

Panorama actual de las «cláusulas suelo» tras la STJUE de 21 de diciembre de 2016. Errores superados y cuestiones pendientes

Eduardo Sánchez Álvarez

*Doctor en Derecho. Profesor asociado de Derecho Civil.
Universidad de Oviedo*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Antonio Fernández de Buján y Fernández, don Francisco Javier Arias Varona, don Juan Carlos Castro Rico, don Fernando Díez Estella, don David Olivares Martínez, don Lupicinio Rodríguez y don Luis Zarraluqui Navarro.

EXTRACTO

Seguramente uno de los más señeros focos de litigiosidad que en los últimos años se ha producido en el ámbito académico propio del Derecho Civil resulte ser el concerniente a las denominadas cláusulas suelo insertas en contratos de préstamo con garantía hipotecaria. Los problemas gestados con su aplicación, y el peculiar enfoque que se les brindó en la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, parecen haber sido reconducidos por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016. Pero, en verdad, siguen produciéndose nuevas cuestiones dudosas a resultas de tal resolución, bien por flecos pendientes bien por surgimiento de otras. En estas páginas se propone el análisis de ambas laderas, y la obtención inductiva, con un ánimo reflexivo más genérico, de algunas conclusiones muy significativas respecto a lo que el Derecho Civil implica y ofrece en los tiempos que vivimos.

Palabras clave: cláusula suelo; tribunal.

Fecha de entrada: 03-05-2017 / Fecha de aceptación: 04-07-2017

«Cláusulas suelo» after the STJUE of December 21, 2016. Overcome errors and issues

Eduardo Sánchez Álvarez

ABSTRACT

Probably one more flagship focus of litigation which in recent years has occurred in the academic field of Civil Law, turns out to be the relative to the so-called «cláusulas suelo» embedded in mortgage loan contracts. Approach provided by the judgment of the Spanish Supreme Court's May 9, 2013, seem to have been restored by the judgment of the Court of Justice of the European Union of December 21, 2016. But doubtful issues continue to occur as a result of this resolution, either by fringe earnings well by emergence of others. In these pages we propose the analysis of both slopes, and the inductive collection, with a more generic reflective mood, some significant conclusions regarding what the Civil Law implies and offers actually.

Keywords: «cláusula suelo»; court.

Sumario

1. Introducción
2. *Prius* ubicativo: Contratación de consumo. El fenómeno del cláusulado contractual predispuesto
3. El supuesto planteado y su recorrido procesal
4. El Real Decreto-Ley 1/2017, de 20 de enero
5. Puntos críticos y nuevas cuestiones surgidas
 - 5.1. Defectos constatados y correctivos operados
 - A) El Poder Judicial
 - B) El notariado
 - C) La actuación del legislador
 - 5.2. Dudas y cuestiones surgidas
 - A) La cuestión de las costas
 - B) ¿Cosa juzgada? La necesidad de implementar modulaciones
 - C) Mecanismos de corrección
6. Algunas conclusiones

Cómo citar este estudio:

Sánchez Álvarez, E. (2018). Panorama actual de las «cláusulas suelo» tras la STJUE de 21 de diciembre de 2016. Errores superados y cuestiones pendientes. *Revista Ceflegal*, 208, 5-44.

1. INTRODUCCIÓN

En los últimos años, lo concerniente a las denominadas *cláusulas suelo* erige un foco de atención especialmente señero que hemos de entender debidamente justificado, pues afecta a un número muy importante de ciudadanos que han suscrito, dentro del ámbito de la contratación de adhesión y en condición jurídica de consumidores, contratos de préstamo con garantía hipotecaria en los que se contiene ese peculiar mecanismo.

La litigiosidad nacida a su abrigo ha tenido un largo recorrido desde la primera instancia, pasando por las Audiencias provinciales, llegando al pronunciamiento del Tribunal Supremo (TS) –extremadamente polémico en alguno de sus extremos, *infra*– hasta que, finalmente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha saldado sus últimos flecos.

Pero esa aparente pacificación del supuesto conflictual litigioso no ha resultado integral. Se abren derivadas conexas a esos fallos judiciales que plantean nuevos retos e interrogantes jurídicos: ¿qué sucede con las cantidades no devueltas a resultas de la aplicación de una doctrina jurisprudencial revocada por la superior instancia judicial europea? ¿Hay algún cauce reparatorio? ¿Surten indeclinable efecto de cosa juzgada esas resoluciones que se han demostrado *a posteriori* contrarias al Derecho Comunitario? ¿Cuál ha sido el papel del juez español, en tanto juez comunitario también, a la hora de resolver estos pleitos? ¿Y el de los notarios o el legislador?

En estas páginas se busca, tras un inevitable repaso del supuesto de hecho planteado y las sucesivas fases recién anunciadas, identificar y estudiar algunos de esos aspectos referidos, desde un enfoque necesariamente crítico.

2. PRIUS UBICATIVO: CONTRATACIÓN DE CONSUMO. EL FENÓMENO DEL CLÁUSULADO CONTRACTUAL PREDISPUESO

En el artículo 2 del Real Decreto-Ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo, se las define como «cualquier estipulación incluida en un contrato de préstamo o crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria a tipo variable, o para el tramo variable de otro tipo de préstamo, que limite a la baja la variabilidad

del tipo de interés del contrato». En contratos a interés variable, se determina un tipo mínimo de interés –un límite mínimo a la variación del tipo o un tipo mínimo de referencia– que, en todo caso, habrá de ser satisfecho por el prestatario quien, de este modo, no va a poder ver reducida su deuda por debajo del suelo pactado, «impidiéndose así que la bajada del tipo se traslade al cliente»¹. La cláusula en cuestión deviene verdaderamente relevante por cuanto llega a convertir «un préstamo a interés variable en un préstamo a interés mínimo fijo, que no podrá beneficiarse de todas las reducciones que sufra el tipo de referencia» (STS de 9 de mayo de 2013), capaz de «inducir a error al cliente sobre un aspecto fundamental del contrato y llevarle a adoptar una decisión irracional [...] elegir una oferta cuyo tipo variable es inferior pero que, por efecto de la cláusula suelo, en realidad lo es a un tipo superior durante la vida del contrato que otra oferta del mercado a tipo variable puro con un diferencial superior, pero que se aprovecha de las bajadas en el tipo de referencia ilimitadamente» (STS de 23 de diciembre de 2015).

Nos movemos en un concreto sector del Derecho Civil, el *Derecho de Consumo*, que al amparo del artículo 51 de la Constitución (CE) ha gozado de notable desarrollo normativo en las últimas décadas. El aludido precepto constitucional marca como pauta legislativa la defensa de ese colectivo ciudadano en el curso de sus relaciones jurídico-económicas con otros agentes, generalmente con superior posición jurídica –contratos de consumo–. Así podemos observar un principio general del Derecho que deriva «directamente de la Constitución [...] se deduce de la misma y debe tenerse en cuenta, por su carácter informador del Ordenamiento jurídico»².

La figura del consumidor es definida como «sujeto de mercado que adquiere bienes o usa servicios para destinarlos a su propio uso o satisfacer sus propias necesidades, personales o familiares, estando protegida legalmente contra situaciones que escapan a su condición de persona media, razonablemente informada sobre sus derechos, y capaz de decidir en conciencia sus actos de contratación para el consumo» –*cfr.* SSTJUE de 7 de marzo de 1990, 18 de mayo de 1993 o 6 de julio de 1995–. Aun así, la doctrina llama la atención sobre el importante hecho consistente en que el concepto *consumidor* experimenta diferentes acepciones o modulaciones en las leyes que lo regulan, en función del ámbito concreto de protección que cada una de ellas le brinde³.

Como nos apunta Lasarte Álvarez, con el Derecho de Consumo enfrentamos un conjunto normativo de plúrimo origen (comunitario, nacional y autonómico) cuya final *ratio* «consiste principalmente en superar viejos esquemas de igualdad formal y en adoptar criterios especiales de protección del consumidor», considerado en conjunto; «como grupo o colectivo necesitado de

¹ Cordero Lobato, E. (2013). Cláusula suelo en préstamos hipotecarios: condiciones de validez y efectos de la nulidad (STS, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2013). *Actualidad Civil*. Madrid: La Ley.

² O'Callaghan Muñoz, X. (2003). Panorámica de la incidencia de la Constitución Española en el Derecho Privado. En *Constitución y relaciones privadas. Cuadernos de Derecho Judicial* (p. 45). Madrid: CGPJ.

³ *Vid.* Bercovitz Rodríguez-Cano, A. (1987). La protección de los consumidores, la Constitución Española y el Derecho Mercantil. En *Estudios jurídicos sobre la protección de los consumidores*. Madrid.

una especial defensa y salvaguarda»⁴ –*supra*–. El surgimiento y florecimiento de esta categoría jurídica es del todo lógica, esperable y prácticamente consustancial al tipo de sociedad industrial en que nos desenvolvemos; vertebrada por la producción y subsiguiente consumo en masa de bienes y servicios que busca –y tiende a conseguir– la inserción de cuantos más sectores poblacionales sea posible en el consumismo⁵. Y justamente cuando más se expande este fenómeno, menor es la fortaleza de la posición jurídica del consumidor ante el todopoderoso mercado y sus agentes (personificados en forma de grandes compañías mercantiles). Cuando más consumo hay, menor es su transparencia, gestando altas posibilidades de que el consumidor padezca situaciones de inferioridad, subordinación o indefensión que, correlativamente, exigirán la implementación de mecanismos que brinden protección jurídica, técnica y administrativa para superarlas debidamente, proyectándose a todo el itinerario cronológicamente ordenado por el que ese proceso de consumo transite: cualidades y calidades de bienes y servicios, información permanente, contrato⁶ y sus fases (precontractual, consentimiento, consumación y ejecución), y remedios ulteriores para restañar irregularidades (judiciales y extrajudiciales).

En este sentido, cobra capital importancia reseñar la normación contenida en la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (LCGC), la cual «pretende alcanzar una regulación unitaria del fenómeno de la contratación en masa [...] con independencia de cuál sea el destinatario del contrato»⁷. La norma tiene su directa motivación en dar cumplimiento a la trasposición al Derecho español de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas de los contratos celebrados con consumidores⁸.

⁴ Lasarte Álvarez, C. (2007). La protección del consumidor como principio general del Derecho. En *Nuevos derechos fundamentales en el ámbito del Derecho privado. Cuadernos de Derecho judicial* (pp. 64-71). Madrid: CGPJ. En profundidad, *cfr.* Martínez de Aguirre y Aldaz, C. (1990). Derecho Comunitario y protección de los consumidores. *Actualidad Editorial*. Madrid; o Gómez Calero, J (1994). *Los derechos de los consumidores y usuarios*. Madrid: Dykinson.

⁵ «El incremento de la producción [...] permite una importante reducción de los precios, por lo que podrán ser adquiridos por un sector más amplio de la sociedad [...]. La producción en masa tiene como consecuencia lógica la contratación también en masa: no es posible dar salida a toda la producción negociando cada uno de los ítems individualmente, al modo tradicional [...]. Es imprescindible [...] que para efectuar la contratación de esos bienes se utilice un método más rápido [...] automático, que prescinda de tratos individuales y de la intervención de personas con poderes para negociar y redactar nuevas cláusulas contractuales [...] para eliminar costes e incrementar la productividad en esta fase de distribución, en correspondencia con el nuevo sistema de producción. Este nuevo método de contratación se realiza por medio de lo que se ha dado en llamar contratos de adhesión» (Ballesteros Garrido, J. A. [1999]. *Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad* (pp. 25-26). Barcelona: Bosch).

⁶ *Vid.* Santos Briz, J. (1992). *Los contratos civiles. Nuevas perspectivas* Granada: Comares.

⁷ Larrosa Amante, M. A. (2003). Las condiciones generales de la contratación y los contratos bancarios. En *Contratos bancarios. Cuadernos de Derecho Judicial*, 61. Madrid: CGPJ.

⁸ Se trata de una directiva que marca unos topes mínimos, infranqueables, en relación con las cláusulas abusivas en contratos que se celebren con consumidores, respecto a cláusulas contractuales que profesional y consumidor no hayan negociado individualmente y que se orienta principalmente a proteger al consumidor, considerando su posición más débil y vulnerable en el vínculo contractual así realizado. Uno de sus efectos primordiales radica en el principio de no vinculación por parte del consumidor de las cláusulas abusivas.

El artículo 1 de la LCGC las define como «las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactada con la finalidad de ser incorporada a una pluralidad de contratos». De la definición legal, siguiendo la propuesta de Alfaro Águila-Real⁹, se extraen estos rasgos primordiales: (1) Su *carácter contractual* en tanto predispuestas para integrarse en contratos a celebrar por el predisponente. (2) Se trata de cláusulas *predispuestas*, a presuponer en contratos de adhesión, dirigidas a su inserción y aplicación en una serie indefinida de contratos propios de la actividad empresarial del profesional correspondiente. (3) Se hallan *impuestas* a los clientes en esos contratos que con ellos celebre el profesional. Se obliga al consumidor a aceptarlas si quiere llevar a cabo el contrato; no existirá negociación particularizada o individualizada del predisponente con el consumidor que, en consecuencia, habrá tenido nula influencia en su confección¹⁰. Se es libre para contratar, pero no para negociar las condiciones en que se contrate, hasta tal punto que se detecta una disformidad estructural entre las partes¹¹. Es palpable la limitación que experimenta la libertad contractual del adherente (por su inexistencia, básicamente), aun cuando probablemente convenga redefinirla en atención a las circunstancias en las que se desenvuelve en la sociedad de consumo, aplicando las reglas hermenéuticas del artículo 3.1 del Código Civil (CC)¹².

La LCGC se apresta a reglar los requisitos que habrá de reunir la redacción de las condiciones generales: transparencia –en su ausencia abriríamos la posibilidad de abusividad del clausulado afectado–, claridad –formal, legibilidad– y concreción (arts. 5.5, 8, 9 y concordantes). Así pues, la cláusula «puede no ser válida porque se considere que no es transparente» (STS de 23 de diciembre de 2015)¹³. El control de transparencia no queda superado positivamente por la

⁹ Alfaro Águila-Real, J. (1991). *Las condiciones generales de la contratación*. Madrid: Civitas.

¹⁰ Con carácter general respecto al ámbito bancario, Soler Solé, G.; Serra Rodríguez, A.; Izquierdo Blanco, P. y Fernández de Senespleda, I. (2014). *Cláusulas abusivas en la contratación bancaria*. Barcelona: Bosch.

¹¹ «La utilización de condiciones generales de los contratos [...] sería, en último término, una manifestación de la libertad de empresa [...]. Haciendo uso de su libertad contractual, margina las previsiones legales dispositivas [...] redactando un nuevo condicionado para que rijan los contratos que celebre, una vez suscrito por sus clientes [...]. Ello implica que los clientes no tienen posibilidad alguna de negociar el contenido del contrato, que este les viene dado de manera inmutable, quedándoles la única opción de contratar o de no hacerlo; en el supuesto de que lo hagan, mediante la suscripción de un formulario uniforme [...]. El mero hecho de tal suscripción –adhesión– implica la emisión del consentimiento preciso para la formación del contrato» (Ballesteros Garrido, J. A. [1999, p. 41]).

¹² En este sentido, *cf.* López Sánchez, M. A. (1988). *Las condiciones generales de los contratos en el Derecho español*. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 614. Madrid.

¹³ Sin olvidar que además «se encuentra [...] ubicada en el condicionado general entre una abrumadora cantidad de datos entre los que queda enmascarada y que contribuyen a diluir la atención sobre la misma del consumidor», lo que ya condiciona negativamente el juicio de validez de una condición general en forma de cláusula suelo por abusividad al no superar el control de transparencia, conllevando materialmente que «el consumidor no podría beneficiarse de las fluctuaciones a la baja del mercado de tipos de interés por debajo de dicho porcentaje, sino únicamente verse afectado por las oscilaciones al alza» (STS de 23 de diciembre de 2015).

mera comprensibilidad gramatical, aun contando aquí con la prestación de consentimiento de los consumidores-prestatarios y su reflejo documental correspondiente (verificable en el control de inclusión, arts. 5.5 y 7 LCGC y 80.1 y 82.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias –TRLGCU–)¹⁴.

La clave radica en analizar dos aspectos principales. En primer término, garantizar en el consumidor el conocimiento efectivo del coste del contrato (en el caso estudiado, singularmente, cognoscibilidad de que un interés aparentemente variable resulta ser de veras un interés fijo variable al alza, en función de las oscilaciones del mercado pero con el lastre de no poder nunca rebasar un tope mínimo, *supra*). En segundo término, la acreditación de si las cláusulas a escrutar se han negociado individualmente o, por el contrario, si fueron impuestas y predispuestas por el profesional. De no superarse estos controles, la cláusula que se enjuiciara habría de reputarse abusiva y, por ende, nula en atención a los preceptos referidos¹⁵.

Acudamos a la normativa europea. A tenor del artículo 6 apartado 1 de la mencionada Directiva 93/13/CEE, los consumidores *no quedarán vinculados por las cláusulas que se declaren abusivas*, erigiendo una disposición imperativa orientada a lograr un equilibrio material que supere un inexistente equilibrio formal entre los derechos y obligaciones de las partes en un contrato de consumo. La apreciación de la falta de transparencia acarrea un desequilibrio importante que perjudica al consumidor, razón por la cual cabe la declaración de abusividad y subsiguiente nulidad de una condición general si se advirtiera; a salvo disposiciones legislativas de *ius cogens*¹⁶. En estos casos, el consumidor deberá hallarse plenamente desvinculado de los efectos perjudiciales que se le irrogaran por la aplicación de una cláusula contractual que fuera declarada abusiva¹⁷. De

¹⁴ El contrato debe exponer «de manera transparente el motivo y el modo de variación de tal coste, de forma que el consumidor pueda prever, sobre la base de criterios claros y comprensibles, las eventuales modificaciones del coste» (STJUE de 21 de marzo de 2013).

¹⁵ «El incumplimiento de los requisitos de transparencia de la cláusula aisladamente considerada [...] para la incorporación a los contratos de condiciones generales, es insuficiente para eludir el control de abusividad de una cláusula no negociada individualmente, aunque describa o se refiera a la definición del objeto principal del contrato [...]. La transparencia de las cláusulas no negociadas, en contratos sucritos con consumidores, incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato» (STS de 9 de mayo de 2013).

¹⁶ Más aún, en el ámbito de la directiva mencionada, «el control legal ya no puede quedar circunscrito a las condiciones generales de la contratación, sino que debe extenderse a las condiciones utilizadas para contratos determinados, particulares, no masificados, eliminando así el requisito de la generalidad, al menos en los contratos celebrados por profesionales con consumidores, siempre que no hayan sido objeto de negociación. Por tanto, debe corregirse la definición de contrato de adhesión ofrecida [...] para eliminar la referencia a las condiciones generales de los contratos cuando se trate de contratos entre profesionales y consumidores» (Ballesteros Garrido, J. A. [1999, p. 103]).

¹⁷ «Una cosa es el plano de valoración o calificación del carácter abusivo de la cláusula [...] y otra [...] bien distinta [...] que el juez nacional venga habilitado para integrar las consecuencias derivadas de la cláusula una vez esta ha sido declarada abusiva. Plano valorativo que resulta vedado a la interpretación del juez nacional [...]. Mandato que ha sido reiterado por el TJUE en el sentido del concepto de no vinculación [...], es decir, de procurar la total desvinculación para

igual forma, la incidencia de esta norma comunitaria se extiende a un espectro material considerablemente mayor, pues salvo algunas modulaciones, afecta a todas las cláusulas predisuestas e impuestas, generales o no, si se trata de contratos con consumidores.

3. EL SUPUESTO PLANTEADO Y SU RECORRIDO PROCESAL

Centrándonos de lleno en las cláusulas suelo, cuando la baja del índice de referencia adoptado produjo su activación, comenzó a generarse litigiosidad ante los órganos jurisdiccionales en reclamación de la invalidez de esa disposición contractual. Se tomaban argumentos para la impugnación como su desproporcionalidad, ausencia de reciprocidad, su falta de transparencia, su abusividad por desequilibrar de forma significativa los derechos y obligaciones de las partes...

En este sentido se pronunciaron iniciáticas sentencias como las dictadas por el Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Sevilla, de 30 de noviembre de 2010; o el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de León, de 11 de marzo de 2011. Tras el subsiguiente recorrido por las diversas instancias judiciales (Juzgados de Instancia, Audiencias provinciales), se llegó al dictado de la STS de 9 de mayo de 2013, posteriormente ratificada por otras *infra*-, fijándose doctrina jurisprudencial en cuanto criterio a mantener por el TS sobre el particular.

El TS entendió que a las cláusulas suelo no cabía considerarlas abusivas o desproporcionadas por sí mismas, ni siquiera existiendo una desproporción notable entre el suelo y el techo o aun cuando no existiera el techo, pues la determinación de cuál sea el interés a exigir queda en manos de la iniciativa empresarial, siempre sin rebasar los límites prefijados por el legislador. Se reputaron válidas las cláusulas suelo abstractamente consideradas habida cuenta que: (1) respondían a razones objetivas, (2) no se trataba de cláusulas inusuales o extravagantes, (3) su utilización había sido tolerada largo tiempo por el mercado de préstamos inmobiliarios, (4) la finalidad de la fijación del tope mínimo –suelo– respondía a la necesidad de mantener un rendimiento mínimo de los referidos préstamos hipotecarios que permitiera a las entidades bancarias resarcirse de los costes de producción y mantenimiento de estas financiaciones, (5) 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, y (6) la legislación española permitía la sustitución del acreedor.

El meollo de la cuestión estribaba en si se permitía o no al consumidor/prestatario identificar la cláusula, con su real valor definidor del objeto del contrato, y el conocimiento del veraz reparto de riesgos aparejado a la variabilidad de los tipos. De otro modo, si era factible la producción de un enmascaramiento u ocultación de las cláusulas objeto de enjuiciamiento entre infor-

el consumidor de los efectos perjudiciales derivados de la aplicación de la cláusula abusiva» (STS de 23 de diciembre de 2015, Voto particular del Magistrado Orduña Moreno). De otro modo, aplicar la integración contractual colapsaría tanto la labor tuitiva del consumidor cuanto el efecto disuasorio que la declaración de abusividad lleva insito, tal cual explicita la STJUE de 30 de abril de 2014, *infra*.

maciones abrumadoras, lo que a la postre dificultaría su identificación y disfrazaría sus efectos: «Pese a incluirse en contratos ofertados como préstamos a interés variable, de hecho, de forma razonablemente previsible para el empresario y sorprendente para el consumidor, les convierte en préstamos a interés mínimo fijo del que difícilmente se benefician de las bajadas del tipo de referencia [...]. La oferta como interés variable, no completada con una información adecuada, incluso cuando su ubicación permite percatarse de su importancia, se revela así engañosa y apta para desplazar el foco de atención del consumidor sobre elementos secundarios que dificultan la comparación de ofertas» –STS de 9 de mayo de 2013–.

Ahora bien, gozando las cláusulas suelo de la condición de elemento *esencial* del contrato (precio/prestación, *cf.* arts. 1.261 y concordantes CC), y dado que reiteradas sentencias del TS habían dispuesto la procedencia de realizar un control de transparencia de las condiciones generales de los contratos concertados con consumidores, en especial de aquellas que regulan los elementos esenciales del contrato, léase la definición de su objeto principal y la adecuación entre precio y prestación –*v. gr.* SSTs de 22 de diciembre de 2009, 25 de noviembre de 2011, 18 de junio de 2012, 15 de enero de 2013, o 30 de junio de 2014–, se procedió expresamente a efectuar una ponderación del factor de su transparencia, concluyéndose que la inserción de las cláusulas suelo carecía de ella en los términos exigidos por el artículo 80.1 del TRLGDCU. Apreciados así tangibles déficits¹⁸ –*supra*–, se acabó determinando su abusividad y subsiguiente nulidad¹⁹, sin posibilidad de que el juez practicara una integración o reconstrucción equitativa del contrato, por impedirlo el Derecho Comunitario (*cf.* STJUE de 14 de junio de 2012, *infra*). La nulidad de la cláusula en juego no conllevaba la del contrato en que se inserta, que permanecía en vigor una vez eliminada la misma. Es destacable el celo que demostró el TS, al preestablecer un filtro tan drástica y exhaustivamente exigente que

¹⁸ «Que las cláusulas en los contratos concertados con consumidores que definen el objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, se redacten de manera clara y comprensible no implica solamente que deban posibilitar el conocimiento real de su contenido mediante la utilización de caracteres tipográficos legibles y una redacción comprensible, objeto del control de inclusión o incorporación [...]. Supone, además, que no pueden utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente son comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen subrepticamente –reálcese– una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación –objeto, elemento esencial del contrato– que pueda pasar inadvertida al adherente medio», por lo que «la falta de transparencia trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, consistente en la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado y de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener la prestación objeto del contrato según contrate con una u otra entidad financiera, o una u otra modalidad de préstamo, de entre los varios ofertados» (STS de 23 de diciembre de 2015).

¹⁹ Por consiguiente, serían válidas siempre que su transparencia permita al consumidor identificar inequívocamente la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos: «Se exige que el cliente antes de la celebración del contrato tuviera un perfecto conocimiento de la cláusula suelo, de su trascendencia y de la incidencia que sobre el coste real del crédito podía tener durante la relación crediticia, para que pudiera conocer con sencillez la carga económica que realmente supone para él el crédito y, por lo tanto, adoptase su decisión de contratar con pleno conocimiento de causa» (Pertíñez Vilchez, F. [23 de septiembre de 2013]. La restitución de las cantidades indebidamente cobradas en virtud de cláusulas suelo en contratos de préstamo hipotecario tras la STS de 9 de mayo de 2013. *Diario La Ley*, 8154).

se tradujo en una *cuasi universalización* de su carácter abusivo y, por ende, nulo²⁰. A su abrigo, la capacidad probatoria de las entidades prestamistas en orden a acreditar el libre conocimiento del prestatario-consumidor y sus efectos correlativos devenía verdaderamente tortuosa.

Pero de ese posicionamiento dimanó otro mucho más problemático y técnico-jurídicamente cuestionable. La STS de 9 de mayo de 2013 contuvo un pronunciamiento específico en orden a que la declaración de nulidad de la cláusula suelo realizada *careciera de efecto retroactivo* ya no solo en situaciones que se hubieran decidido mediante sentencia firme, sino también con respecto a los pagos ya efectuados en la fecha de su publicación. Para justificar esta sorpresiva decisión, al hablarse de nulidad y consiguientemente de esperables efectos *ex tunc*, el TS se apoyó en una serie de argumentos conjugados: (1) la ya sintetizada licitud genérica de las cláusulas suelo, (2) razones objetivas que justifican la inclusión de esta cláusula en contratos pactados a interés variable, (3) la habitualidad de la cláusula, (4) su tolerancia por parte del mercado desde antes de 2004, (5) que su carácter abusivo deriva de la falta de transparencia mas no de la intrínseca ilicitud de la cláusula, (6) el riesgo de trastornos graves con trascendencia para el orden público económico²¹ o (7) que la Ley 2/1994, de 30 de marzo, permite la sustitución del acreedor.

Se esgrimieron pues, principalmente, tres razones para adoptar este acuerdo: seguridad jurídica, buena fe y trastornos graves para el orden público económico (STS de 9 de mayo de 2013, párrafo 293), «previando un escenario muy costoso para las entidades crediticias»²². Tal apoyo

²⁰ Expresión que aporta Pertíñez Vilchez, F (2013). Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario. *Indret*, 3, Barcelona.

²¹ «El Tribunal Supremo por tanto acepta la regla general de la eficacia retroactiva de las declaraciones de nulidad. No obstante, dice que es posible limitar esa retroactividad pues los efectos de las declaraciones de nulidad no pueden ser impermeables a los principios generales del Derecho [...]. Hace especial énfasis en la seguridad jurídica, lo que supone limitar los efectos de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo por razones de seguridad jurídica [...]. Protege a las entidades financieras [...] anteponiendo estas razones económicas a la obligación de restituirse recíprocamente las prestaciones que contempla el artículo 1.303 del CC, que es parte de una ley y que por lo tanto es fuente del Derecho [...]. Con este pronunciamiento perjudica claramente a la parte más débil en la formalización del contrato de préstamo hipotecario» (Catena Real, R. [25 de septiembre de 2014]. La restitución de las cantidades indebidamente cobradas en cláusulas suelo. *Diario La Ley*, 8385). «No se alcanza a comprender esta decisión [...] pues en otras sentencias similares [...] en que declaró nula la condición general de la contratación [...] se condenó a la entidad bancaria a abstenerse de utilizarlas en el futuro así como a la devolución del importe cobrado en exceso más el interés legal del dinero incrementado en dos puntos desde la sentencia de primera instancia». La nulidad por abusividad de la cláusula «exige destruir sus consecuencias y borrar sus huellas como si no hubiesen existido [...] de acuerdo con la regla *quod nullum est nullum effectum producit* [...]. Sin embargo, sorprendentemente [...] se sacrifica la regla general de eficacia retroactiva de las declaraciones de nulidad en pro de la seguridad jurídica [...] considerando que la retroactividad de la sentencia generaría el riesgo de trastornos graves con trascendencia en el orden público económico» (Achón Bruñén, M.ª J. (16 de julio de 2013). Cláusulas abusivas más habituales en las escrituras de hipoteca: análisis de los últimos pronunciamientos de Juzgados y Tribunales. *Diario La Ley*, 8.127).

²² Muñoz García, C. (8 de julio de 2016). La función del TJUE en el control de la cláusula suelo en España. *Diario La Ley*, 8.799. También, Jueces para la Democracia (2013). La STS de 9 de mayo de 2013 sobre la cláusula suelo. *Boletín Comisión de Derecho Privado*, 3. Madrid.

argumentativo nos parece particularmente débil e inaceptable. Su ajuricidad es más que evidente. Su sustento normativo, inexistente (vistos, conjugadamente, la directiva europea, la doctrina jurisprudencial del TJUE, LCGC, TRLGCU y art. 1303 CC). No hay norma específica en la que encaje o se apoye este pronunciamiento.

La buena fe de las entidades financieras es, cuando menos, dudosa habida cuenta que usaron indiscriminadamente esa cláusula no nula *per se*, pero sí envuelta en nebulosas, antónimo de la exigible transparencia que, a la postre, suponía perjuicio evidente para el consumidor. Todavía menos se puede valorar que concurra la buena fe requerida por el artículo 1.258 del CC cuando las predisponentes han mantenido este mecanismo en sus clausulados contractuales largo tiempo, con vigor y efectividad, aunque el reguero de sentencias que iban declarándolo abusivo y nulo crecía y se ratificaba sin cesar. ¿No se era consciente de esta circunstancia? De hecho, a la propia esencia normativa de la abusividad de una cláusula se enhebra como requisito la contrariedad a las exigencias de una buena fe (art. 82.1 TRLGDCU). En la actitud de las entidades financieras se detectó su némesis: mala fe, abuso de derecho (art. 7 CC).

El «trastorno grave para el orden público económico» no es un concepto propio del giro judicial del Estado que corona el TS, sino gubernativo, y además absolutamente incuantificable: las entidades crediticias han cobrado por adelantado, sin proporción o equilibrio de contraprestaciones, ayunas de cobertura jurídica válida, unas sumas que les han beneficiado con un enriquecimiento jurídicamente injusto en relación de causalidad con un detrimento patrimonial para el consumidor. A mayor abundamiento, ¿no se causa ese mismo perjuicio con la devolución parcial que sin embargo sí se bendice? ¿No lo hace que los consumidores cuenten con menos recursos, repercutiendo negativamente en la actividad económica de esta nuestra *sociedad de consumo*? En fin, ¿por qué en este caso se aprecia este factor *in genere*, sin previa alegación justificada y acreditada de los predisponentes? Ni siquiera se fijaron por el TS cuáles habrían de ser los factores a estimar para apreciar su concurrencia, *ergo* cualquier órgano judicial que siguiera fidedignamente esta doctrina podría apartarse de ella, con la subsiguiente plena retroactividad de efectos de una nulidad declarada si en la *litis* que estudiara no detectara la concurrencia de este supuesto riesgo global. El TS dotó de vocación de generalidad (sin límite temporal final, por cierto) a una posibilidad que, naturalmente, ha de tener un acentuado carácter excepcional y puntual (*vid.* STJUE de 21 de marzo de 2013)²³.

En última instancia, ¿cuál es el título jurídico, la base legal que permita al TS ejercer estas facultades de moderación si esos argumentos utilizados demuestran tan quebradiza falta de solvencia? La *restitutio in integrum* va consustancialmente fundida con la declaración de nulidad: declarada nula e ineficaz esa cláusula de la relación prestacional, «habrá que suprimir todos los

²³ De hecho, con perfecta proyección sobre el particular, «las consecuencias financieras que podrían derivarse para un Estado miembro de una sentencia dictada con carácter prejudicial no justifican por sí solas la limitación en el tiempo de los efectos de esa sentencia [...]. Si ello no fuera así, las violaciones más graves recibirían un trato más favorable» (STJUE de 27 de febrero de 2014).

efectos como si nunca hubieran tenido vigencia»²⁴, ya que «solo así puede afirmarse que la cláusula abusiva no vincula al consumidor»²⁵.

Más bien no se resolvió la cuestión conforme cabría legítimamente esperar bajo el imperio del principio constitucional de seguridad jurídica, que significa «que todos, tanto los poderes públicos como los ciudadanos, sepan a qué atenerse, lo cual supone por un lado un conocimiento cierto de las leyes vigentes y, por otro, una cierta estabilidad de las normas y de las situaciones que en ella se definen. Esas dos circunstancias, certeza y estabilidad, deben coexistir en un Estado de Derecho»²⁶. En el principio de seguridad jurídica habitan tres elementos fundamentales: *cognoscibilidad* de la normativa vigente, cumplimiento de unos *estándares técnicos de elaboración normativa* y una *mínima estabilidad de esos elementos normativos* dentro del Ordenamiento jurídico. El principio de seguridad jurídica ha de vincular forzosamente a todos los poderes públicos *ex artículo 9.1 de la CE*, condición de la que el TS goza indudablemente. Tal sujeción tiene que impedir que la labor jurisdiccional del TS ampare líneas exegéticas opacas o no justificables por inexacta fundamentación jurídica, máxime en presencia de una normativa clara. En ese caso, tal obrar devendría plenamente contrario a la impreterible seguridad jurídica. Y bien parece que esa retroactividad parcial pudiera incurrir en este vicio. El TS yerra y aunque pretenda crear una forzada e invertida seguridad jurídica lo que obtiene es justamente una pavorosa inseguridad jurídica (constatable con las líneas aplicativas judicialmente divergentes trabadas, abiertamente antagónicas frente a un supuesto que, esencialmente, es idéntico). La seguridad jurídica exigiría, sin más, aplicar pulcramente el meridiano tenor de las normas y preceptos antes citados, sin artificios que no son más que pura e imprevista ingeniería jurídica²⁷.

Muchos órganos judiciales que iban conociendo procedimientos sobre esta materia ajustaban sus decisiones, sin mayores argumentaciones justificativas, al encaje pleno con el efecto no retroactivo que había predeterminado el TS. Otros, con mayor rigor jurídico a nuestro entender, valorando muy especialmente que la doctrina jurisprudencial del TS no es fuente del Derecho sino mero criterio que, con autoridad jurídica, *complementa* el Ordenamiento jurídico en una función nomofiláctica conexas a la estricta exégesis normativa (bajo ningún concepto creadora de normas, art. 1.6 CC); se apartaron frontalmente del posicionamiento del TS y reconocían efectos retroactivos a la declaración de nulidad que realizaban. Se llegó a hablar de una «rebelión de Juzgados y Audiencias provinciales»²⁸, y de una disparidad de criterios dañosa para la cognos-

²⁴ Atienza López, J. I. (noviembre de 2014). La eficacia no retroactiva de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013: Panorama jurisprudencial contradictorio un año después. *Revista Ceflegal*, 166, 22.

²⁵ Soler Solé, G. (20 de enero de 2016). TJUE, TS, cosa juzgada y responsabilidad del Estado. *Diario La Ley*, 8905.

²⁶ Tomada de la Memoria del Consejo de Estado (1992). Madrid.

²⁷ Por ello, «lejos de la uniformidad que cabía esperar [...] la situación pide a gritos una demanda colectiva que ponga fin a esta situación de plena inseguridad jurídica para el ciudadano» (Atienza López, J. I. [noviembre de 2014, p. 28]).

²⁸ Agüero Ortiz, A. (2013). ¿Retroactividad o irretroactividad de la eliminación de las cláusulas suelo? O de la rebelión de los Juzgados y Audiencias provinciales. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 6. Universidad de Castilla-La Mancha.

cibilidad y previsibilidad del obrar judicial ante situaciones de hecho plenamente concordantes –en detalle, *infra*–²⁹.

En la STS de 25 de marzo de 2015 se expresó que la Sentencia de 9 de mayo de 2013 «no ha realizado 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 como esta ha sido interpretada por la jurisprudencia» del TJUE (aspecto más que dudoso, como enseguida comprobaremos fehacientemente). Acto seguido, se proclamó rotundamente que cuando en aplicación de la doctrina fijada en la STS de 9 de mayo de 2013, ratificada por las de 16 de julio de 2014 y 24 de marzo de 2015, se declara abusiva y, por ende, nula la denominada cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo hipotecario 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, lo cual «se fija como doctrina».

Suscitadas cuestiones prejudiciales ante el TJUE por diversos órganos judiciales españoles, considerando la eventual contradicción con las normas del Derecho Comunitario europeo del posicionamiento adoptado por nuestro TS (en particular, arts. 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE)³⁰, se llegó al dictado de la STJUE de 21 de diciembre de 2016.

El TJUE decide la cuestión inclinándose por pautar que «la plena eficacia de la protección conferida por la Directiva 93/13/CEE exige que el juez [...] que haya apreciado de oficio el carácter abusivo de una cláusula pueda deducir todas las consecuencias de esa apreciación, sin esperar a que el consumidor, informado de sus derechos, presente una declaración por la que solicite que se anule dicha cláusula» (apartado 59 de la STJUE citada). Al juez nacional «no debe atribuírsele la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas, pues de otro modo se podría contribuir a eliminar el efecto disuasorio –reálcese– que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores» (apartado 60).

²⁹ A título meramente ejemplificativo, reconociendo pleno efecto retroactivo, SSAP de Murcia, de 8 de mayo de 2014; de Albacete, de 28 de abril de 2014; de Huelva, de 21 de marzo de 2014; de Alicante, de 13 de marzo de 2014; o de Vitoria, de 21 de noviembre de 2013. Por el contrario, negándolo, SSAP de Almería de 30 de julio de 2014; de Orense de 28 de julio de 2014; de Pontevedra de 24 de junio de 2014; de León, de 6 de mayo de 2014; de Cáceres, de 24 de febrero de 2014; de Badajoz, de 21 de febrero de 2014; o de Zaragoza, de 8 de enero de 2014.

³⁰ «La postura de nuestro Tribunal Supremo tiene numerosos puntos débiles [...]. Es clara su oposición al artículo 6 de la Directiva 93/13/CEE [...]. Se vulnera también la doctrina reiterada del TJUE según la cual la cláusula abusiva debe eliminarse sin más, sin que quepa integrarla o moderar su alcance. Se vulnera asimismo el principio de equivalencia, según el cual las reclamaciones fundadas en Derecho comunitario no pueden recibir peor trato que el previsto para reclamaciones equivalentes fundadas en Derecho nacional» (Lafuente Torralba, A. J. (2017). Las cuestiones prejudiciales sobre la cláusula suelo: problemas de cosa juzgada ante un posible pronunciamiento del TJUE favorable a la retroactividad plena de la declaración de nulidad. En *El proceso civil ante el reto de un nuevo panorama socioeconómico* (p. 293). Pamplona: Thomson-Reuters Aranzadi.

El artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE exige considerar «en principio, que una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido, de manera que no podrá tener efectos frente al consumidor. Por consiguiente, la declaración judicial del carácter abusivo de tal cláusula debe tener como consecuencia, en principio, el restablecimiento de la situación de hecho y de derecho en la que se encontraba el consumidor de no haber existido dicha cláusula» (apartado 61). En consecuencia, «la obligación del juez nacional de dejar sin aplicación una cláusula contractual abusiva que imponga el pago de importes que resulten ser cantidades indebidamente pagadas genera, en principio, el correspondiente efecto restitutorio en relación con tales importes» (apartado 62). Además, el TJUE «es el único que puede decidir acerca de las limitaciones en el tiempo que hayan de aplicarse a la interpretación que él mismo haya hecho de una norma del Derecho de la Unión» (apartado 70), extremo verdaderamente mollar para los efectos anexos al correctivo que se implementa.

El resultado final no puede ser otro que la corrección de la línea doctrinal preestablecida por el TS, ya que la no causación de plenos efectos retroactivos que dispuso conlleva necesariamente «privar con carácter general a todo consumidor que haya celebrado antes de aquella fecha un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula de este tipo del derecho a obtener la restitución íntegra –nótese– de las cantidades que haya abonado indebidamente a la entidad bancaria sobre la base de la cláusula suelo durante el periodo anterior al 9 de mayo de 2013» (apartado 72). La validación del posicionamiento del TS «solo permite garantizar una protección limitada a los consumidores que hayan celebrado un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula suelo con anterioridad a la fecha del pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró dicho carácter abusivo. Así pues, tal protección resulta incompleta e insuficiente y no constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de dicha cláusula», contrariando el objetivo amparado en el artículo 7.1.º de la Directiva 93/13/CEE (apartado 73)³¹.

A nuestro juicio, no cabe considerar que la postura del TS resulte correctamente fundada en Derecho desde el momento en que se adopta ya *no praepiter legem* sino *contra legem*, léase contra el criterio preestablecido y mantenido por el TJUE sobre el particular, quien sí actúa nomotéticamente. La consecuencia jurídica puede ser devastadora: conforme se lee en la STC 194/2006, de 19 de junio, «la preterición del sistema de fuentes implica la vulneración del derecho al proceso debido y genera indefensión», es decir, ultraje al derecho fundamental previsto por el artículo 24.1 de la CE. Rozamos así la inconstitucionalidad, que por fortuna ha corregido la instancia judicial europea³².

³¹ Apunta Álvarez Royo-Villanova que esta sentencia «no solo supone un nuevo problema para la solvencia de las entidades financieras, sino que parece poner en cuestión todo nuestro sistema de crédito hipotecario y de seguridad jurídica preventiva» (Álvarez Royo-Villanova, S. [6 de febrero de 2017]. La jurisprudencia del TJUE y la necesaria revisión de la doctrina del TS sobre la cláusula suelo. *Diario La Ley*, 8.915). No compartimos particularmente esa postura, pues la solvencia bancaria no puede depender de unas cantidades que, indebidamente, se cobraron ya; y la puesta en cuestión no es tal desde el momento en que a lo que se procede es a la aplicación de normas preexistentes, sin alambiques desconcertantes que se han demostrado contrarios a Derecho; normativa siempre previa al fenómeno enjuiciado.

³² Con detalle, Carrasco Perera, Á. y González Carrasco, C. (30 de setiembre de 2013). La STS 241/2013, de 9 de mayo, sobre las cláusulas suelo es inconstitucional. *Diario La Ley*, 8.159.

Finalmente, el TJUE ordena, vinculadamente por conferir ese valor a sus sentencias los tratados comunitarios, que los órganos jurisdiccionales «deberán –cogentemente– abstenerse de aplicar, en el ejercicio de su propia autoridad, la limitación de los efectos en el tiempo que el Tribunal Supremo acordó en sentencia de 9 de mayo de 2013, puesto que tal limitación no resulta compatible con el Derecho de la Unión» (apartado 74).

El TJUE no se refiere en su sentencia a la seguridad jurídica en esa faz de riesgo de trastornos económicos graves que sirvió para conjurar parcialmente la declaración de efectos retroactivos de la nulidad declarada. La potencial concurrencia de ese factor, pues, no se entiende razón de peso para inaplicar los efectos típicos de la nulidad en un contrato de consumo. De actuar así, se estaría brindando un trato de favor a una de las violaciones más graves surgidas en el curso de esas relaciones contractuales.

4. EL REAL DECRETO-LEY 1/2017, DE 20 DE ENERO

A la vista de esa sentencia del TJUE, el legislador nacional estimó necesario implementar algunas medidas que pudieran evitar la previsible cascada de litigiosidad que podría esperarse, con sus subsiguientes efectos de hipotético colapso de los órganos judiciales encargados de tramitarla, de tal modo que los consumidores afectados por su previa vigencia contaran con un instrumento que les permitiera ver restituidas con agilidad las sumas que hubieran pagado sin cobertura jurídica.

Para la aparente consecución de esta meta, se procedió a la promulgación del Real Decreto-Ley 1/2017, de 20 de enero, al que antes nos hemos referido y que ya ha sido debidamente convalidado. La justificación a su dictado la formula el legislador en estos términos en el apartado III de su exposición de motivos: «Arbitrar un cauce sencillo y ordenado, de carácter voluntario para el consumidor, que facilite que pueda llegar a un acuerdo con la entidad de crédito que les permita solucionar sus diferencias mediante la restitución de dichas cantidades [...]. Se pretende una intervención y regulación mínima, dando a los consumidores un instrumento que les permita obtener una rápida respuesta a sus reclamaciones», la cual se plasma en «una previsión especial y coyuntural, adicional a las normas procesales, mercantiles y civiles»³³.

El mecanismo que se introduce reposa primordialmente sobre el *principio de voluntariedad* en lo que se refiere a su utilización por los interesados, sin que entonces pueda interferir o condicionar lesivamente (como no puede ser de otro modo, todo sea dicho) al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado por el artículo 24.1 de la CE, esto es, sin que pueda evitar

³³ «El Gobierno ha tratado de favorecer soluciones pactadas y evitar el colapso de los tribunales a través del Real Decreto-ley [...] pero esta no deja de ser una medida accesorio que no atiende al fondo del problema» (Álvarez Royo-Villanova, S. [6 de febrero de 2017]).

que los consumidores prefieran vehicular su pretensión a través del proceso en ejercicio de las acciones judiciales que les correspondan ante los órganos jurisdiccionales.

Ahora bien, el acogimiento al mecanismo en cuestión sí provoca efectos concretos en lo que al ejercicio de las acciones judiciales subsiguientes atañe. A la vista del artículo 3.6 de la norma, las partes no podrán ejercitar entre sí ninguna acción «judicial o extrajudicial» respecto al objeto de la reclamación previa «durante el tiempo en que esta se sustancie» –*infra*–. Si se llegara a interponer demanda previamente a la finalización de tal plazo que tuviera por objeto la reclamación en liza, y en cuanto se tuviera constancia de esta circunstancia, se produciría «la suspensión del proceso hasta que se resuelva la reclamación previa».

La norma objeto de estudio exige el concurso simultáneo de tres requisitos para poder activar sus prevenciones: un contrato de préstamo o crédito garantizado con hipoteca inmobiliaria, la inclusión en el mismo de una cláusula suelo y que el prestatario sea un consumidor.

Se parte de la imposición a las entidades de crédito de la implantación de un *sistema de reclamación previa a la interposición de demandas judiciales*. Se las obliga también a garantizar que tal sistema resulte conocido para todos sus clientes/consumidores que en sus préstamos hipotecarios tuvieran inserta una de esas cláusulas suelo, pudiendo estos presentar las reclamaciones que estimaran oportunas desde la entrada en vigor de la norma.

Si el consumidor se decantara por presentar tal reclamación, se exige a la entidad crediticia que efectúe un cálculo debidamente desglosado comprensivo tanto de la suma a devolver cuanto de los intereses correspondientes que se hubieran devengado. El cálculo realizado habrá de ser comunicado al consumidor reclamante. Si la entidad estimara que la devolución interesada no fuera procedente, habrá de comunicar al consumidor las razones que la llevan a esa determinación, la cual producirá el efecto de concluir este procedimiento extrajudicial. Remitido el referido cálculo, el consumidor reclamante deberá imperativamente manifestar si se halla o no conforme con él. Si lo estuviera, la entidad crediticia procedería a acordar con el consumidor la devolución del monto prefijado.

El plazo máximo para que el consumidor reclamante y la entidad de crédito lleguen a un acuerdo y se ponga a disposición del primero la cantidad acordada para devolver es de tres meses, a contar desde que el consumidor presentara la reclamación que originara este procedimiento.

5. PUNTOS CRÍTICOS Y NUEVAS CUESTIONES SURGIDAS

Desgajemos particularizadamente tanto los errores apreciados en el curso de la litigiosidad pareja a las cláusulas suelo cuanto determinadas cuestiones que brotan tras la STJUE de 21 de diciembre de 2016.

5.1. DEFECTOS CONSTATADOS Y CORRECTIVOS OPERADOS

Si se quiere valorar y sintetizar jurídicamente cuál ha sido la actuación de nuestros poderes públicos frente a la situación rápidamente descrita, diremos que posiblemente no se ha estado a la altura de lo que las circunstancias determinaban y hacían esperar. Articularemos esos defectos en diferentes bloques.

A) El Poder Judicial

Visualizamos aquí aspectos indudablemente cuestionables que convergen en una *errónea selección y aplicación ad casum del sistema de fuentes del Derecho*.

a) La labor del Tribunal Supremo

La distorsión principal que ha hiperbolizado toda la problemática surgida anexa a las cláusulas suelo ha radicado en que un pronunciamiento ciertamente extravagante por parte de nuestro TS ha originado un *debate jurídico artificioso*³⁴. Además, de forma inexplicable se ha acrecentado dado que su doctrina se ha visto asumida por otros órganos jurisdiccionales que en ningún caso se hallan bajo la dependencia jerárquica del TS –*supra*–. Ello ha amplificando exponencialmente un error de planteamiento innegable, añadiéndose por ellos un obstáculo ficticio: evidentemente cada juez puede –y debe– hacer «su propio análisis de las circunstancias y [...] apreciar si, en el caso concreto que conoce, esas circunstancias son idénticas» (STJUE de 21 de diciembre de 2016, apartado 79).

El florentino debate consiste en que una exégesis torticera, incomprensible y en colisión con el sistema de fuentes establecido crea una línea aplicativa de un conjunto normativo que, lógicamente, no se puede mantener pacíficamente. Quizás se intentó declarar una nulidad sin que se causaran excesivos estragos a sus resultados; pero la segunda parte del binomio se caía por su propio peso: las consecuencias aparejadas a la declaración no resultan tan dúctiles como pudiera parecer.

Se ha atacado al *sistema de fuentes* del Derecho rector del supuesto planteado desde dos perspectivas. Recordemos que el artículo 6.1 de la directiva reza que «no vincularán al consumi-

³⁴ «Puesto que la jurisprudencia no emana ya de un solo tribunal, sino que procede de distintos tribunales de jurisprudencia, que son todos ellos supremos en la interpretación de sus respectivos ordenamientos, es claro que las respectivas doctrinas jurisprudenciales han de ser coordinadas con arreglo a determinados criterios de competencia y primacía [...]. Dichas normas de coordinación jurisprudencial están unas veces expresamente previstas en las leyes, como ocurre con la jurisprudencia constitucional, mientras que otras, caso de la jurisprudencia comunitaria, han de ser descubiertas y explicitadas por el intérprete ante el silencio del legislador» (Martín Valverde, A. [2004]: La unificación de doctrina jurisdiccional y la unidad de la jurisprudencia como funciones del Tribunal Supremo. En *El Tribunal Supremo en el Ordenamiento constitucional*. Jornadas en conmemoración del XXV aniversario de la Constitución de 1978 [p. 339]. Madrid: Tribunal Supremo).

dor [...] las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre este y un profesional y dispondrá que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si este puede subsistir sin las cláusulas abusivas»; añadiendo su artículo 7.1 que «los Estados miembros velarán por que, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores». El sentido de los dos preceptos interpretados al alimón parece cristalino: la estipulación declarada nula por abusiva en ningún caso vinculará al consumidor, con indisimulado ánimo expansivo (*supra*).

El TS tampoco ha actuado correctamente como juez comunitario, tal cual le es exigible exactamente igual que al resto de órganos jurisdiccionales españoles. Dispone el artículo 4 *bis* de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) que «los Jueces y Tribunales aplicarán –imperativamente, reálcese– el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia» del TJUE, por lo que en el supuesto que se trata se ha de cumplir su función de garante último del consumidor³⁵. Además, «el Derecho de la Unión Europea se dota a sí mismo de un mecanismo de integración a los efectos de conseguir una aplicación uniforme en los Estados miembros, a través del monopolio en la interpretación del Derecho de la Unión Europea por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea [...] cuyas sentencias tienen valor *erga omnes*, y por tanto, son vinculantes para los jueces españoles en su faceta de jueces comunitarios» (SAP de Oviedo de 16 de enero de 2017).

Bien, cimentadas esas premisas el TS, en su pronunciamiento de no íntegra retroactividad de los efectos de una nulidad por abusividad, no ha acogido correctamente esa doctrina del TJUE. La doctrina europea ya venía pautando de forma inequívoca que ese efecto *ex tunc* iba de suyo asociado a la declaración de nulidad de una cláusula abusiva en contratos celebrados con consumidores. Recordemos que «la plena eficacia de la protección conferida por la Directiva 93/13/CEE exige que el juez [...] que haya apreciado de oficio el carácter abusivo de una cláusula pueda deducir todas las consecuencias de esa apreciación, sin esperar a que el consumidor, informado de sus derechos, presente una declaración por la que solicite que se anule dicha cláusula» (STJUE de 21 de diciembre de 2016, apartado 59). Más aún, al juez nacional «no debe atribuírsele la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas, pues de otro modo se podría contribuir a eliminar el efecto disuasorio –reálcese– que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores» (apartado 60)³⁶.

³⁵ Cfr. Gómez de Liaño-Fonseca Herrero, M. (2014). El control de oficio de las cláusulas abusivas. El juez nacional como garante de la protección del consumidor. *Revista de Derecho de la Unión Europea*, 26. UNED.

³⁶ No en vano, «corresponde a las jurisdicciones nacionales asegurar la protección jurídica que se deriva, para los particulares, del efecto directo del Derecho comunitario. Y si el efecto directo se justifica en una regla básica del Derecho comunitario, se exige que sus normas sean aplicadas de manera general, uniforme e incondicionada por todos los Estados miembros, es claro que no pueden quedar sometidas a preceptos de Derecho interno, anteriores o posteriores a la norma comunitaria, que tengan un contenido contradictorio con ella. Si tal eventualidad se produce, los fundamentos del efecto directo imponen que la norma interna sea desplazada. A esta virtud de imponerse sobre los contenidos del Derecho interno se le llama primacía, principio estrechamente ligado con la eficacia directa del

Los preceptos anteriormente transcritos ya han sido interpretados reiteradamente por el TJUE. Especial mención merece en este sentido la STJUE de 14 de junio de 2012, quien recogiendo lo dictaminado en sentencias precedentes ha razonado que «del tenor literal del apartado 1 del citado artículo 6 resulta que los jueces nacionales están obligados únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que esta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma [...]. El contrato en cuestión debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible» (apartado 65). El auto del TJUE de 11 de junio de 2015 explica que «a fin de garantizar el efecto disuasorio del artículo 7 de la Directiva 93/13/CEE, las prerrogativas del juez nacional que constata la existencia de una cláusula abusiva [...] no pueden estar supeditadas a que la cláusula abusiva se aplique o no en la práctica» (apartado 50). Esto significa que, incluso aunque el «suelo» nunca se hubiese aplicado, no habría inconveniente para declararlo nulo y eliminarlo del contrato, quedando a salvo los actores de cualquier intento de aplicación futura.

Nos interesa realzar un par de cosas en este momento expositivo. Por una parte, la doctrina que se mantiene en la STJUE de 21 de diciembre de 2016 es exactamente la misma que en la STJUE de 14 de junio de 2012 y sus concordantes, que persevera impertérrita e inmodificada. Por otra, el bloque doctrinal que ejemplifica la STJUE de 14 de junio de 2012 es anterior al dictado de la STS de 9 de mayo de 2013, por lo que este debería aquietarse a lo allí establecido sin mayores complicaciones.

El TS tampoco ha valorado atinadamente la norma a elegir de entre las existentes. El Derecho Comunitario ostenta, en virtud de los tratados, primacía respecto al Derecho nacional de los Estados miembros. Así lo estableció, con el efecto vinculante asociado ya expresado, la STJUE de 9 de marzo de 1978 –*asunto Simmenthal*– y se sigue manteniendo hasta la actualidad. De conformidad con lo establecido en el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión (TFUE), el TJUE es el único órgano jurisdiccional a quien incumbe, en régimen de exclusividad, la interpretación de las normas comunitarias. El referido artículo 4 *bis* de la LOPJ refuerza indeleblemente esa labor.

No es que la Directiva 93/13/CEE no resulte clara por sí misma, es que ya el Tribunal europeo había efectuado la correspondiente interpretación que el TS debería haber seguido sin haber desoído su argumentación. La legislación interna también resulta diáfana para concluir iguales efectos, pues el análisis conjugado de los artículos 1.303 del CC y 83 del TRLGDCU aboca a igual conclusión: cuando existe nulidad han de restituirse las prestaciones desde un principio, quedando las cláusulas abusivas expulsadas del contrato *ab initio*, no vinculando en ningún sentido al consumidor, y no siendo posible ningún tipo de integración de las estipulaciones nulas. Han de restituirse todos los

Derecho comunitario» (STS de 8 de noviembre de 1996). Estimando inexacta esta argumentación, por entender que una directiva no transpuesta sea susceptible de tener efecto directo, ni mucho menos horizontal dado que el efecto directo no es consecuencia del principio de jerarquía (Blanco Pérez-Rubio, L. [1998]. *La nulidad de las cláusulas de sumisión expresa en los contratos de adhesión*. Madrid: Tecnos).

excesos de pago que se han satisfecho y que se sigan satisfaciendo por efecto de la cláusula que se declara nula. Añadamos que el TS no tiene cobertura o título jurídico (como contrasta la argumentación ajurídica utilizada) para efectuar una suerte de retroactividad temporalmente condicionada y corroboraremos el atino del correctivo introducido por la STJUE de 21 de diciembre de 2016.

b) *La labor de los demás órganos jurisdiccionales, especialmente de las Audiencias provinciales*

Los pronunciamientos que han mantenido algunas Audiencias provinciales al abordar estos supuestos resultan incluso más chocantes que el razonamiento del TS.

Ha de recordarse que, por mucho que se considere en un plano teórico, la legislación positiva deja meridianamente claro que la jurisprudencia, esto es, la doctrina que establece el TS, no es fuente del Derecho (*supra*). El artículo 1.6 del CC le brinda la labor de «complementar» el Ordenamiento jurídico, no crearlo. La exposición de motivos del Decreto de 1974 que confirió esa redacción al precepto argüía que «la tarea de interpretar y aplicar las normas en contacto con las realidades de la vida y los conflictos de intereses da lugar a la formulación por el Tribunal Supremo de criterios que si no entrañan la elaboración de normas en sentido propio y pleno, contienen desarrollos singularmente autorizados y dignos, con su reiteración, de adquirir cierta transcendencia normativa –sic, concepto realmente vago e inconcreto pero que, entendiéndose, no es apto para desbordar un recinto complementario a las fuentes sin ubicarse *contra legem*–». *A contrario sensu*, no puede considerarse a la jurisprudencia, ni siquiera en una exégesis amplia, como fuente del Derecho. Su tarea es completar a las fuentes del Derecho que enuncia el artículo 1.1 del CC. Su autoridad es interpretativa o –si se permite– moral mas incoercible. La jurisprudencia simplemente aplica e interpreta a las que sí constituyen fuentes del Derecho³⁷. Su misión, pues, radica en la búsqueda de la unidad de criterio en la aplicación e interpretación de la norma jurídica (*cf.* STS de 20 de enero de 1998). Efectivamente, «la doctrina jurisprudencial no consiste ni en una disposición ni en una norma, sino más bien en unos criterios de aplicabilidad circunstanciales con el ejercicio de la función y la independencia propias de los tribunales» (STS de 3 de enero de 1990). En ningún caso la doctrina jurisprudencial puede lastrar o condicionar la independencia de otros órganos judiciales observada, especialmente, en su sujeción a la ley, así como en los criterios de aplicación de las normas en los supuestos de los que por diseño legal deban conocer. Como razona Díez-Picazo, que el juez esté incondicionalmente sujeto a la ley «no admite intermediarios [...]. El artículo 117 de la Constitución [...] dice significativamente que los jueces están sometidos únicamente al imperio de la ley [...]. La consecuencia de cuanto precede es obvia: si la jurisprudencia tuviera fuerza vinculante en sentido fuerte, se interpondría entre el juez y la ley, vulnerando lo ordenado por el artículo 117 de la Constitución»³⁸.

³⁷ Vid. Auger Liñán, C. (2004). La jurisprudencia como posible fuente del Ordenamiento jurídico. En la *op. cit.* *El Tribunal Supremo en el Ordenamiento constitucional...*, p. 371.

³⁸ Díez-Picazo, L. M.^a (2004). Reflexiones sobre el concepto y el valor de la jurisprudencia en el Derecho español. En la *op. cit.* *El Tribunal Supremo en el Ordenamiento constitucional...*, p. 403.

Se aduce como criterio que abone la conveniencia de la vinculación a la doctrina jurisprudencial la idea de que los jueces y tribunales distribuidos capilarmente por el territorio del Estado deban aplicar con militar uniformidad la legalidad en los litigios de los que conozcan. A nuestro juicio, ello erige un terrible error, convirtiendo al Poder Judicial en una Administración pública al uso cosida al Poder Ejecutivo, gran riesgo que se corre en estos tiempos y que parece ir avanzando imparablemente aun cuando acarree una auténtica subversión constitucional³⁹. En el ámbito del Poder Judicial no rige el principio de jerarquía, como sí sucede en la Administración pública –*cfr.* arts. 103.1 y 117.1 CE, sin más–. Cada órgano judicial, independientemente, encarna la totalidad de ese Poder del Estado desde una constitucionalmente exigida predeterminación por ley (art. 24.1 CE). La potencial fuerza vinculante de la jurisprudencia del TS no puede ser más que *blanda*: el diseño constitucional y legal la confina a una unificación de criterios hermenéutico-aplicativos no imperativa, solo con mero eventual riesgo de revocación de la resolución adoptada por un órgano judicial funcionalmente inferior si se apartara de ella, y ni siquiera de manera categórica habida cuenta que la jurisprudencia también evoluciona, fluctúa, no vincula pétreamente ni al órgano que la formula. Nótese que la situación es opuesta en lo que a la doctrina del TJUE atañe: la normativa rectora sí le reconoce carácter vinculante a sus pronunciamientos.

Así las cosas, no parecen muy afortunados pronunciamientos que, en los supuestos concretos a los que se dedican estas páginas, han adoptado de forma jurídicamente cuestionable algunos de esos órganos judiciales funcionalmente inferiores. Tomemos como ejemplo lo que se argumenta en la SAP de Zaragoza de 8 de enero de 2014, donde podemos leer lo siguiente: «Acatando este precedente por la fuerza informadora de la jurisprudencia que el artículo 1.6 del Código Civil le atribuye y atendiendo [...] la exigencia de seguridad jurídica derivadas de la CE llevan a esta Sala a aceptar el valor del precedente como doctrina jurisprudencial, lo que exige la desestimación de la impugnación de la sentencia realizada», desembocando en la improcedencia de restitución de las sumas abonadas antes de la antedicha STS por los actores a la mercantil demandada en el litigio que zanja. Obsérvese que se desestima una pretensión con base en una suerte de obediencia debida al TS, carente de título jurídico –*supra*–, sin análisis adecuado de hechos y Derecho aplicable a los supuestos. El criterio es el seguimiento de la doctrina jurisprudencial en la materia, sin más. Por ello consideramos que la actuación de ese conjunto de órganos judiciales aquietados al pronunciamiento del TS, sin deber jurídico de obrar así y sin otra razón que una inexistente sujeción o una suerte de respeto reverencial cuando no hay jerarquía o dependencia orgánica, ha resultado aún más dañosa al consumidor que el propio parecer del TS.

Ni siquiera parece, a nuestro entender, que el dictado de la STJUE de 21 de diciembre de 2016 haya provocado el reconocimiento por los órganos judiciales españoles de esa anómala línea que se venía manteniendo por ellos, pues la aplicación del fallo allí pronunciado se envuelve en argumentos igualmente peculiares. Volvamos al rastreo de resoluciones para obtener algunos ejemplos.

³⁹ En este sentido, con el minucioso análisis del estado de la cuestión en España, bastante avanzada desgraciadamente, *vid.* la monografía de Benito Llopis-LLombart, M. de (2017). *Justicia o Burocracia*. Madrid: Civitas.

Se expone en la SAP de Oviedo de 16 de enero de 2017 que «la sentencia de instancia –correctamente, todo sea dicho– extendió los efectos de la retroactividad desde que comenzó a aplicarse la cláusula nula, en contra de lo que en ese momento era doctrina legal –sic– [...] doctrina que ha sido desvirtuada por el TJUE»; o en la SAP de Oviedo de 3 de febrero de 2017 se razona que «no cabe desconocer que existía una doctrina consolidada del TS en orden a los efectos (retroactividad limitada) de la nulidad declarada al tiempo de iniciarse la litis, así como cuando se dictó la sentencia de instancia, y que ha quedado recientemente sin efecto por virtud de la sentencia del TJUE antes mencionada». Por fin, en AAP de Oviedo de 31 de enero de 2017 se explica que «en el presente supuesto [...] el desistimiento viene motivado por un hecho nuevo –sic– cual es la interpretación que el Tribunal de Justicia de la UE [...] ha hecho del alcance cronológico de la declaración de nulidad de una cláusula contractual impuesta en detrimento del derecho que la Directiva 93/13/CEE reconoce a los consumidores –que– deja sin efecto lo resuelto por el Tribunal Supremo [...] a la hora de fijar una fecha a partir de la cual opera la declaración de nulidad, respetando con ello la función complementaria del Derecho que el artículo 1.6 del Código Civil asigna a la jurisprudencia».

No deja de provocar desconcierto el argumentario esgrimido en estos ejemplos extraídos aleatoriamente de los más recientes pronunciamientos judiciales sobre la cuestión que estudiamos, ya con la STJUE de 21 de diciembre de 2016 y sus correlativos efectos jurídicos sobre la mesa. La mención a una «doctrina legal» es incomprensible: la doctrina del TS será jurisprudencial, no legal. De hecho, en aplicación de la legislación vigente la declaración judicial debería haber sido justamente la plena retroactividad. La *vis* imperativa de la doctrina del TS no es que quedara desvirtuada por el TJUE, que también, sino que ya lo estaba *ab initio* por la previa línea doctrinal de la suprema instancia judicial europea. Y, en fin, no cabe estimar a esta resolución judicial como «un hecho nuevo», pues se trata de una fuente del Derecho que poco de fáctico tiene en su efecto jurídico...

La malentendida unidad doctrinal en el tratamiento jurisdiccional de litigios afines o idénticos ha causado más perjuicios que beneficios, como se comprenderá.

c) *Valoración final sobre la actuación judicial nacional*

Recapitulando, con ánimo de ceñirnos a nuestra disciplina académica, podemos concluir su inadecuación con dos preceptos de nuestro CC, sin perjuicio por supuesto de la contradicción con normativa constitucional y comunitaria jerárquica y materialmente prioritaria. Por una parte, como ya hemos recalcado, se desborda la función jurisprudencial tal cual la dibuja el artículo 1.6 del CC. Pero, de otra, ha de añadirse que se ha subvertido el tenor del artículo 1.7 del CC, pues «los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido», y resulta palmario que en lo que respecta al pronunciamiento extravagante de retroactividad parcial efectuado por el TS –al que se han adherido una multitud de órganos jurisdiccionales españoles–, no se ha producido ajuste (sino más bien ultraje) a ese conjunto normativo rector, por acción (selección de las normas e interpretación errónea) y omisión (si había dudas exegéticas, debía haberse planteado cuestión prejudicial al TJUE, por afectarse normativa comunitaria y tratarse el TS de la instancia judicial estatal superior).

B) El notariado

Estimamos preciso hacer una referencia a *la labor del notariado* en todo este supuesto litigioso observado centrado en lo que le atañe, es decir, no en el momento de una declaración de efectos de nulidad de las cláusulas (competencia judicial) sino previamente, al tiempo de otorgamiento de las escrituras en las que aquellas anidaban.

Acudamos a su marco normativo orgánico rector, aprobado mediante la Ley de 28 de mayo de 1862, del Notariado (LN) y el Decreto de 2 de junio de 1944 (Reglamento de organización y régimen del notariado, RORN). El artículo 24 del LN dispone que «los notarios en su consideración de funcionarios públicos deberán velar por la regularidad no solo formal sino material de los actos o negocios jurídicos que autorice o intervenga, por lo que están sujetos a un deber especial de colaboración con las autoridades judiciales y administrativas. En consecuencia, este deber especial exige del notario el cumplimiento de aquellas obligaciones que en el ámbito de su competencia establezcan dichas autoridades». Por su parte, el crucial y extenso artículo 147 del RORN prevé que «el notario redactará el instrumento público conforme a la voluntad común de los otorgantes, la cual deberá indagar, interpretar y adecuar al Ordenamiento jurídico, e informará a aquellos del valor y alcance de su redacción [...]. En el texto del documento, el notario consignará, en su caso, que aquel ha sido redactado conforme a minuta y si le constare, la parte de quien procede esta y si la misma obedece a condiciones generales de su contratación. Asimismo, el notario intervendrá las pólizas presentadas por las entidades que se dedican habitualmente a la contratación en masa, [...] y sean conformes a la voluntad de las partes. Sin mengua de su imparcialidad, el notario insistirá en informar a una de las partes respecto de las cláusulas de las escrituras y de las pólizas propuestas por la otra, comprobará que no contienen condiciones generales declaradas nulas por sentencia firme e inscrita en el Registro de Condiciones generales y prestará asistencia especial al otorgante necesitado de ella. También asesorará con imparcialidad a las partes y velará por el respeto de los derechos básicos de los consumidores y usuarios». Por último, a tenor del artículo 148 de esta norma reglamentaria, «los instrumentos públicos deberán redactarse empleando en ellos estilo claro, puro, preciso, sin frases ni término alguno oscuros ni ambiguos, y observando, de acuerdo con la Ley, como reglas imprescindibles, la verdad en el concepto, la propiedad en el lenguaje y la severidad en la forma».

La lectura reposada de estos preceptos, y su ulterior propulsión hacia el caso que es objeto de estas páginas, nos transporta a plantear esta cuestión: ¿cumplieron razonablemente los notarios, como colectivo (generalizando, lo cual nunca resulta del todo exacto, obviamente) esas obligaciones legales al autorizar las escrituras de préstamo con garantía hipotecaria en las que se anclaban las cláusulas suelo?

Tengamos presente que quizás quepa pensar que las aludidas cláusulas no resultan nulas por sí mismas (*supra*), y parece lógico que una entidad financiera pretenda la obtención de beneficios a cambio de prestar sumas considerables de dinero, tarea que supone uno de los ejes axiales de su actividad mercantil. Tampoco los tipos de interés seleccionados tendrían por qué resultar automáticamente abusivos, pues al pactarse a tipo variable su coste devenía más bajo que si lo hicieran a tipo fijo...

Ahora bien, el *quid* para formarnos una composición de lugar lo más exacta posible puede radicar en el momento de la prestación del consentimiento contractual, instante en el que el papel del notario resultaba más determinante para el recto cumplimiento de las previsiones de los preceptos recientemente transcritos. A este acto se llegaba desde un planteamiento indudable: en el curso de un fenómeno de contratación de adhesión, con clausulados predispuestos en los que el consumidor únicamente podría decidir si contrataba el producto o no, mas no las condiciones específicas del clausulado contractual entre las que se hallaría este suelo. La ubicación de esta concreta cláusula, engarzada de manera esencial al objeto del contrato, correría severo riesgo de diluirse entre una información abrumadora, con una redacción abigarrada y profusamente tecnificada... El consentimiento del consumidor, pues, podría hallarse más que previsiblemente condicionado. Aunque de forma acelerada se leyera todo el clausulado contractual, seguramente no se llegaría en todos los supuestos a descender al preciso detalle minucioso y quirúrgico de explicitar que por mucho que bajasen los intereses coaligados a un tipo referencial no rebasarían una frontera mínima; y que aun existiendo techo, las probabilidades de alcanzar uno u otro resultaban eminentemente dispares y disformes.

Al notario, como operador jurídico, no le compete determinar qué es o no legal. Pero sí le corresponde dar fe no solamente del acto o negocio jurídico que a su presencia se celebra, sino de que tal celebración está precedida por el pleno conocimiento de que el contratante, el consumidor en nuestro caso, goza de una total cognoscibilidad respecto a lo que firma, y de que llega a esa convicción previa pormenorizada información de las circunstancias y consecuencias en juego. Tal extremo sí es función y obligación del notario, cualificada más si cabe *ratione materiae* en el ámbito del consumo. No es aceptable que la figura notarial resulte un eslabón más de una cadena predispuesta por la entidad de crédito. *Es un funcionario público*, imparcial, neutral, ajeno a las partes y que ha de velar especialmente por la que llega a la celebración del contrato en posición jurídica más débil. Y ese no es un trámite menor, a despachar sirviéndose de una sucinta y apresurada lectura, con una vacua cláusula de estilo o con el dictado de un párrafo a manuscibir automáticamente por el consumidor⁴⁰. La relevancia jurídica de este consentimiento requeriría una indudable y más intensa y profunda actividad debidamente acreditada por parte del fedatario.

La razón de ser del Derecho de Consumo, en este instante, descansa en las manos del notario. Por eso, puede pensarse que la generalizada ulterior anulación judicial de las cláusulas suelo quizás deja entrever que se han producido algunas disfuncionalidades y carencias en la prosecución integral y comprometida por tal operador jurídico de sus obligaciones legales.

⁴⁰ Aunque en el supuesto analizado los prestatarios permitieran la inclusión en el contrato de frases del tipo «soy consciente y entiendo que el tipo de interés...», de claro contenido estereotipado, no se colige de ellas el pleno conocimiento del contenido del contrato, como tampoco lo hace que el notario declare en la escritura que autoriza que se ha prestado esa información, sino que es a la parte que afirma haber informado de manera comprensible a quien corresponde su prueba. En fin, «no cabe pensar que la intervención del notario autorizante e incluso las advertencias que el mismo hizo en la misma pueda suplir ese deber de información cumplida del real significado de esa estipulación que corresponde a la entidad financiera y que puede cumplimentarse de las más diversas formas [...] y que [...] no puede considerarse que se haya cumplido por el mero tenor del contrato suscrito y –reálcese– la intervención notarial» (SAP de Córdoba, de 27 de enero de 2015).

C) La actuación del legislador

Respecto al legislador, subjetivamente consideramos que también ha podido enfrentar mejor esta situación en algún extremo muy puntual. Lógicamente, no le compete apreciar la legalidad o no de la actuación de una de las partes en estos contratos. Tampoco catalogamos particularmente lesiva su labor de formulación normativa. Toda la legislación observada y aplicable al caso parece adecuadamente ajustada para evitar la producción de efectos lesivos en el curso contractual al consumidor: normativa europea, CC, LCGC, TRLGDCU...

El problema lo apreciamos *a posteriori*, en el Real Decreto-Ley 1/2017 al que más arriba hemos hecho veloz mención. Su justificación no merece óbice alguno, pues se basa en la *voluntariedad* y en la *agilización* en las posibles reclamaciones de los consumidores, aliviando una posible saturación de demandas a despachar por los órganos judiciales. Ahora bien, una lectura más detenida y crítica de su articulado despierta ciertas dudas.

Los efectos procesales que a la sujeción a sus previsiones se cosen, y muy especialmente las obligaciones que se instauran a las entidades crediticias, son los ejes en que reposan esas cautelas.

En efecto, la disposición adicional primera de esta norma establece que las entidades financieras deberán adoptar las *medidas necesarias* para dar cumplimiento a sus previsiones. ¿Qué entender por tales?, ¿no se adolece de una preocupante indeterminación material en ese concepto? Se hace referencia a la puesta a disposición de los clientes, tanto en todas las oficinas abiertas al público como en las respectivas páginas web, de ciertas informaciones; existencia de un departamento o servicio, con indicación de su dirección postal y electrónica, encargado de la resolución de las reclamaciones; obligación de la entidad de atender y resolver las reclamaciones presentadas por los clientes en plazo... Pero, ¿no debería el legislador ser más incisivo y concreto? ¿Es coherente mantener una iniciativa abierta en la reparación –presunción de buena fe– prácticamente unilateral en manos de quienes se declara que precisamente no han ajustado ortodoxamente su obrar contractual a la legislación?

En otro orden de cosas, nos resulta chocante escrutar la naturaleza jurídica del mecanismo implementado. Sabemos que no es jurisdiccional, habida cuenta que intenta evitar este itinerario. Pero, ¿a dónde entroncarlo? No se trata de una *conciliación*, tal cual se regula en los artículos 139 y siguientes de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, dado que falta uno de los elementos fundamentales que en ella han de converger: el tercero, la autoridad ante quien se comparece en búsqueda de solución a un conflicto de intereses nacido para evitar el surgimiento del pleito. *Mutatis mutandis*, tampoco podemos pensar que nos hallemos ante un supuesto de *mediación*, regulado por la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, por cuanto también se observa la ausencia del mediador, del tercero que «se interpone entre los contendientes procurando su reconciliación mediante su asistencia en la obtención de un acuerdo»⁴¹. Por igual motivo de inexistencia de este elemento subjetivo no podemos aceptar que nos enfrentemos a un *arbitraje*,

⁴¹ Martín Diz, F. (2010). *La mediación, sistema complementario de Administración de Justicia* (p. 50). Madrid: CGPJ.

regulado actualmente en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, cuyo artículo 2 preceptúa que son susceptibles de arbitraje «las controversias sobre materias de libre disposición conforme a Derecho», gozando las partes de amplias facultades de ordenación y decisión. Pero nos falta la figura del árbitro.

Resulta así que el legislador ha introducido *ad casum* un mecanismo de reparación de situaciones dañosas para el consumidor donde, sin embargo, este no encuentra a un operador imparcial, sino que todo queda a expensas del juego entre la entidad crediticia y su postura particular. Si la posición de la primera es más fuerte en el vínculo contractual (clausulado predispuesto, contratos masa...) el mecanismo insertado no parece apreciar que también en este momento concreto el esquema puede ser perfectamente repetible. Si el estudio, la cuantificación, la valoración, el posible rechazo unilateral y no causal de la reclamación formulada... queda de parte de uno de los intereses en juego sin modulaciones por parte de un tercero neutral, si el consumidor se constriñe a aceptar o rechazar la oferta unilateral que se le formule... ¿queda asegurada la universal eficacia de este mecanismo? ¿Es posible una recta solución sin un tercero intermediario capaz de analizar, gradar, mediar para que se alcance un acuerdo justo tras la revisión neutral del supuesto?

Añadamos que el real decreto-ley en escrutinio omite en su articulado cuáles serían las consecuencias concretas en caso de ausencia o deficiente cumplimiento por parte de las entidades financieras de las obligaciones que se les imponen. ¿Se implementan obligaciones incoercibles, desprovistas de sanción en caso de incumplimiento? De ser así, la utilidad de esta normativa quedaría en un incuestionable entredicho, y parece que podría beneficiar más al infractor que al perjudicado, extremo de difícil comprensión objetiva. El legislador, entendemos, debe implicarse más en la corrección de las antijuridicidades y desequilibrios diagnosticados.

5.2. DUDAS Y CUESTIONES SURGIDAS

Lo que aparentemente debía colocarnos ante un escenario pacificado, en realidad abre nuevas puertas a dudas de significativo calibre. Proponemos entresacar las siguientes.

A) La cuestión de las costas

Como es sobradamente conocido, las costas son los gastos que el seguimiento de un proceso judicial genera, abarcando diferentes conceptos y suponiendo un desembolso que puede tener entidad y conllevar, consiguientemente, un gravamen para quien deba satisfacerlas.

Con carácter general, debemos acudir al artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), quien nos pauta estas reglas básicas sobre quién debe abonarlas:

- En los procesos declarativos, las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones (regla genérica, criterio de vencimiento).

- Para apreciar, a efectos de condena en costas, que el caso era jurídicamente dudoso, se tendrá en cuenta la «jurisprudencia recaída en casos similares» (acotación previa a la excepción de tal criterio general).
- Se inaplicará la regla general enunciada cuando se aprecie, razonadamente, «que el caso presentaba serias dudas de hecho o de Derecho».
- Si fuera parcial la estimación o desestimación de las pretensiones, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, «a no ser que hubiere méritos para imponerlas a una de ellas por haber litigado con temeridad».

Ratione materiae, hemos de tener en cuenta también algunas prevenciones implementadas por el Real Decreto-Ley 1/2017, de 20 de enero. En concreto, con una redacción cuando menos farragosa, que dispone que «solamente» la entidad de crédito pueda ser condenada por ese concepto en vía judicial cuando concurren sucesiva y conjuntamente todas estas circunstancias: (1) que el consumidor rechace o decline por cualquier motivo la devolución del efectivo, (2) que el consumidor interpone demanda, es decir, ejercita su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva mediante una acción que impetra justicia del órgano jurisdiccional, (3) que el consumidor obtiene un pronunciamiento favorable a sus pretensiones –cláusula nula, efecto retroactivo–, (4) que la sentencia es más favorable que la oferta recibida de la entidad y rechazada por el actor –una suma mayor, acorde a la petición del consumidor dado que hablamos de justicia rogada, principio que cubre la obligación del actor de fijación de la cuantía de la demanda, artículos 251.1 y 253.1 LEC; la cual seguramente cabe esperar sería idéntica en la eventual previa reclamación interpuesta ante la entidad crediticia–. Lo reseñable es que, *a contrario sensu*, de no concurrir todas esas previsiones no habrá condena en costas a la entidad de crédito en los casos en que a la demanda judicial le preceda el acogimiento del consumidor al mecanismo extrajudicial.

Tras el dictado de la STJUE de 21 de diciembre de 2016, parece claro que todas las pretensiones ejercitadas han de gozar del respaldo judicial, por lo que en lo que al concreto aspecto de las costas atañe no se subvertiría el criterio general (art. 394.1 LEC). También en este extremo ha de imperar la argumentación relatada anteriormente, por no dejar de constituir un aspecto anejo, accesorio al litigio surgido y esclarecido.

La STJUE de 21 de diciembre de 2016 simple y llanamente se ciñó a aplicar la doctrina precedente sobre la materia al particular examinado, con la subsiguiente desvinculación del consumidor de esas cláusulas nulas por abusivas y correlativo derecho a la restitución de todos los excesos de pago efectuados desde que empezó a aplicarse la estipulación anulada. No se ha operado ninguna restricción, tampoco de índole temporal. Nada se ha innovado, ninguna novedad se puede apreciar respecto al posicionamiento previamente trazado. Eso nos ratifica en la particular consideración que ya hemos destacado: el debate, la duda jurídica que parecía existir, no era tal. Y la argumentación que sembraba esta aparente invertidumbre ni siquiera gozaba de base jurídica, porque de haberse proyectado a la fundamentación aplicable *ad casum* –en el ámbito europeo, la directiva tantas veces invocada y la doctrina jurisprudencial del TJUE; pero también la

legislación interna, aun no preferente en la prelación fontal— jamás podría haberse desarrollado. El valor nomotético de la doctrina jurisprudencial europea lo impedía.

Esa anomalía, debidamente corregida, debe extenderse lógicamente al apéndice procesal que constituyen las costas, ya regidas por la pura normativa procesal interna. *Ipsa facto*, resulta plenamente inutilizable cualquier acogimiento a la modulación excepcional contenida en el artículo 394.1 *in fine* de la LEC. Obrar así conllevaría la subversión de la doctrina europea en este específico aspecto, surtiendo parciales efectos una nulidad absolutamente aseverada, haciendo incoercible parte de la reparación que ha de efectuar quien ha introducido en el contrato el abuso, la cláusula nula, eximiéndosele con base en unas *presuntas dudas* (que no son ni han podido ser) de una consecuencia del proceso en que se ha estimado la pretensión contenida en la demanda presentada de contrario, lesionando a la postre la protección del consumidor. El precepto citado se refiere a la presencia de «serias dudas de Derecho» que ha de entenderse ligada a un conflicto entre distintas opciones exegéticamente plausibles. En el supuesto tratado, a nuestro modo de ver, esa realidad no se presentaba, lo que impide cualquier vadeo a la aplicabilidad del criterio general de vencimiento. Si con anterioridad a la STJUE ya resultaba muy difícil defender que hubiera dudas en la materia, tras ella es absolutamente implantable tal línea de pensamiento.

Bien, si a fecha de promulgación del real decreto-ley no caben dudas, ¿por qué se instauro legislativamente una *excepción a la excepción* contenida en la LEC, máxime cuando en su virtud el juez se verá obligado a condenar en costas de manera específica —previsiblemente, cada parte las suyas—, perjudicando con ello al consumidor? ¿No se trata de una derivada más de un vicio corregido que, sin embargo, persevera en ese antijurídico obrar? Así es, en última instancia todo dimana de la nulidad que se declara, y no de sus efectos plena o parcialmente retroactivos. Y habiendo esa nulidad, las costas han de imponerse a quien la causó, manteniendo el criterio general de la LEC.

B) ¿Cosa juzgada? La necesidad de implementar modulaciones

Probablemente la principal derivada de la STJUE de 21 de diciembre de 2016 radique en qué hacer con los procedimientos en los que se ejercitaban acciones tendentes a la anulación de cláusulas suelo (juzgados, terminados y firmes) en los que en aplicación de la corregida doctrina prefijada por el TS se procedió a una retroactividad parcial de las sumas indebidamente cobradas por las entidades financieras al albur de la operatividad de aquellas, *ergo* sin cobertura jurídica válida. La STJUE comentada reconoce que la protección al consumidor no es absoluta (*cf.* apartados 68 y ss.), y que no resulta obligatorio para el tribunal nacional dejar de aplicar las normas procesales internas que dotan de fuerza juzgada a una resolución; sin perjuicio de la potestad exclusiva de la instancia europea para la concreción temporal de los efectos de la exégesis de una norma comunitaria, en tanto exigencia esencial de su uniforme y general aplicación. Consecuentemente, se intuye que en ausencia de una doctrina bloqueada sobre el particular por el TJUE se provocará una traslación hacia la regulación interna de la cosa juzgada.

Las hipótesis *jurisdiccionales* de trabajo –excluyendo los pactos que pudieran alcanzarse entre entidades y consumidores⁴², en función de los supuestos materialmente planteables y teniendo en cuenta que, procesalmente, la reclamación de una acción de nulidad no se halla sujeta a plazo de prescripción⁴³, resultarían ser las siguientes:

1. Consumidores afectados por cláusulas suelo que no hubieran efectuado aún su reclamación. En este caso, el ejercicio de sus acciones legales quedaría amparado por la doctrina del STJUE de 21 de diciembre de 2016. De llegar a decretarse la nulidad de la cláusula suelo tras el seguimiento del curso procesal, la misma tendrá efectos *ex tunc*.
2. Consumidores afectados por cláusulas suelo que ya hubieran efectuado su reclamación y, tras el seguimiento del curso procesal, hubieran obtenido una resolución firme acorde a la retroactividad plena de efectos de la nulidad con anterioridad a la STJUE de 21 de diciembre de 2016. No habría en este supuesto ningún fleco o dificultad.
3. Consumidores afectados por cláusulas suelo que ya hubieran efectuado su reclamación, hallándose su petición en curso procesal, en la fase que fuera (instancia, recurso de apelación, recurso de casación) al tiempo del dictado de la STJUE de 21 de diciembre de 2016. De llegarse a declarar la nulidad de la cláusula, se acordaría también sus efectos *ex tunc* (sea por sentencia, sea declarando desierto o desestimado el recurso en trámite que la impugnara, etc.). No habría incidencia de la cosa juzgada.
4. Consumidores afectados por cláusula suelo en los que, dictada sentencia que ya hubiera ganado firmeza, se hubiera seguido la doctrina del TS y se hubiera declarado la retroactividad parcial de efectos. Surge la duda consistente en qué sucedería con las cantidades no devueltas que, obviamente, deberían haberlo sido a la luz de la doctrina de la STJUE de 21 de diciembre de 2016 sobre las que pendería el efecto procesal de cosa juzgada.

⁴² En cuyo caso no se trata de observar el impedimento ocasionado por la fuerza del principio procesal de cosa juzgada, sino que el análisis ha de orbitar sobre el puro ámbito negocial reglado por el principio de autonomía de la voluntad del artículo 1.255 del CC, tanto en positivo como en negativo, es decir, sin poder contrariar a las previsiones legalmente indisponibles. Y, nótese, parece innegable que el tenor del artículo 6 de la Directiva 93/13/CEE participa de estas características, pues en sentido inverso supondría aceptar que vincularan, aun parcialmente, al consumidor cláusulas abusivas, razón por la cual su disponibilidad es probablemente inviable jurídicamente.

⁴³ Apoyando nuestra afirmación en que aunque el artículo 1.301 del CC prevea que «la acción de nulidad solo durará cuatro años», ha de relacionarse con el artículo 1.300 del CC, es decir, contratos en que concurran los elementos esenciales del contrato relatados por el artículo 1.261 del CC junto a alguno de los vicios «que los invalidan con arreglo a la ley». Mas en el supuesto que tratamos en este trabajo lo que sucede es que se aprecia nulidad absoluta equiparable a la inexistencia consensual, por haberse celebrado los contratos con una ausencia total de consentimiento debido a la concurrencia de un error invalidante provocado por el engaño presuntamente ejecutado por la entidad. Por haber esa inexistencia, nulidad radical, la acción no puede estar sujeta a plazo de ejercicio (p. ej. STS de 14 de noviembre de 1991). Esa doctrina, además, es pacífica en la jurisprudencia menor.

5. Consumidores afectados por cláusula suelo que hubieran ejercitado acción de nulidad pero reclamando solamente las cantidades indebidamente pagadas a las entidades demandadas conforme al término temporal de la rectificadora STS de 9 de mayo de 2013; por lo que habría sumas no reclamadas a las que se tendría derecho a tenor de la ulterior STJUE de 21 de diciembre de 2016 (pensemos también en pactos en los que a cambio de esa retroacción parcial el prestatario renunciara al ejercicio de acciones por el monto restante). ¿Habría efecto de cosa juzgada respecto a esas cantidades en su momento no reclamadas por aquietarse a la STS de 9 de mayo de 2013?

Entendemos que el *axis* de la cuestión estriba en valorar si se produce o no efecto de cosa juzgada⁴⁴, propulsado eminentemente sobre los supuestos (4) y (5) que acabamos de formular. Algunos autores, que concuerdan con nuestra postura al diagnosticar estos problemas que ahora se nos plantean, han dado un enfoque muy restrictivo a las posibles soluciones a brindarle en atención a una estimación muy rigurosa del aludido principio, pues la STJUE de 21 de diciembre de 2016 «no afectará a resoluciones que ya han devenido firmes [...] por aplicación de los principios de intangibilidad de la cosa juzgada y de seguridad jurídica, que tan solo permiten modificar las sentencias firmes en supuestos muy limitados». *Item* más, tal razonamiento se extendería hasta cubrir una petición parcial que excluya las sumas cobradas indebidamente por las entidades prestamistas con anterioridad al 9 de mayo de 2013 por virtud de la operatividad de las posteriormente anuladas cláusulas suelo, pues presentar una nueva demanda en reclamación de ese monto restante no se consideraría factible al «tener en cuenta que la cosa juzgada afecta no solo a lo alegado sino también a lo que pudo alegarse», al amparo del artículo 400 de la LEC⁴⁵.

La cosa juzgada se cose a la seguridad jurídica. A su merced, las decisiones cubiertas por este principio deben permanecer inalteradas en todo caso («la cosa juzgada de las sentencias firmes, sean estimatorias o desestimatorias, excluirá un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquella se produjo», art. 222.1 LEC), con la modulación de supuestos excepcionales que predetermina la legislación como causas de revisión de la firmeza declarada (art. 510 LEC). La cosa juzgada se impone incluso sobre giros de doctrina jurisprudencial, por copernicanos que sean, considerando que no vincula siquiera al propio órgano de casación –*supra*–. Hasta tal punto la cosa juzgada preserva el principio constitucional de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) que prevalece sobre la doctrina del TC, aun cuando declarara la aplicación inconstitucional de una norma (*cf.* art. 40.1 LOTC). *Mutatis mutandis*, pudiera parecer que esta línea de razonamiento

⁴⁴ *In extenso* sobre este principio procesal, Calaza López, S. (2009). *La cosa juzgada*. Madrid: La Ley. Traído al supuesto de estudio, Fraga Mandián, M. (enero 2016). Cláusulas abusivas y cosa juzgada. *Sepín proceso civil*.

⁴⁵ Achón Bruñén, M. J. (23 de mayo de 2016). Posibles efectos de la esperada sentencia del TJUE sobre cláusula suelo. *Diario La Ley*, 8.767. En nuestro caso, la cuestión se traduciría muy significativamente en si el precepto relatado «implica [...] que debió reclamarse todo el tramo en la primera demanda y que, a pesar de no haberlo hecho, es como si se hubiese hecho, a los efectos de la cosa juzgada» (Soler Solé, G. [20 de enero de 2016]). ¿Hay identidad de peticiones si en el primer proceso no se solicitó la restitución integral, sino la parcial que pretendía conceder el TS y se entabla nuevo proceso por el monto pendiente? Si la hubiera, operaría la cosa juzgada. En caso contrario, no. ¿Pudiera ser que la petición sí fuera la misma y los periodos solicitados no, tomando como barrera cronológica el 9 de mayo de 2013?

resulte plenamente aplicable al supuesto que tratamos en estas páginas: la constatación ulterior de una aplicación normativa y su subsiguiente línea jurisprudencial contraria al preeminente Derecho Comunitario no habilitaría la revisión de un pleito que estuviera resuelto por sentencia firme⁴⁶.

Sin cuestionar frontalmente este marco jurídico, se propone analizar la presencia de algunos factores que puedan permitir la apertura de una excepción o modulación al imperio incondicional del principio de cosa juzgada. Ante todo, es palpable que con su vigor incondicional muchos consumidores quedarían al margen del beneficioso efecto que les concede la STJUE de 21 de diciembre de 2016. Además, siempre es factible afejar al TS (y al resto de órganos jurisdiccionales que siguieron fidedigna e irreflexivamente su extravagante parecer) que no se planteara cuestión prejudicial antes de decretar la línea jurisprudencial posteriormente corregida, o suspendiendo el curso procesal entre tanto se resolvían las que sobre el asunto sí presentaban algunos órganos judiciales, lesionando procesalmente los legítimos intereses de los consumidores que, por qué no, podrían haber instado esas medidas con resultado desestimatorio. Lógicamente, con el dictado de resoluciones que iban ganando firmeza estos perjuicios se convertían en irreparables. Esa rigidez debería razonablemente tener algún eventual contrapeso que restañara los intensos y antijurídicos perjuicios ocasionados. Más aún, imperaría una sensible e inaceptable desigualdad en la respuesta jurídica a supuestos objetivamente idénticos, castigándose a los consumidores que hubieran demandado primeramente frente a los menos diligentes en la defensa de sus intereses. La afectación constitucional no parecería absolutamente descabellada (*vid.* arts. 9.2 y 14 CE).

Tampoco estimamos que el artículo 400 de la LEC pueda llegar a abortar la solicitud judicial del resto no reclamado en su momento (sumas cobradas indebidamente con anterioridad al 9 de mayo de 2013). Es ilógico que se pida a la parte, por respeto a una argumentación errónea revertida posteriormente y que no goza de condición de fuente del Derecho, que reclamara el total de lo debido sabiendo a ciencia cierta que estaba absolutamente llamada al fracaso y que, además, sí que de manera inequívoca iba entonces a quedar afectada por el principio de cosa juzgada. Esa reserva no acarrea mala fe procesal, sino una cautela plenamente justificada para defender y salvaguardar parte de un derecho legítimo del consumidor que, muy probablemente, no iba a ser judicialmente tutelado de manera correcta. Lo que no es de recibo es formular una equivalencia entre reclamación parcial y renuncia tácita, cuando se trata puramente de una reserva táctica para impedir, justamente, un errado efecto de cosa juzgada perjudicial. Por tanto, consiste en una nueva petición basada en todas esas circunstancias que el TJUE ha corroborado como era esperable. Este resto no se ha pedido en un proceso previo, por lo que no puede implicar una cosa juzgada ni la preclusión del artículo 400 de la LEC: simplemente se practica una nueva *petitio*, pero no otros hechos y fundamentos jurídicos que es donde se centra la interdicción del referido precepto legal.

⁴⁶ De hecho, el propio TS reconoce que no ha de dotársela de una indeclinable absolutividad: «No es aplicable cuando el primer proceso no puede abarcar todas las contingencias posibles o cuando surgen cuestiones nuevas [...] cuando en el primer proceso no se hubieran agotado todas las posibilidades fácticas y jurídicas del caso o haya surgido algún elemento posterior e imprevisto y extraño en la sentencia» (STS de 4 de febrero de 2016). ¿Puede suponer la STJUE tantas veces glosada un elemento posterior e imprevisto, aunque sea a efectos de cuestionar la cosa juzgada dado que, evidentemente, no deja de conllevar una ratificación más de una línea doctrinal e interpretativa plenamente asentada y pacífica?

Además, mantener esa intangibilidad sin resquicios vuelve a contrariar a la STJUE de 21 de diciembre de 2016. En efecto, su argumentación reposa de manera destacada en la aseveración del vigor de los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE; y en el refuerzo del efecto disuasorio apegado a la declaración de nulidad de una cláusula *–supra–*. El maximalismo de la apreciación de la cosa juzgada simplemente blindaría el obrar antijurídico, declarado, de las entidades crediticias al permitir que se quedaran con esas sumas cobradas con una judicialmente decretada ausencia de cobertura jurídica válida. Indirectamente, se sanaría el vicio apreciado y una cláusula nula surtiría efectos parciales. El efecto disuasorio impuesto por la directiva quedaría así volatilizado.

En fin, una vez más se ratifica que aferrarse de forma irreflexiva al principio de cosa juzgada invierte su *ratio essendi*. No se apantoca la seguridad jurídica sino su antónimo, la incerteza y la constitucionalmente proscrita arbitrariedad de los poderes públicos. La extravagancia del TS, obedecida sin rechistar por otros órganos judiciales –error en la aplicación del sistema de fuentes, no ajuste al Derecho Comunitario, no planteamiento de cuestión prejudicial si se apreciaban dudas al respecto... *supra–* no puede refugiarse en este principio procesal para, justamente, seguir surtiendo los efectos que no puede causar y que el TJUE ordena corregir. El supuesto tratado exige modular el instituto de la cosa juzgada y sus incondicionales consecuencias.

Ciertamente, en el ámbito comunitario rige el principio de autonomía procesal, esto es, la competencia exclusiva de los Estados miembros a la hora de configurar los procesos en los que se viertan las pretensiones y demandas de los ciudadanos. Lógicamente, este principio se extiende también a lo que al principio de cosa juzgada concierne. Ello no obstante, el TJUE ha apreciado que el aludido principio no puede ostentar un carácter absoluto, debiendo cohonestarse con otros como puede ser el de efectividad, el impedimento de que la normación procesal interna se configure de tal modo que dificulte en demasía, o directamente obstaculice, el ejercicio de derechos que son consagrados por el Derecho Comunitario, atacando al propio Ordenamiento europeo. Así encontramos esa anunciada modulación: resulta excepcionalmente posible la revisión de decisiones judiciales dotadas de fuerza de cosa juzgada si con ello se remedia una previa vulneración del Derecho Comunitario en ellas operada (*cf.* SSTJUE de 13 de enero de 2009, 18 de julio de 2007 o 3 de septiembre de 2009), abarcando de hecho a la posibilidad de no brindar por ese motivo la protección dispuesta en la Directiva 93/13/CEE (STJUE de 18 de febrero de 2016)⁴⁷. Valoremos también la necesidad de conseguir un valor de *justicia material*, presente en el frontispicio de la tabla axiológica que explicita el artículo 1.1 de la CE, y reforzaremos la conveniencia de ablandar un imperio absoluto del efecto de cosa juzgada: la seguridad jurídica a quien respalda no se lograría en este supuesto de tomarla de forma incondicional. La inaplicación de normativa interna que resultara contraria a Derecho Comunitario también abarca al espectro material del Derecho Procesal, lógicamente.

La argumentación ha de trasladarse ahora al repaso de los mecanismos que nos permitan corregir la disfuncionalidad apreciada.

⁴⁷ *Vid.* Lafuente Torralba, A. J. (2017, pp. 301-305).

C) Mecanismos de corrección

Defendiendo la necesidad de arbitrar una excepción en estos casos al imperio incuestionable del principio de cosa juzgada, ¿cuáles podrían ser los caminos a explorar y seguir para llevarla a puerto?

a) Recurso extraordinario de revisión

Este sería el primer *iter* que podría sugerirse, por cuanto constituye el mecanismo tradicional para revisar sentencias firmes, siendo competencia del TS (art. 509 LEC). Sin embargo, su dibujo normativo no parece hacerle especialmente dúctil a los efectos que se persiguen y, además, probablemente no se lograría ese resultado correctivo que hemos anunciado, flanqueando el muro que edifica y amuralla la fortaleza del principio de cosa juzgada. El recurso de revisión tiene carácter extraordinario, es decir, ha de concurrir alguna de las causas predeterminadas por la ley para que pueda haber lugar al acogimiento a sus previsiones. El elenco cerrado de motivos –*numerus clausus*– lo lista el artículo 510 de la LEC. De ellos, destaca el siguiente, por ser el único en que pudiera encajarse el supuesto del que conocemos: «Habrà lugar a la revisión de una sentencia firme si después de pronunciada se recobraren u obtuvieren documentos de los que no se hubiere podido disponer por fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado». ¿Se integra en esa catalogación jurídica la STJUE de 21 de diciembre de 2016?

La STS de 18 de febrero de 2016 nos aboca a una respuesta negativa a semejante interrogante, pues en ella ha resuelto un supuesto sustancialmente idéntico al que ahora tratamos (sentencia europea posterior contraria a una sentencia firme del TS). Explica el Alto tribunal español que una sentencia del TJUE no es un documento sino una resolución jurisdiccional que establece una determinada doctrina legal. Pero aunque lo fuera, la no disposición del mismo por la parte ha de deberse no a su inexistencia en el curso procesal, sino a la fuerza mayor o al obrar de la contraparte, extremos que el TS no estima concurrentes.

Además, el TJUE establece en su doctrina sobre el particular que el Derecho Comunitario no pauta una forzosa revisión de las sentencias firmes más que cuando tal posibilidad se halle prevenida en el Ordenamiento interno. En consecuencia, si en el Derecho español no está prevista esta viabilidad, no habría lugar a esta revisión. De hecho, por Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, se ha modificado el artículo 510 de la LEC en orden a introducir expresamente la posibilidad de revisión de una sentencia firme a raíz de una sentencia ulterior del TEDH, no *a contrario sensu* en relación con sentencias del TJUE.

En fin, estimamos inviable este itinerario para que el consumidor afectado pudiera pretender la defensa de sus derechos e intereses legítimos pendientes⁴⁸.

⁴⁸ Con posterioridad a la conclusión de este trabajo, el ATS de 4 de abril de 2017 ha declarado la inadmisión a trámite de una demanda de revisión interpuesta en un supuesto de esta índole, con base precisamente en la argumentación adelantada. Muy reseñablemente, el Ministerio Fiscal al que se dio vista para informe sobre admisión o inadmisión dictaminó que procedía admitir a trámite la demanda de revisión.

b) Responsabilidad patrimonial de la Administración

Ante la dificultad de sortear la fuerza de la cosa juzgada (aun en caso de duda de su plena concurrencia, *supra*) y la imposibilidad de acudir a la vía del recurso extraordinario de revisión, parece que el único camino abierto para poder reparar el error sufrido a resultas de la corregida aplicación de la doctrina del TS en los casos en que fuera preciso puede radicar en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Como es de esperar, las complejidades que también se nos presentarán no resultarán precisamente livianas.

Dimanante del principio general de responsabilidad de los poderes públicos, y de su sujeción a la CE y las leyes, (art. 9.3 CE), el artículo 121 de la Norma suprema prevé que el error judicial –en que encajaría el supuesto analizado– y el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia darán derecho a una indemnización a cargo del Estado. Es la LOPJ quien procede a la concreción de este postulado general. Apreciamos sobre el particular dos senderos en su articulado.

- a) En su artículo 292, la LOPJ deja excluidos del antedicho principio los supuestos de fuerza mayor pidiendo que el daño alegado resulte efectivo, evaluable económicamente e individualizado, sin que el derecho a reparación se presuponga por la mera revocación o anulación de una resolución judicial. En casos de error judicial, se exige que previamente a su proclamación otro órgano judicial declare y reconozca expresamente su existencia, la cual podrá obtenerse bien en trámite de revisión de sentencia (abortada, *supra*) bien, en otro caso y por plazo de tres meses, ante la sala del TS correspondiente del mismo orden jurisdiccional a que se incardine el órgano a quien se impute el error. Dado que en nuestro caso el error se imputa a una sala del propio TS, la reclamación habrá de dirigirse a la sala especial contemplada por el artículo 61 de la LOPJ. En cualquier caso, sería el TS quien debería apreciar esa equivocación por sí mismo producida (art. 293.1 LOPJ). El procedimiento para sustanciar esta pretensión será el propio del recurso de revisión en materia civil, debiendo ser partes en todo caso el Ministerio Fiscal y la Administración del Estado, requiriéndose asimismo informe previo del órgano jurisdiccional a quien se impute el error (el mismo TS, por lo que quizás esa identidad pueda gestar alguna contrariedad, *supra*). Se previene también que no proceda la declaración de error contra la resolución judicial a quien se impute mientras no se hubieran agotado previamente los recursos previstos en el Ordenamiento (lo cual concurre *ad casum*) y que la mera solicitud de declaración de error no impedirá la ejecución de la resolución judicial a quien aquel se impute.

De llegarse a obtener esta declaración, quien la ganara debería dirigir petición de indemnización al Ministerio de Justicia, el cual le daría curso de conformidad con la normativa rectora en materia de responsabilidad patrimonial del Estado. Lógicamente, ese *petitum* concluiría con un acto administrativo (expreso o por silencio) que, de estimar el reclamante no ajustado a Derecho, y una vez agotada la vía administrativa, dejaría expedita la vía contencioso-administrativa, en las instancias y cauces que la

legislación procesal trazara –LJCA–. El derecho a reclamar la indemnización prescribiría al año, a partir del día en que pudo ejercitarse (art. 293.2 LOPJ).

- b) También debe apreciarse la posibilidad que deja abierta el artículo 296 de la LOPJ, en orden a que el Estado deba responder de los daños producidos por *culpa grave* de los jueces y magistrados provocadora de error judicial o funcionamiento anormal de la Administración de Justicia «sin que en ningún caso puedan los perjudicados dirigirse directamente contra aquellos». Particularmente, estimamos que ese presupuesto habilitante puede concurrir en este caso, por lo ostentosamente antijurídico de la doctrina corregida que provoca ese perjuicio al consumidor y justiciable. Con mayor sencillez, el precepto invocado se ciñe a prever que en este tipo de procedimientos siempre deba ser parte el Ministerio Fiscal, y que existe por parte del Estado un derecho de repetición contra los jueces y magistrados de quienes se tratare, mediante el juicio declarativo que correspondiera (arts. 248 y concordantes LEC). El dolo o culpa grave del juez o magistrado podrá reconocerse en «sentencia o en resolución dictada por el Consejo General del Poder Judicial conforme al procedimiento que este determine», ponderando, entre otros, criterios como el resultado dañoso producido y la existencia o no de intencionalidad⁴⁹.

Detectamos también una vez más palpable disformidad conceptual que puede ser muy determinante. La conceptualización de error judicial que acepta nuestro TS es restringida, arrancando de la exigencia de la concurrencia de una grosera evidencia, incontestabilidad, razonamientos jurídicos absurdos o irracionales (que seguramente lo son en lo que a la retroactividad parcial declarada se refiere). Pero el TJUE aboga por sostener una postura más amplia sobre el particular. En la STJUE de 15 de noviembre de 2016 se fijan tres requisitos para que en virtud de esta responsabilidad quepa derecho de resarcimiento para los perjudicados: norma europea infringida que tenga por razón la concesión de derechos; infracción suficientemente caracterizada; y existencia de relación directa de causalidad entre esa infracción y el perjuicio sufrido por los particulares. Si ese daño se produce a resultas del obrar judicial, en cuanto final garante y baluarte de los derechos de la ciudadanía, se maximizaría aún más esta posibilidad, en especial si se tratara del órgano judicial interno de última instancia, reforzadamente si no planteara la preceptiva cuestión prejudicial en caso de dudas (art. 267 TFUE, *supra*); y más agudizadamente todavía si se ha provocado un apartamiento manifiesto de la doctrina preexistente del TJUE⁵⁰.

⁴⁹ No se trata pues de una responsabilidad objetiva, ni directamente reclamable por el perjudicado del juez o magistrado. La regulación presenta dudas y deficiencias, con todo. *Cfr.* López Valverde, M. (23 de noviembre de 2015). Eliminada la responsabilidad civil directa de jueces y magistrados. *Sepin*. Disponible *online*.

⁵⁰ Cita Lafuente Torralba las conclusiones del abogado general previas al dictado de la STJUE de 28 de julio de 2016, indicando que «la responsabilidad del Estado miembro únicamente es exigible en el caso excepcional de que el órgano al que se imputa la infracción resuelva en última instancia. De esta manera, la responsabilidad únicamente se desencadena en presencia de una situación que suponga el fracaso del sistema judicial entendido en su conjunto» (Lafuente Torralba, A. J. [2017, p. 306]). Tal parece ser el caso aquí glosado.

Naturalmente, todos esos requisitos parecen concurrir en el supuesto que aquí tratamos. El obrar del TS en tanto instancia judicial cupular del Poder Judicial español resultó objetivamente anómalo. Su doctrina busca fijar efectos desde su propia resolución, que es quien crea esa línea argumental propulsada a órganos judiciales de primera o segunda instancia sin ningún previo trato dialógico con ellos y sin que estos últimos la hubieran ni tan siquiera predefinido. Si las decisiones ulteriores de Juzgados y Audiencias provinciales se basan en el puro seguimiento de la doctrina impuesta por el TS, la doctrina europea habilitaría sin mayor dificultad la reclamación por responsabilidad patrimonial del Estado. Huelga insistir demasiado en que la Directiva 93/13/CEE, especialmente sus artículos 6 y 7, resulta indudablemente ultrajada –hasta la subversión– por la doctrina del TS, que no es dudable que se aparta de una doctrina *preestablecida* diáfananamente, por cuanto la STJUE de 21 de diciembre de 2016 no irrumpe revolucionariamente sino que simplemente confirma y ratifica, como si de un eslabón más de una cadena se tratara, una doctrina jurisprudencial pacíficamente asentada. La extravagancia solamente habita en la STS de 9 de mayo de 2013. Y tampoco precisa de demasiada argumentación colegir la relación de causalidad entre la *sui generis* retroactividad fijada por la STS de 9 de mayo de 2013 y los daños irrogados a los consumidores al impedir el integral imperio de las previsiones normativas europeas. Justamente por eso, se entiende que no se está ante una «mera revocación o anulación de las resoluciones judiciales» eximida de la presunción por sí sola del derecho de indemnización (art. 292.3 LOPJ). La profundidad del correctivo practicado va más allá de un hecho puntual o anecdótico, pues reconduce un palmario apartamiento de una doctrina sólida, estable y reiterada; lo que en relación de causalidad acrecienta el fracaso del sistema judicial interno y habilita la debida reparación.

Estimamos este *iter*, pues, aun con todas sus peripecias y prolijidades por precisar de un notable ejercicio de ingeniería jurídica, es adecuado para que se pueda reparar el error objetivamente operado. La restitución de las cantidades indebidas ha de ser a sus resultas plena: cantidades no devueltas por haberse abonado previamente al 9 de mayo de 2013, con sus intereses legales y eventuales gastos devengados (art. 1.106 CC); siendo agregables los daños de índole moral sufridos por una *actuación tangiblemente antijurídica del Estado-juez*. No en vano, ha quedado claro que a través de sus órganos jurisdiccionales España ha capitidismuido sin título jurídico y contra Derecho Comunitario la protección que brinda la Directiva 93/13/CEE.

6. ALGUNAS CONCLUSIONES

Tras la exposición, procede extraer algunas conclusiones del estado presente de la problemática aneja a las denominadas cláusulas suelo, si bien siendo conscientes plenamente de que aún restan muchos flecos y cuestiones apegadas a solucionar, previo diagnóstico y análisis, que se hallarían todavía en una fase previa de estudio, distante a la obtención de determinaciones unívocas.

1. *Nuevas perspectivas y ámbitos del Derecho Civil contemporáneo*. Es evidente que nuestro vigente Derecho Civil resulta configurado de una forma bastante dispar a la que tradicionalmente se podía venir manteniendo. Su regulación concreta acaba

excediendo las previsiones del Código Civil o, en su caso, de normas especiales para adentrarse de lleno en sedes que aparentemente no le son típicamente propias. La normación de las cláusulas suelo, los límites a una falsamente entendida autonomía de la voluntad por el desequilibrio de las partes contratantes impuestos por la ley (art. 1.255 CC), nos derivan en realidad a una instancia supranacional, al Derecho Comunitario. El Derecho Comunitario también es Derecho Civil en su faz de Derecho de Consumo, de hecho preeminente y prioritario. Ese impulso puede (y seguramente debe) relativizar ciertos efectos que hemos asumido como consustanciales al sistema de protección y tutela de Derecho Privado interno: principio dispositivo, efectos de cosa juzgada... lo que demuestra su neurálgica importancia, apta para subordinar estas reglas casi sacralizadas en el ideario jurídico para no contrariar a la normativa europea. Es esta fuente del Derecho quien mejor ha sabido adaptarse a la realidad fáctica subyacente y conflictiva. Sin ella, los consumidores habrían carecido de esta protección, y la debilidad de su posición jurídica estaría menos fortificada.

2. *Utilidad de las instituciones europeas en el ámbito enjuiciado.* Curiosamente, la protección del consumidor y, por ende, del imperio del Derecho del Consumo no ha estado absolutamente capitalizada por el TS y los restantes órganos jurisdiccionales que, siguiendo su doctrina, se han posicionado a su vera para tratar y resolver estos litigios. Ha resultado ser el TJUE quien ha esclarecido, poco sorpresivamente por acogerse sin más a una línea estable y duradera precedentemente mantenida en la materia, unas dudas que, por otro lado, no pueden calificarse más que como puramente artificiales. En estos tiempos con tantas zozobras, donde se cuestiona a menudo el papel de las instituciones y, particularmente, la lejanía e inutilidad del sistema comunitario europeo, resulta que los consumidores se han visto integralmente tutelados en sus intereses no por la instancia interna, sino por la institución comunitaria. De hecho, el TJUE ha sido el garante de la tantas veces invocada seguridad jurídica: su resolución ha resultado totalmente previsible, armónica íntegramente con el marco doctrinal que se halla preestablecido en materia de cláusulas abusivas insertas en contratos de consumo. Por el contrario, el TS solamente se ha envuelto nominalmente en la bandera de la seguridad jurídica, dado que en verdad lo que ha introducido es una alarmante inseguridad jurídica por haber creado *ex novo* y sin título jurídico una línea doctrinal de nulidad con efectos parciales de retroactividad que ha de calificarse sin paliativos como extravagante.
3. *El cuestionable obrar ante el supuesto planteado de los poderes públicos nacionales.* Los poderes públicos españoles posiblemente no han estado al nivel esperado ante este reto que afecta al orden público económico, siéndoles exigible un nivel de mayor implicación que, en opinión subjetiva, no puede confiarse a la ulterior tutela de las instituciones supranacionales.

El *obrar jurisdiccional* merece un claro reproche. Con la salvedad de algunos jueces de instancia y Audiencias provinciales, ha habido un acogimiento multitudinario a un razonamiento del TS antijurídico, tal cual ha declarado posteriormente

el TJUE. Se ha subvertido el sistema de fuentes rector por declarar abusivas unas cláusulas de forma generalizada, pero pretendiendo después atemperar unos efectos impreteribles y consustanciales a la conclusión hallada. Se ha roto, sin motivación suficiente, una relación de causalidad nulidad-efectos *ex tunc*. Y se ha hecho contra la norma comunitaria, preferente y prioritaria. Se ha fracasado entonces en el rol del juez nacional como juez comunitario, tanto en aplicación de la norma (por acción) como por no haber planteado cuestión prejudicial si se estimaba la concurrencia de dudas o aspectos oscuros en ella (por omisión).

La asunción posterior del fallo comunitario tampoco parece querer reconocer abiertamente que se ha errado y que tal equívoco motiva forzosamente un cambio de postura. Hablar de «doctrina legal» preexistente, de que la sentencia europea constituye un «hecho nuevo»... no resulta argumentación solvente o adecuada. Se arrincona la condición e impacto de la STJUE.

Asimismo, existen derivadas a modo de apófisis del fallo europeo que parecen no querer adoptarse, de nuevo sin cobertura jurídica —doblemente reforzada, en realidad, tras esa resolución—. El ejemplo más llamativo puede estribar en el pronunciamiento de costas. Si la nulidad debe acarrear todos sus efectos, no se alcanza a entender el motivo de exceptuar de su vigor ciertos aspectos accesorios, procesales, que deben hallarse también cubiertos por la determinación adoptada. No hay dudas que puedan amparar excepciones a una condena en costas a la causante de la abusividad desde el justo instante en que la doctrina de que se sirve el TJUE resulta inequívocamente clara, diáfana y preexistente al litigio surgido. No es de recibo que judicialmente se llegue a habilitar la ultraactividad, parcial, de algún extremo apegado a una radical nulidad. El vicio interpretativo apreciado y corregido no puede propagarse ni sobrevivir en ningún recinto colindante al núcleo de la cuestión enjuiciada y resuelta. De obrarse así, se estaría permitiendo una nueva preterición del sistema de fuentes rector, bendiciendo una posición de privilegio a unas entidades que el Derecho pretende justamente invertir, por antijurídica.

Por otra parte, el *notariado* debe cumplir satisfactoriamente la letra y espíritu de su normativa orgánica rectora. Ha de reforzar su posición técnica, neutral y garantista para el consumidor, asegurarse de que sus obligaciones estatutarias y legales quedan cristalinamente satisfechas, esforzarse en la identificación e información relativa a las cláusulas afectadas para que el consentimiento prestado sea realmente efectivo y pleno, no enmascarado y viciado por abrumadores datos tantas veces incomprensibles. En sus responsabilidades, el notario es el operador jurídico que ha de salvaguardar sin atisbo de duda o incertidumbre la razón de ser de la normativa de consumo. No es aceptable que se presente como un mero trámite o, peor, como un escalón más de la estructura de las entidades financieras. Una labor eficaz y eficiente por su parte en este sentido despejaría y abortaría ulterior litigiosidad y, por supuesto, perjuicios que posteriormente se declararan judicialmente desconocidos por el consumidor. La transparencia del clausulado es también responsabilidad y objetivo notarial en tanto funcionario público.

- Por fin, *el legislador* habría de mostrar un empeño más intenso al enfrentar este fenómeno, no tanto en su regulación previa que se ha demostrado satisfactoria y eficaz para corregir excesos o disfuncionalidades cuanto ahora, al tiempo de arbitrar mecanismos correctos, garantistas y que reequilibren debidamente la disparidad de posiciones jurídicas de los contratantes una vez declarada judicialmente la nulidad de esas cláusulas contractuales. Dejar al albur de la parte fuerte del contrato un itinerario autocompositivo *sui generis*, dotarla de ciertas ventajas procesales cuando se regula un instrumento extraprocésal, no mostrar un por otro lado tangible interés general subyacente a través de una intervención administrativa... cuestiona su labor plasmada en el Real Decreto-Ley 1/2017, convertido en un mecanismo de cuestionable y relativa utilidad.
4. *Enseñanzas inducidas*. Procede llamar a la sensatez de todos los sujetos de consumo: tanto entidades crediticias que no abusen de su posición jurídicamente reforzada ni rayen los límites de la buena fe y equilibrio de las prestaciones; cuanto consumidores que, aun conscientes de sus debilidades, no presten consentimientos sin previo análisis y conocimiento todo lo exhaustivo posible respecto al que ha de ser objeto de su contrato. La racionalidad ha de imperar. Los excesos de toda índole tienen que quedar extirpados del tráfico jurídico-económico.
 5. *Retos a afrontar*. Si una interpretación y aplicación normativa *sui generis* ha causado efectos lesivos y ha sido corregida por la instancia llamada a ello, es palpable la necesidad de arbitrar medios suficientes, con plenas garantías pero orientados a la máxima efectividad, para restañar debidamente tales daños. En la ponderación entre criterios legales y plena efectividad del Derecho Comunitario propugnamos la forzosa y perentoria necesidad de dar la primacía al segundo elemento. Los principios procesales habrían de adaptarse a esta dicotomía. Una visión cerrada y maximalista de la cosa juzgada, que obvie el contexto dañoso producido y el fallo operado, no parece especialmente adecuada. La vía de la responsabilidad patrimonial de la Administración por error del Estado-juez se vislumbra la más proclive para la efectiva reparación de todos esos perjuicios que no debían haberse producido. Sus dificultades y recovecos inclinan a incitar al legislador para que, en uso de sus poderes, instaure un mecanismo dentro del amparo de esa institución a fin de lograr más sencillamente este impreterible objetivo.

En fin, todo lo concerniente a las cláusulas suelo, en distintos aspectos, seguirá teniendo relevancia práctica y mereciendo nuestra atención durante mucho tiempo...