículo, de 24 de marzo y 25 de marzo de 2015, como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE), a través de sus sentencias de 21 de marzo de 2013 (C-92/11), 30 de abril de 2014 (C-143/13) y 26 de febrero de 2015 (C-143/13), han configurado y delimitado la doctrina jurisprudencial del control de transparencia⁷.

El TS a través de las sentencias citadas y fijando doctrina jurisprudencial a través de las sentencias de 9 de mayo de 2013⁸ y 8 de septiembre de 2014, ha declarado la procedencia de realizar un control de transparencia de las condiciones generales de los contratos concertados con consumidores y, en especial, de aquellas que regulan los elementos esenciales del contrato, es decir, la definición del objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta,

³ Roj: AAP B 396/2014 - ECLI:ES:APB:2014:396A

⁴ Roj: STS 5966/2012 - ECLI:ES:TS:2012:5966

⁵ Roj: STS 1916/2013

⁶ Roj: STS 3903/2014 - ECLI:ES:TS:2014:3903

⁷ Ver más extensamente el artículo del Catedrático de Derecho Civil Javier Plaza Penadés en "Delimitación del control de transparencia de las condiciones generales de la contratación, sobre la base de la STS de 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo", publicado en Diario la Ley nº 8097, Sección Documentos on-line, 4 Jun 2013.

⁸ Ver más extensamente el artículo del Magistrado Carlos Sanchez Martín sobre "El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predispuestas. Su aplicación la STS 241/2013, de 9 de mayo, sobre cláusulas suelo en préstamos con garantía hipotecaria", publicado en Diario la Ley nº 8092, Sección Documento on-line, 28 May 2013

fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del "error propio" o "error vicio".

Para el TS cuando una condición general se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato, tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez, tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, es decir la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuren el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo.

Para el TS la transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un contrato entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su contenido y, en concreto, para impedir que se analice si se trata de condiciones abusivas. Es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato.

El control de transparencia analiza la comprensibilidad real y no formal de los aspectos básicos del contrato.

Es clarificador en esta materia el fundamento de derecho sexto de la sentencia del TS de 8 de septiembre 2015, al establecer que "en el marco del específico y diferenciado presupuesto causal y régimen de eficacia que informa el fenómeno de las condiciones generales de la contratación, anteriormente señalado, el control de transparencia, como proyección nuclear del principio de transparencia real en la contratación seriada y, por extensión, en el desarrollo general del control de inclusión, (artículo 5 de la Directiva 93/13 , artículos 5.5 y 7.b de la LCGC y artículo 80.1 a TR- LGDCU) queda caracterizado como 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)" .

Como nos recuerdan los magistrados D. Francisco Javier Orduña y D. Xavier O'Callaghan, en el voto particular formulado a la sentencia de 25 de marzo de 2015, el control de transparencia de las condiciones generales y cláusulas no negociadas individualmente en contratos con consumidores, se configura como un previo y especial deber contractual del predisponente 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, como consecuencia de un modo de contratar claramente diferenciado del contrato por negociación y, por tanto, con un régimen y presupuesto causal propio y específico.

La primera sentencia del TS que hace referencia al control de transparencia en esta materia, es la sentencia del TS, de 18 de junio de 2012⁹¹⁰.

La entidad recurrente en el recurso de casación que da lugar a la sentencia del TS de 24 de marzo de 2015, plantea que el control de transparencia de las condiciones generales y cláusulas no negociadas individualmente en contratos con consumidores, carece de base jurídica, tanto en nuestro ordenamiento interno, como en el comunitario, ya que la Directiva 93/13/CEE, no establece la obligatoriedad del control de transparencia, ni tampoco se establece en ningún pronunciamiento del TJUE.

Por tanto, para la entidad recurrente, al declarar el TS en su sentencia de 9 de mayo de 2013 que las cláusulas sobre elementos esenciales del contrato pueden ser enjuiciadas a través del control de transparencia, que asegure su comprensibilidad o comprensión real por el consumidor adherente, hace una labor de creación del Derecho que no está admitida en nuestro ordenamiento jurídico y no una labor hermenéutica jurídica, que es la única que podría realizar el órgano judicial.

El TS en base a lo dispuesto en el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE reitera en su sentencia de 24 de marzo de 2015, como ya sostuvo en la sentencia de 9 de mayo de 2013, que no cabe un control del precio.

⁹ Ver más extensamente el artículo del Magistrado Carlos Sanchez Martín sobre "impugnación de los intereses pactados en un préstamo bancario. Concurrencia de la normativa de usura y protección al consumidor", publicado en Diario la Ley nº 8030, Sección Tribuna, 25 feb. 2013.

¹⁰ Igualmente ver artículo de Jesus M^a Sanchez, "el control de transparencia sobre los intereses remuneratorios en los contratos de crédito al consumo", publicado en la Revista Aranzadi Doctrinal 4/2014. BIB 2014\2149

Y cita en este sentido las sentencias del TJUE de 30 de abril de 2014 (C-143/13) y 26 de febrero de 2015 (C-143/13), que ratifican que la exclusión del control de las cláusulas contractuales en lo referente a la relación calidad/precio de un bien o un servicio se explica porque no hay ningún baremo o criterio jurídico que pueda delimitar y orientar ese control.

No obstante y como ya resolvió en la sentencia de 9 de mayo de 2013, el TS en su sentencia de 24 de marzo de 2015, nos recuerda que una condición general defina el objeto principal de un contrato y como regla general no pueda examinarse la abusividad de su contenido, no supone que el sistema no las somete al doble control de transparencia.

Para el TS el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE conecta esta transparencia con el juicio de abusividad ("la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a [...] siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible"), porque la falta de transparencia trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, pudiendo ser la condición general declarada abusiva si el defecto de transparencia provoca subrepticamente una alteración, no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir tal y como se lo pudo representar el consumidor, en atención a las circunstancias concurrente en la contratación.

El TS en su sentencia de 9 de mayo de 2013 basó su exigencia de transparencia, que va más allá de la transparencia "documental" (verificable en el control de inclusión de los arts 5.5 y 7 LCGC), en los artículos 80.1 y 82.1 del TRLGCIU, interpretados conforme al artículo 4.2 y 5 de la Directiva, que ya citaba la sentencia del TJUE 21 de marzo de 2013.

Con posterioridad el propio TJUE ha dictado dos nuevas sentencias que fijan con claridad el alcance del control de transparencia que resulta de los artículos 4.2. y 5 de la Directiva 93/13/CEE, concretamente las sentencias de 30 de abril de 2014 y 26 de febrero de 2015.

Para el TS, en su sentencia de 24 de marzo de 2015, la sentencia de 9 de mayo de 2013 no realizó una labor de "creación judicial del derecho" que exceda de su función de complemento del ordenamiento jurídico que le asigna el artículo 1.6 del Código Civil, sino que ha interpretado la normativa interna a la luz de la letra y la finalidad de la Directiva 93/13/CEE, tal y como ha sido interpretada por la jurisprudencia del TJUE.

III. El control de contenido de las cláusulas predispuestas en los contratos celebrados con consumidores.

El TS no solo ha delimitado a través de su reciente jurisprudencia el control de transparencia, sino que, también a partir de la sentencia de 9 de mayo de 2013 ha concretado el control de contenido de las cláusulas predispuestas en los contratos celebrados con consumidores, debiendo resaltar las sentencias del TS de 11 de marzo de 2014¹¹, 12 de marzo de 2014¹², 15 de abril de 2014¹³, 26 de mayo de 2014¹⁴, 3 de noviembre de 2014¹⁵ y 2 de diciembre de 2014¹⁶.

El TS en la sentencia de 15 de abril de 2014, de forma didáctica efectúa un enfoque metodológico para determinar si una cláusula contractual no negociada individualmente con un consumidor puede ser considerada abusiva.

En el apartado segundo del fundamentado de derecho segundo de la citada sentencia, el TS nos recuerda que la normativa interna, a partir de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (actualmente artículos 80 y siguientes de la LGCYU), y la comunitaria, a partir de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril, prevén que en los contratos no negociados celebrados con consumidores, habitualmente mediante condiciones generales insertas en contratos predispuestos por el empresario o profesional, sea procedente un control de contenido, concretamente un control de abusividad, con base en criterios de justo equilibrio entre obligaciones y derechos de las partes, conforme a las exigencias de la buena fe, que difiere de los controles previstos en la contratación por negociación, que es el modelo tradicional contemplado en los textos de la codificación.

Continúa el TS exponiendo que actualmente la normativa nacional sobre esta materia constituye el desarrollo en nuestro derecho interno de las disposiciones comunitarias sobre protección de los consumidores, en concreto de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, cuya interpretación ha realizado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sentencias que han determinado un importante cuerpo de doctrina jurisprudencial.

En este apartado el TS resalta la primacía del derecho comunitario en la interpretación de la Directiva 93/13/CEE, como ya ha tenido ocasión de

¹¹ Roj: STS 1484/2014 - ECLI:ES:TS:2014:1484

¹² Roj: STS 1101/2014 - ECLI:ES:TS:2014:1101

¹³ Roj: STS 2388/2014 - ECLI:ES:TS:2014:2388

¹⁴ Roj: STS 2393/2014 - ECLI:ES:TS:2014:2393

¹⁵ Roj: STS 4250/2014 - ECLI:ES:TS:2014:4250

¹⁶ Roj: STS 5771/2014 - ECLI:ES:TS:2014:5771

pronunciarse el TS en varias de sus sentencias y el propio TC en sus sentencias número 145/2012, de 2 de julio de 2012 y 26/2014, de 13 de febrero de 2014.

En el apartado tercero del fundamento de derecho tercero de la sentencia de 15 de abril de 2014, el TS nos recuerda que lo que en la Directiva comunitaria suponía un sistema de cláusula general y "lista gris", puesto que el anexo al que remite el art. 3.3 contiene «una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas», en nuestro Derecho interno ha sido transpuesto como un sistema de cláusula general y "lista negra", en cuanto que las cláusulas enunciadas en la disposición adicional primera de la Ley (actualmente, arts. 85 a 90 del texto refundido) son abusivas "en todo caso". Este mayor rigor en el control de las cláusulas abusivas es conforme a la Directiva, por su carácter de norma de mínimos, como se desprende del art. 8 de la misma, y ha sido afirmado por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de junio de 2010 (asunto C-484/08).

El control de abusividad de estas cláusulas predispuestas en contratos concertados con consumidores combina la aplicación de una cláusula general (el desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato, en perjuicio del consumidor y en contra de las exigencias de la buena fe) con un listado ejemplificativo de cláusulas que han de considerarse en todo caso abusivas.

Como consecuencia de ello en el último inciso del apartado tercero del fundamento de derecho tercero de la sentencia comentada, el TS fija una clave interpretativa que resulta útil para decidir si una cláusula no negociada individualmente, inserta en un contrato concertado con consumidores, puede considerarse o no abusiva. Para ello nos dice que es metodológicamente más eficiente analizar en primer lugar si puede encuadrarse en alguno de los supuestos ejemplificativos que la ley considera abusivos "en todo caso", de modo que en caso afirmativo se declare su abusividad y, consiguientemente, su nulidad de pleno derecho, y solo en caso de no ser así se pasará a valorar su abusividad con base en la cláusula general.

IV. Competencia funcional y objetiva para conocer de la nulidad de una condición general por incumplir el control de transparencia

El TS en los apartados cuarto al sexto del fundamento de derecho tercero de la sentencia de 24 de marzo de de 2015, dictada por el Pleno y, por tanto, conforme a los criterios adoptados el 30 de diciembre de 2011 por el TS, creando doctrina jurisprudencial, resuelve que la exigencia de aplicar el control de transparencia está fundamentado en la normativa interna a la luz de la letra y la finalidad de la Directiva 93/13/CEE, tal y como ha sido interpretada por la

jurisprudencia del TJUE, en sus sentencias de 30 de abril de 2014 y 26 de febrero de 2015.

Y esa normativa interna a que se refiere el TS viene delimitada en el apartado cuarto del fundamento de derecho tercero, resolviendo que ha basado la exigencia del control de transparencia en los artículos 80.1 y 82.1 del LGCYU, interpretados conforme al artículo 4.2 y 5 de la Directiva 93/13/CEE.

Parece evidente que si la doctrina jurisprudencial del control de transparencia configurada por el TS, al amparo del artículo 1.6 del Código Civil, está fundamentada en los artículos 80.1 y 82.1 de la LGCYU, interpretados conforme a los artículos 4.2 y 5 de la Directiva 93/13/CEE, que permiten llevar a cabo un control de contenido no basado en el desequilibrio, sino en la falta de transparencia de la cláusula predispuesta, por incumplir los artículos 80.1 y 82.1 de la LGCYU, la competencia funcional y objetiva por razón de la materia debería corresponder a los Juzgados de 1ª Instancia y no a los Juzgados de lo Mercantil, al no subsumirse la acción ejercitada en la previsión contenida en la letra d) del apartado 2 del artículo 86 ter de la LOPJ, en relación con los artículos regulados en el Capítulo IV de la LCGC.

V. Efectos de los pronunciamientos de la sentencia del TS de 9 de mayo de 2013, conforme a la doctrina sentada por la sentencia del TS de 25 de marzo de 2015.

En la sentencia de 25 de marzo de 2015, el TS analiza los pronunciamientos de la sentencia de 9 de mayo de 2013, fijando el contenido de su decisión respecto de los efectos de la declaración de nulidad.

En primer término la sentencia de 25 de marzo de 2015, en el apartado cuarto del fundamento de derecho cuarto, confirma que el párrafo 300 de la sentencia de 9 de mayo de 2013 afirma con rotundidad que la misma se ciñe "[...] a quienes oferten en sus contratos cláusulas idénticas a las declaradas nulas [...]", por lo 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 insuficiencia de información, el TS se ve obligado a ceñirse a las antes mencionadas.

No obstante el TS aclara que ello no empece a que al enjuiciarse cláusulas de esta naturaleza no idéntica, se analicen aplicando la doctrina del TS, para decidir si incurren o no en abusividad.

Por ello en el apartado quinto del fundamento de derecho cuarto de la sentencia de 25 de marzo de 2015 conviene que la cláusula suelo del préstamo a interés variables cuya nulidad interesan los actores en el procedimiento del que trae causa el recurso de casación, es idéntica a las que fueron objeto de la acción de cesación y en el marco celebrado precisamente con una de las entidades demandadas, el BBVA.

El propio TS cita la doctrina de la sentencia del TJUE de 26 de abril de 2012, según la cual la declaración de nulidad y condena a su eliminación de una cláusula surge 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 (lo que determinará que deba acordarse los efectos negativos excluyentes de la cosa juzgada o una carencia sobrevenida del objeto, según proceda).

Para el TS los efectos de declaración de nulidad de la sentencia de 9 de mayo de 2013, alcanza de un modo directo a los consumidores que hayan celebrado un contrato al cual le sean de aplicación las mismas condiciones generales, surgiendo, no obstante, como cuestión nuclear 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.

Resuelve el TS, en su sentencia de 25 de marzo de 2015, la duda sobre si 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, en supuestos en los que en la 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 ésta.

Para el TS y conforme dispuso en el párrafo 282 de la sentencia de 9 de mayo de 2013, 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, como se hizo en la sentencia de 9 de mayo de 2013.

El TS aclara que no resulta trascendente que se trate de una acción colectiva o de una individual, porque el conflicto jurídico es el mismo, debiéndose aplicar la doctrina sentada por la sentencia de 9 de mayo de 2013, 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 TS entendió que la tiñen de abusiva, debiendo ser expulsada del contrato.

Respecto de la eficacia retroactiva en cuanto a la devolución o no de las cantidades percibidas por las entidades prestamistas en aplicación de la cláusula suelo declarada abusiva, la sentencia de 25 de marzo de 2015, pretende despejar las dudas y clarificar el sentido de la doctrina jurisprudencial fijada en la sentencia de 9 de mayo de 2013.

Para ello reitera que en la sentencia de 9 de mayo de 2013 se procedió a limitar la retroactividad de los efectos derivados de la declaración de nulidad de la cláusula suelo, por el principio de seguridad jurídica, expresamente previsto en las sentencias del TC números 179/1994, 281/1995, 185/1995, 22/1996 y 38/2011 y, especialmente, en la sentencia del TJUE de 21 de marzo de 2013, en la que el TS encontró los elementos básicos para fundar la irretroactividad, a saber, seguridad jurídica, buena fe y riesgo de trastornos graves.

Según el TS (FD noveno, apartado 4 STS 25/03/2015) pretender que en la acción individual no se produzca el 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, resolviendo que la afectación al orden público 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.

Para el TS, a partir de la fecha de la publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013, no es posible ya la alegación de buena fe por parte de las entidades bancarias (círculos interesados en términos de la sentencia), pues la sentencia abre los ojos y las mentes de las partes contratantes, pudiendo estas 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.

Por ello en la parte dispositiva de la sentencia de 25 de marzo de 2015, el TS fija como doctrina jurisprudencial:

"Que cuando en aplicación de la doctrina fijada en la sentencia de Pleno de 9 de mayo de 2013, ratificada por la de 16 de julio de 2014, Rc 1217/2013 y la de 24 de marzo de 2015, Rc 1765/2013 se declare abusiva y, por ende, nula la denominada cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo con tipo de interés variable, procederá la restitución al prestatario de los intereses que hubiese pagado en aplicación de dicha cláusula a partir de la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013".

VI. Voto particular a la sentencia de 25 de marzo de 2015 formulado por el Magistrado D. Francisco Javier Orduña Moreno, al que se adhiere el Magistrado D. Xavier O'Callaghan Muñoz.

Resulta conveniente reflexionar y analizar los fundamentos jurídicos contenidos en el voto particular formulado por el Magistrado Sr. Orduña Moreno que, recordemos, fue el ponente de la sentencia del TS de 18 de junio de 2012, que introdujo por primera vez el control de transparencia de las condiciones generales en la jurisprudencia del TS.

El Magistrado Sr Orduña Moreno, en su voto particular indica que 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.

El fundamento del voto particular parte de la premisa que en la sentencia de 9 de mayo de 2013, la entidad recurrente ejercitó una acción de cesación, es decir que el TS condenara a las entidades de crédito a cesar en la aplicación de las cláusulas suelo y abstenerse de utilizarlas en el futuro, sin que en ningún caso se solicitase 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.

El autor del voto particular desarrolla el planteamiento metodológico que presenta la ineficacia contractual de la cláusula abusiva en el ejercicio de la acción individual.

Para el Magistrado autor del voto particular 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 efectuadas por el cambio legislativo, sin que ni la LCGC, ni el Texto Refundido de la LGCYU contemplen referencia alguna en esta materia.

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, por lo que la conclusión no puede ser otra que la exclusión del fenómeno retroactivo en orden a la fundamentación técnica de la naturaleza y alcance derivada de la cláusula abusiva que debe ser objeto de una valoración propia y específica, lo que requería una revisión de la fundamentación jurídica de la sentencia de 9 de mayo de 2013 en esta materia, carente, igualmente, de fundamento normativo de eficacia retroactiva, que se ha realizado en atención a acciones individuales de impugnación con la

consiguiente y lógica pretensión del efecto devolutivo de las cantidades ya pagadas.

Dado que la ineficacia resultante de la aplicación del control de transparencia no tiene un fundamento de retroactividad normativa ni, por extensión, la sentencia que lo declara, los criterios o pautas que sirven para determinar el alcance del efecto restitutorio o devolutivo deben extraerse necesariamente del contexto valorativo que informa el régimen de eficacia y control de las condiciones generales de la contratación.

Y para el Magistrado D. Francisco Javier Orduña en el caso de ejercicio de las acciones individuales, los criterios que resultan aplicables no dan otra alternativa posible que no sea la determinada del efecto devolutivo de las cantidades ya pagadas con carácter "ex tunc", esto es, desde el momento de la perfección del contrato predispuesto.

El específico tratamiento o concreción de la ineficacia resultante en el fenómeno de las condiciones generales, queda informado 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 perspectiva deben tenerse en cuenta dos criterios que delimitan el alcance del pronunciamiento judicial.

El primero, obedece a la propia estructura sistemática del 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 el caso concreto objeto del voto particular, en la nulidad de la cláusula abusiva, tratamiento unitario que resulta indiscutible en la estructura sistemática del 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 haya de retrotraerse al momento de la celebración del contrato, esto es, con un claro alcance "ex tunc". extremo completamente diferente al fenómeno de la retroactividad normativa y su aplicación judicial.

Barcelona, diecinueve de abril de dos mil quince