

CLÁUSULAS SUELO DECLARADAS NULAS EN PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS. VALOR VINCULANTE DE LA JURISPRUDENCIA Y DISPARIDAD INTERPRETATIVA JUDICIAL

Eduardo Sánchez Álvarez

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

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Javier GÓMEZ GÁLLIGO, don Fernando CALBACHO LOSADA, don Carlos CALVO CALVO, doña Matilde CUENA CASAS y don Claudio RAMOS RODRÍGUEZ.

EXTRACTO

La garantía judicial de los derechos subjetivos sigue constituyendo un eje medular en el interés de los operadores jurídicos y de la sociedad. Una vez que se ha procedido a encauzar jurisdiccionalmente la pacificación del valor jurídico y los supuestos en que son anulables las denominadas cláusulas suelo insertas en una multiplicidad estimable de los contratos de préstamo con garantía hipotecaria suscritos en los últimos años en España, han surgido otros efectos apegados a su existencia que, por el contrario, los órganos judiciales no comenzaron a resolver con unívoco criterio: la restitución o no de sumas cobradas a sus resultas por las prestamistas. Detectado ese factor, este trabajo se propone analizar las dos vías interpretativas que se están siguiendo, con apoyo en sentencias que las expresan; optar particularmente por la que se considera más adecuada, con la debida argumentación para obtener semejante posicionamiento (muy orientada hacia la viveza del principio de seguridad jurídica) y, además, inducir a raíz de este supuesto cuál es el estado vigente de la tradicional cuestión consistente en el valor eventualmente vinculante del que ha de gozar la jurisprudencia del Tribunal Supremo y los correlatos, positivos o negativos, aparejados a ello.

Palabras claves: jurisprudencia, cláusula, suelo, derechos y juez.

Fecha de entrada: 30-04-2015 / Fecha de aceptación: 30-06-2015

«CLÁUSULAS SUELO»: A NEW EXAMPLE OF THE HISTORICAL PROBLEM OF BINDING VALUE JURISPRUDENCE AGAINST JUDICIAL INTERPRETATION

Eduardo Sánchez Álvarez

EXTRACTO

The judicial guarantee of the subjective rights remains an axis in the interest of legal operators and society. Once we have been jurisdictionally channel the pacification of the legal value and the assumptions that are called «cláusulas suelo» inserted in an estimable multiplicity of contracts signed in recent years in Spain, have arisen other effects attached to its existence that, courts are not resolving with unambiguous criteria: restitution or otherwise of amounts charged to its as a result by the lenders. This work intends to analyze the two interpretative routes which are being followed, with support in statements that express them; Choose particularly to what is considered most appropriate, with proper argumentation to get such positioning and, moreover, induce as a result of this so-called what is the current status of the traditional question consisting of eventually binding value which must enjoy the jurisprudence of the Supreme Court and correlates positive or negative, about this.

Palabras claves: jurisprudence, «cláusula», «suelo», rights and judge.

Sumario

1. Introducción. Una cuestión con implicaciones de engarce constitucional
2. La jurisprudencia. La histórica polémica de su eventual valor vinculante
3. El *prius* del problema a analizar: Las cláusulas suelo contenidas en préstamos hipotecarios y su tratamiento por el Tribunal Supremo
4. La postura del Tribunal Supremo sobre la restitución de cantidades indebidamente cobradas en virtud de aplicación de cláusulas suelo. Una línea jurisprudencial cuestionable y deficientemente interpretable
5. La génesis de una disparidad interpretativa judicial en supuestos sustancialmente idénticos
 - A) No devolución de las cantidades cobradas
 - B) Devolución de las cantidades cobradas
6. La Sentencia de 25 de marzo de 2015 y los cambios de postura de la jurisprudencia menor
7. Posicionamiento particular
 - A) Incongruencia del pronunciamiento de irretroactividad con la acción de cesación ejercitada. Arrogación de funciones que no competen a los órganos jurisdiccionales y concreción del radio de acción de tal proclamación
 - B) La razón de esta proclamación tiene visos de no ser estrictamente jurídica
 - C) La inexacta invocación a la seguridad jurídica
8. Colofón
 - A) Es jurídicamente incorrecto no devolver las sumas cobradas en exceso por las entidades financieras en aplicación de cláusulas suelo previamente anuladas
 - B) El valor de la jurisprudencia, tal cual lo pauta el artículo 1.6 del Código Civil, no es vinculante para el resto de órganos judiciales; y supuestos como el que se trata demuestran la conveniencia de que así sea

Bibliografía

1. INTRODUCCIÓN. UNA CUESTIÓN CON IMPLICACIONES DE ENGARCE CONSTITUCIONAL

A pesar de que tradicionalmente se pueda entender que el Derecho privado únicamente resuelva conflictos que se gestan en la órbita que afecta a intereses particulares, sin que en consecuencia se proyecten más allá de aquellas específicas partes entre quienes se traban, posiblemente nunca antes de los tiempos que corren hemos podido comprobar la falseada relatividad de tal afirmación. Los esquemas del tráfico jurídico y económico reinantes, la generalización prácticamente universal de la contratación en masa bajo los criterios rectores de condiciones generales predisuestas, la necesidad de acceder a iguales servicios por una abrumadora comunidad de solicitantes, la irrupción de nuevas tecnologías que facilitan de forma señera los intercambios de bienes y servicios, la consideración jurídica del concepto «consumidor»... constituyen factores que modulan irremisiblemente esa óptica histórica y simplemente la desbordan, haciendo que nos asomemos a una renovada perspectiva con la que observar a las normas de Derecho privado en la que, por afectación a un número elevado o indeterminado de particulares, situaciones jurídicas individuales se convierten en portadoras de un inesquivable interés general, público.

Coyunturas económicas y financieras como la que se ha venido atravesando en los últimos años, con derivadas sociales asimismo inevitables, van a incidir en el realce de esa apreciación. En épocas de recesión, la ciudadanía va a requerir de manera más intensa que los poderes públicos tomen posiciones inequívocas, propias de su ubicación vicarial, para acotar abusos y excesos cometidos en esa prestación y contratación de servicios y, de haberse producido perjuicios, se restañen los daños causados en el curso de tales relaciones jurídico-económicas. Huelga justificar que el ámbito de la contratación bancaria ha erigido un eje cuantitativa y cualitativamente reseñable en el que se han producido buena parte de esos desafueros y ligerezas que han convergido de forma importantísima al agravamiento de la crisis económica y sus consecuencias sociales.

La labor de centinela de los poderes públicos cuenta, a su vez, con un vigía especialmente cualificado en el Poder Judicial. Nuestra Constitución (CE) le dota de un diseño privativo que lo individualiza en relación con el resto de estructuras estatales, reservándole el monopolio del ejercicio de la función jurisdiccional que abriga la labor de tutela y garantía de los derechos subjetivos de la ciudadanía, constituyendo este aspecto su *ratio essendi* y tarea justificativa. Y este cometido debe desplegarse en unas coordenadas muy concretas, dado que son directamente dibujadas por

el texto constitucional, luego inmediatamente sustraídas al oportunismo legislativo tantas veces imbuido de una mera –e insoportable– motorización ayuna de cualquier sosiego, reflexión y precisa calma más allá de la urgencia momentánea tan apegada al tiempo político.

Ha de propugnarse que existe un esquema constitucionalmente cerrado y estructurado de juez y Poder Judicial, un sólido *paradigma constitucional de juez* que tiene que regir en el despliegue de la función jurisdiccional¹ y que se orientará teleológicamente a la consecución de una integral *protección* de los derechos que, a la par, permita el vigor de la justicia en cuanto valor material inspirador de nuestro Ordenamiento jurídico (cfr. art. 1.1 CE). El peculiar y reforzado estatuto del Juez sirve para erigirlo en una garantía de imperio de la legalidad *erga omnes*. El juez pasa a constituir por volición constitucional un poder público conceptuable como un caracterizado órgano de Derecho. El juez es un cualificado servidor de los derechos de «todas las personas» –art. 24.1 CE–.

Siendo el juez un garante primario de los derechos de la ciudadanía, nace un compromiso ético inmediatamente juridificado *ope CE* para el cumplimiento del derecho a la tutela judicial efectiva, nexos vertebrador a través del cual se da acceso a todos los demás derechos subjetivos susceptibles de esta fiscalizadora supervisión. La *función jurisdiccional* es así la exteriorización estatal que más intensamente se engarza a los derechos fundamentales y, por tanto, enlaza con la constitucionalidad que es la sede en la que aquellos residen. Su importancia, pues, resulta elevadamente indudable.

En un trazo esquemático ubicativo, la función jurisdiccional no consiste más que en la *realización efectiva del orden jurídico*, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado a través de jueces y tribunales independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley (art. 117.1 CE)². Semejante actividad se concreta a través del examen y resolución de disparas pretensiones de parte, volcadas en el seguimiento de un curso procesal legislativamente predeterminado, en orden a reparar bien una lesión en ese orden jurídico, bien declarando qué es o no acorde a Derecho, bien buscando la realización de una justicia material que constituye *per se* un valor superior de nuestro Ordenamiento jurídico. El juez tiene obligación constitucionalmente impuesta de conocer toda pretensión que se le presente siguiendo un proceso legalmente prefigurado –es decir, la tutela de toda clase de «derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión», en letra del art. 24.1 CE–³.

¹ Cfr. ASENCIO MELLADO, J. M.ª: «Cien años de Derecho Procesal en España», en *El Derecho español en el siglo XX*, Madrid: Marcial Pons, 2000.

² «La función jurisdiccional es el poder del Estado que con mayor intensidad (...) se encuentra configurado en términos de derechos fundamentales (...). Se trata del Poder del Estado en el que antes, y con mucha diferencia, las cuestiones de legalidad se convierten en cuestiones de constitucionalidad; o en el que la proporción relativa de legalidad y constitucionalidad más claramente se vence a favor de esta última» (CRUZ VILLALÓN, P.: «El Juez como garante de los derechos fundamentales», en *Constitución y Poder Judicial, XXV aniversario de la Constitución de 1978*, Madrid: CGPJ, 2003, pág. 34).

³ Luego se halla «constitucionalmente obligado a que la decisión por él adoptada cobre eficacia en la vida social (...). Todo puede ser sometido a juicio y todo lo juzgado debe alcanzar eficacia» (SAINZ DE ROBLES, F. C.: «El artículo 24 de la Constitución. Su poder transformador», en *Constitución y Poder Judicial...*, *op. cit.*, pág. 140).

Entonces, el Poder Judicial erige una defensa del Ordenamiento jurídico, una garantía del Estado de Derecho (*supra*), tanto en su faz pública –órganos de control de la actividad regulatoria estatal– como en la privada –sistemas de resolución de conflictos que las partes afectadas pueden reivindicar ante los órganos jurisdiccionales competentes–.

A la hora de analizar situaciones como las que se propondrán, conviene no perder de vista introductoriamente que hay otros valores que las infunden y han de determinarlas. Así sucede con la *seguridad jurídica* a la que se refiere el artículo 9.3 de la CE. Su incidencia sobre el tráfico económico es evidente. Se apunta que las resoluciones jurisdiccionales coadyuvan al mejor funcionamiento del mercado, satisfaciendo las pretensiones de las partes sujetas a una dinámica conflictual, generando y aseverando seguridad jurídica.

Las economías precisan marcos políticos y jurídicos estables y previsibles, que se adapten con sencillez en poco tiempo a los cambios socioeconómicos. Por tanto, la seguridad jurídica emanada de la actividad jurisdiccional, en cuanto manifestación estatal en esta ligazón con la actividad económica, deberá apoyarse en algunos institutos. Apunta FERRÁNDIZ⁴ que los instrumentos mediante los que los tribunales proporcionan seguridad jurídica son: (1) *La cosa juzgada* –en su doble efecto positivo y negativo, esto es, prejudicial y excluyente– y (2) *La jurisprudencia* –en cuanto doctrina reiterada emanada del Tribunal Supremo, artículo 1.6 del Código Civil, CC, *infra*– aunque de una manera parcial dado que, en asuntos de insuficiente cuantía legalmente predeterminada por la legislación procesal que, en consecuencia, no gocen de interés casacional pese a poder disfrutar de indudable dificultad y relevancia, será la doctrina de las audiencias provinciales –si es que, asimismo, se permite al justiciable alcanzar esta instancia por el dibujo que trace la legislación procesal– la que pautará la línea a seguir o siente que tales litigios se agotarán en primera instancia sin posible revisibilidad –cfr. Ley 37/2011, de 10 de octubre, de Medidas de Agilización procesal–. Y no es desde luego inusual que esa doctrina fluctúe en función de cada uno de aquellos órganos jurisdiccionales, lacerando a la seguridad jurídica entendida como previsibilidad y homogeneidad a esperar de las sentencias que resuelvan conflictos idénticos.

Solamente una técnica legislativa clara y precisa, que alumbre normas con un conocimiento cierto e inteligible, reposadas, en que los supuestos fácticos que en ellas se integren gocen de cierta estabilidad, modificables únicamente de la forma a su vez prevenida en las leyes... es capaz de concluir un imperio vigoroso del principio de seguridad jurídica. *A contrario sensu*, habrá inseguridad jurídica si lo que prima es la mala técnica legislativa, la inestabilidad, normas ambiguas, mutantes, la discrecionalidad administrativa y, en suma, una tutela judicial esperablemente ineficaz. La inseguridad jurídica provoca efectos económicos inmediatos: un riesgo extra para el país en cuestión o el sector de actividad a que se constriña, imposición o incremento de una prima de riesgo, elevación de costes y precios, encarecimiento y reducción del crédito, inhibición de contratación e innovación, decrecimiento de la producción...

⁴ FERRÁNDIZ, J. R.: «Sistema institucional español y sus efectos sobre la empresa. Las regulaciones, la justicia, las administraciones independientes, la economía y la empresa», en *Justicia y competitividad*, Madrid: CGPJ, 2007.

Bajo ese marco rector genérico (jurídico, sociológico, económico...), cosido a los más altos niveles jerárquicos de nuestro Ordenamiento jurídico, proponemos estudiar una cuestión de plena actualidad que actúa a modo de derivada de otra que, con igual o superior relevancia, se ha ido pacificando gracias a la reiterada actuación de los órganos jurisdiccionales que han trazado una línea bastante inequívoca. Así es, a resultas de la solución judicialmente arbitrada para las que se han denominado *cláusulas suelo* insertas en los contratos de préstamo hipotecario, a las que mayoritariamente se las viene declarando nulas, ha surgido otra problemática consistente en qué hacer con las cantidades que, en virtud de la pujanza de esas cláusulas una vez privadas de vigor, han cobrado las entidades financieras con anterioridad a su supresión del vínculo contractual.

En este supuesto, las soluciones judiciales han resultado bastante fluctuantes, poco acordes a una eficaz seguridad jurídica en los términos fugazmente antedichos, lo que supone una situación poco deseable. Tras analizar el valor real que la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo ha de portar consigo, cuestión de indudable enjundia histórica (pero que, como se comprueba, sigue de plena actualidad al proyectarse sobre supuestos específicos), se expondrán las dos líneas argumentativas que respecto al asunto seleccionado mantienen los órganos judiciales, positiva y negativa a la devolución de las referidas sumas, y se propondrá cuál ha de ser la atinada, en parecer particular, así como la fuerza vinculante que la doctrina jurisprudencial trazada debe tener en relación con el tema estudiado.

2. LA JURISPRUDENCIA. LA HISTÓRICA POLÉMICA DE SU EVENTUAL VALOR VINCULANTE

Para seguir encuadrando adecuadamente la cuestión cuyo análisis se propone, ha de escrutarse qué es la jurisprudencia. Cabe definirla como «el conjunto de Sentencias del Tribunal Supremo por las que se revela el modo uniforme de aplicar el Derecho (sentido material) y, asimismo, (sentido formal) es el criterio constante y uniforme de aplicar el Derecho mostrado en las sentencias del Tribunal Supremo»⁵.

Más que sobre el concepto unívoco indicado, interesa incidir respecto a cuál es el verdadero valor jurídico de la jurisprudencia y su correlativa proyección sobre los distintos litigios que se vayan planteando en la práctica forense, esto es, la ponderación de la fuerza vinculante que quepa adjuntarle, aspecto sobre el cual la doctrina no parece haber obtenido todavía una pacificación integral⁶.

Lógicamente, el posicionamiento a seguir es doble: bien otorgar esa fuerza vinculante, bien negarla.

⁵ O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: «Problemática de la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo», en *La fuerza vinculante de la jurisprudencia*, Madrid: Escuela Judicial, CGPJ, 2001, pág. 386.

⁶ En detalle, *vid.* PECES MORATE, J. E.: «Valor de la jurisprudencia», en *La fuerza vinculante...*, *op. cit.*, págs. 17 y ss.

- a) El mantenimiento de la tesis del valor vinculante de la jurisprudencia trasladada al Tribunal Supremo (TS) una ubicación medular, por cuanto su doctrina habría de ser seguida por el resto de jueces y tribunales, pudiendo aducirse en apoyo de esa opción la catalogación institucional comprendida en el artículo 123 de la CE cuando lo proclama como el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes en que se articule la única jurisdicción. La localización privilegiada del TS, colofón que remata la estructura piramidal de la organización judicial, le permite gozar de idoneidad para elaborar criterios hermenéuticos e investigar precedentes observando los puntos de vista y decisiones de los restantes órganos jurisdiccionales, desplegando su tarea de revisión de la racionalidad jurídico-argumental de sus decisiones; permitiéndose así la unidad interpretativa, al seleccionar la más adecuada. De esa manera, se colabora de manera cualificada a la evolución del Derecho.

Aunque para el afinamiento de las respuestas jurídicas convenga seguir un método dialógico presidiendo la relación institucional de los dispares órganos componentes del Poder Judicial, se alcanzará un momento en que «el dictamen final tiene que tener un cierto valor de permanencia y vinculación», exigido tanto por la libertad, igualdad y seguridad jurídica⁷ de la ciudadanía –*supra*– como por el expreso reconocimiento constitucional de la función jurisdiccional como radical y pleno poder estatal⁸.

Siguiendo a LÓPEZ GUERRA⁹, la posición institucional del TS se imbrica a la exteriorización de un mandato que cumplimenta la encomienda del mantenimiento de la unidad del orden jurídico legal acorde a la CE, *ex* artículo 9.1 de la norma fundamental, dándose por supuesto que la misma se erige en un valor constitucional en tanto se encamina teleológicamente a la obtención y aseveramiento de la seguridad jurídica y la igualdad ante la ley. No en vano, el requerimiento de la vida social tendente a la concurrencia de una orientación segura y previsible de las decisiones individual y colectivamente adoptadas, dentro del recipiente de una seguridad de realización de las previsiones normativamente implementadas, constituye un imperativo anejo al Estado de Derecho¹⁰.

⁷ «La libertad del juez en la aplicación de la norma lesiona en primer lugar la seguridad jurídica, al hacer imprevisible el contenido de la resolución judicial (...). En segundo lugar, la libertad del juez lesiona el principio de igualdad en la medida en que permite que casos iguales sean resueltos de manera distinta por un mismo juez o por varios (...). Por último (...) la libertad del juez pone en peligro la unidad del derecho, al hacer posible que este sea aplicado de modo desigual en las diferentes demarcaciones judiciales» (OTTO Y PARDO, I. DE: *Derecho Constitucional, Sistema de fuentes*, Barcelona: Ariel Derecho, 1987, pág. 290). En nuestro Ordenamiento, esa eventual quiebra del principio de igualdad dejaría expedita, en su caso, la reparación de la misma mediante la vía del recurso de amparo ante el TC.

⁸ TRILLO TORRES, R.: «Efectos de la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *La fuerza vinculante...*, *op. cit.*, pág. 258.

⁹ LÓPEZ GUERRA, L.: «La fuerza vinculante de la jurisprudencia», *Actualidad jurídica*, Pamplona: Aranzadi, n.º 442, 2000.

¹⁰ BACIGALUPO, E.: «Jurisprudencia y seguridad jurídica», en *La fuerza vinculante...*, *op. cit.* Ahora bien, ciertamente «aunque la seguridad jurídica presuponga una continuidad estable no puede requerir un sistema normativo inmóvil. A

- b) Para otro bloque doctrinal, ni argumentos de autoridad ni de seguridad jurídica pueden justificar una vinculación integral del resto de órganos jurisdiccionales a la jurisprudencia del TS¹¹. En esta óptica, la jurisprudencia queda configurada entonces de otro modo más sistémico y difuso, no privativo del supremo órgano jurisdiccional. El Poder Judicial engloba a todos los órganos jurisdiccionales del Estado, luego todos ellos han de participar en la formulación de sus criterios, impulsándolos y canalizándolos en un sincero debate dialéctico entre todas las interpretaciones normativas posibles a la búsqueda de las más solventes técnicamente, a la par que en conexión con la realidad social a la que se aplican las normas jurídicas.

En verdad, por una cuestión procesal de previo e inmediato conocimiento de los supuestos fácticos jurisdiccionalizados, es competencia de los órganos inferiores el impulso de la jurisprudencia aportando elementos valorativos novedosos fruto de las nuevas situaciones conflictuales de las que van conociendo (el ejemplo del tema seleccionado en este trabajo es suficientemente poderoso a este fin), evitando la anquilosante petrificación de la doctrina del TS que, en el periodo en que los asuntos estuvieran en trámite, se desapegaría del acelerado contexto social en vigor –realidad social del tiempo en que las normas deben ser aplicadas, art. 3.1 CC–, y quedaría apoyada solamente por un rígido principio de jerarquía eminentemente formal, refractaria a la estimación de esas nuevas circunstancias que van surgiendo de la praxis forense.

La automática y ciega sujeción jerárquica se presenta eventualmente antitética con el constitucionalizado principio de independencia judicial, artículo 117.1 de la CE. Que el juez quede obligado a seguir irreflexivamente la doctrina emanada de los pronunciamientos de un superior funcional es más que probablemente incompatible con ese postulado. Y sobran evidencias de que si el juez es independiente eso incluye que también deba serlo frente a la jurisprudencia, máxime si esta no se erige unívocamente en fuente del Derecho.

Aunque hipotéticamente el sistema obligara a los jueces a aquietarse a la doctrina del TS al interpretar y aplicar las normas jurídicas, ello no implica vetarles que puedan apartarse de ella de modo motivado cuando así lo estimen pertinente en los supuestos sometidos a su ponderación¹². Así lo reconoce la Sentencia del Tribunal

la aspiración de la seguridad jurídica y de estabilidad del Derecho se opone el hecho real de su continua evolución, de su incesante adaptación a las circunstancias. Por lo tanto, la vinculación a la jurisprudencia no debe ser considerada absoluta. Por ello, la verdadera cuestión práctica es, en todo caso, la de los límites de la vinculación de los tribunales a la jurisprudencia».

¹¹ «El valor atribuido a las decisiones del Tribunal de Casación no significa que estas sean, por definición, las únicas decisiones posibles, las únicas que contienen una interpretación exacta y auténtica del Derecho» (MORAL SORIANO, L. M.: «Los precedentes del Tribunal Supremo: El acercamiento de la jurisprudencia a la teoría del precedente», *Revista del Poder Judicial*, n.º 57, Madrid: CGPJ, 2000, pág. 136).

¹² Entonces, «la relevancia de la jurisprudencia emanada de las sentencias del Tribunal Supremo no radica tanto en la *auctoritas* que el propio sistema jurídico confiere a este (...) cuanto en la necesidad de motivar y razonar el aparta-

Constitucional –STC– 160/1993, de 17 de mayo, al concluir la plena licitud de la discrepancia de los órganos judiciales respecto al criterio que en una materia de la que conozcan haya mantenido previamente el TS, en uso de su independencia y autonomía, y sin que de ello se derive vulneración alguna del principio de igualdad en la aplicación de la ley o la tutela judicial efectiva, considerando que nos hallaremos ante una resolución judicial que será producto de una interpretación y subsiguiente aplicación reflexiva y razonada del Ordenamiento jurídico.

La función jurisdiccional desempeñada por todos los órganos insertos en la jurisdicción es absolutamente plena, igual e idéntica para la integridad de ellos; al margen de su colocación institucional o su ubicación procesal (en perspectiva de competencia funcional). El TS es un órgano más de los insertos en el Poder Judicial, coronándolo. Por tanto, se encuentra vinculado a la ley y al Derecho (art. 9.1 CE, reténgase, *infra*), sin que entonces quepa admitir bajo ningún concepto que goce de capacidad para imponer (*contra legem*) carácter obligatorio y general a sus decisiones a las que ni tan siquiera queda ligado él mismo (subráyese). Obrar así, entre otras consecuencias, implicaría un inaceptable agarrotamiento de la evolución jurídica apegada al constante cambio social.

Visto que los dos posicionamientos brevemente apuntados cuentan con fuerza argumental razonable e incluso plausible respaldo en distintos preceptos constitucionales, sin que por tanto académicamente quepa definirse *a priori* integralmente por uno u otro, consideramos especialmente útil repasar qué respuesta jurídico-positiva otorga nuestro Ordenamiento jurídico a la jurisprudencia y, en función de ella, valorar el alcance vinculante que pueda ostentar.

En concepción legal, el artículo 1.6 del CC preceptúa que se entiende por jurisprudencia la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley (léase en sentido amplio equivalente a Derecho escrito: Constitución, tratados internacionales, Derecho comunitario europeo, ley en cualquiera de sus posibles manifestaciones y normas reglamentarias), la costumbre y los principios generales del Derecho. La jurisprudencia se liga entonces a la interpretación y aplicación de la totalidad de los elementos que el artículo 1.1 del CC considera fuentes del Ordenamiento jurídico español. El mismo artículo preceptúa que la jurisprudencia «complementará el Ordenamiento jurídico». Así las cosas, ¿es o no la jurisprudencia fuente del Derecho español?

Nos inclinamos por una respuesta negativa a este interrogante aun valorando la consideración de elementos como la formación de doctrina con la reiterada resolución de sucesivos casos específicos surgidos o su relevancia dogmática y práctica. La jurisprudencia no es ni puede ser

miento de ella, pues, de lo contrario, la decisión judicial no solo es susceptible de recurso de casación por no respetar el precedente sino que será anulada por no justificar de modo suficiente el no seguimiento de aquella» (PECES MORA-TE, J. E.: «Valor de la jurisprudencia», *op. cit.*).

fuerza del Derecho, no solo en perspectiva material (ausencia de poder jurídico de potestad de creación normativa) sino también en enfoque formal (exteriorización del Derecho positivo). El Poder Judicial no crea normas, su labor queda circunscrita a aplicarlas previa interpretación¹³; a la resolución de casos concretos sin formular reglas de índole general aplicables a una pluralidad indeterminada de supuestos que puedan ir planteándose.

En nuestro parecer, no hay alternativa a esta conclusión habida cuenta que nuestro sistema jurídico es de corte continental y no anglosajón. Bajo un razonamiento estrictamente literalista, la locución del artículo 1.6 del CC utiliza el verbo *complementar*, no otros como pudieran ser crear o innovar. Por consiguiente, el CC muestra inequívoca voluntad de no denominar fuente del Derecho a la jurisprudencia. No es estimada como una parte integrante del Ordenamiento jurídico, sino como algo que le complementa en inevitable ajenidad orgánica a tal *corpus*. Se trata de aplicar e interpretar las que sí son fuentes del Derecho con unificado criterio, permitiendo su evolución unitaria y su apego a la cambiante realidad social, actualizando normas vigentes que, sin embargo, presenten distonías con ella, pero no de desbordarlas insertando un elemento más en el elenco cerrado de individuos normativos dibujado por el artículo 1.1 del CC.

En esta línea argumental, cabe concluir que su valor último es eminentemente práctico: los operadores jurídicos manejan las normas sirviéndose de las adiciones o interpretaciones que el TS les va adjuntando al conocerlas y aplicarlas. Las repercusiones principales de la jurisprudencia son primordialmente procesales, pues la infracción de la jurisprudencia es motivo de casación a la par que requisito de admisibilidad de ese recurso extraordinario (*vid.* art. 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, LEC).

El colofón a esta argumentación lo resume con brillante criterio la exposición de motivos de la vigente LEC, cuando en su capítulo XIV indica que «en un sistema como el nuestro, en que el precedente carece de fuerza vinculante –solo atribuible a la ley y a las demás fuentes del Derecho objetivo–, no carece ni debe carecer de un relevante interés para todos la singularísima eficacia ejemplar de la doctrina ligada al precedente, no autoritario, pero sí dotado de singular autoridad jurídica». Posteriormente, se expone que «esa autoridad, nacida de la calidad de la decisión, de su justificación y de la cuidadosa expresión de esta, se está revelando también la más importante en los sistemas jurídicos del llamado *case law* (...). Por todo esto, menospreciar las resoluciones del Tribunal Supremo en cuanto carezcan de eficacia directa sobre otras sentencias o (...) los derechos de determinados sujetos jurídicos (...) no sería ni coherente con el valor siempre atribuido en nuestro Ordenamiento a la doctrina jurisprudencial ni acorde con los más rigurosos estudios iuscomparatísticos y con las modernas tendencias (...) sobre el papel de los órganos jurisdiccionales situados en el vértice o cúspide de la Administración de Justicia».

¹³ «El hecho de que el juez disponga de un cierto margen de libertad, en la medida en que su decisión no viene preterminada en todos sus extremos por la ley que aplica, no significa necesariamente que su función quede equiparada a la del legislador, no significa que el juez se vea dotado de un poder político» (OTTO Y PARDO, I. DE: *Derecho Constitucional, sistema de fuentes*, *op. cit.*, pág. 288).

En fin, en la clásica pugna sobre el valor de la jurisprudencia ha de concluirse que, sin ser fuente del Ordenamiento jurídico español, goza de una cualificada autoridad jurídica.

3. EL PRIUS DEL PROBLEMA A ANALIZAR: LAS CLÁUSULAS SUELO CONTENIDAS EN PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS Y SU TRATAMIENTO POR EL TRIBUNAL SUPREMO

Siguiendo la propuesta de CORDERO LOBATO, puede indicarse que por cláusulas suelo insertas en el articulado de contratos de préstamo con garantía real hipotecaria han de entenderse las previstas tanto en la legislación sobre transparencia en la contratación con consumidores (Orden EHA 2899/2011, de 28 de octubre) cuanto en la más reciente legislación hipotecaria mediante las que, en contratos a interés variable (según datos oficiales del Banco de España el 97% de los préstamos de esta naturaleza concedidos en España son de esta clase), 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 la deuda por debajo del suelo pactado, «impidiéndose así que la bajada del tipo se traslade al cliente»¹⁴. Conforme a las estadísticas oficiales recién expresadas, aproximadamente un tercio de esos contratos cuentan en su articulado con estas cláusulas.

En relación con su posible lesividad, GIMENO SENDRA –apoyándose en la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril– concluye que las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato, debiéndose entender (como presunción legal) la existencia de una cláusula abusiva en estos supuestos: cuando sea plasmada en un contrato de adhesión, cuando habiéndose redactado por escrito no lo sea de una forma clara y comprensible, y cuando no haya sido negociada individualmente –hecho este último cuya carga de prueba corresponde al empresario y no al consumidor–¹⁵.

Su legalidad había sido cuestionada en múltiples ocasiones, determinándose su nulidad por abusivas cuando las mismas no tenían como correlato o contrapartida un tipo máximo de interés

¹⁴ CORDERO LOBATO, E.: «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 La Ley*, Madrid, 28 de mayo de 2013. Con carácter exhaustivo, LÓPEZ JIMÉNEZ, J. M.^a et al.: *La cláusula suelo en los préstamos hipotecarios*, Barcelona: Bosch, 2014.

¹⁵ GIMENO SENDRA, V.: «Las cláusulas abusivas», *Diario La Ley*, n.º 8.116, 1 de julio de 2013. Desde un enfoque estrictamente procesal, el profesor GIMENO estima que el control judicial de las cláusulas corresponde a la esfera de la *jurisdicción difusa* de los jueces de primera instancia y de sus tribunales de apelación. Pero los efectos materiales de la cosa juzgada ni se extenderán a otras partes distintas a las que sean objeto de dicha declaración, ni la misma ocasionará efectos *ex tunc* y *erga omnes*. Estos últimos tan solo se producirán en el seno de la *jurisdicción concentrada* de los juzgados de lo Mercantil con ocasión de la publicación de sentencias declarativas de nulidad de las condiciones generales de la contratación estimatorias de acciones colectivas de cesación.

(cláusula techo) que sirviera de protección al cliente respecto al riesgo de una subida de tipos, o también si concurriera una gran desproporción entre el suelo y el techo que se pactaran (pionera Sentencia del Juzgado de lo Mercantil –SJM– n.º 2 de Sevilla, de 30 de setiembre de 2010; SJM de León, de 11 de marzo de 2011; Sentencia de la Audiencia provincial –SAP– de Cáceres, de 24 de abril 2012, etc.).

Llegada la cuestión ante el TS, se procedió al dictado de la STS de 9 de mayo de 2013, del Pleno de la Sala Primera, que procedió a resolver una *acción de cesación* entablada por una asociación de consumidores –AUSBANC– contra diversas entidades financieras por la inclusión en sus contratos de préstamo hipotecario de las denominadas cláusulas suelo, estimando conclusivamente que las mismas son abusivas por un defecto de transparencia.

Sintetizando al máximo el razonamiento del TS, vistos los meros fines expositivos que aquí se persiguen, cabe indicar que este órgano jurisdiccional no ha considerado a las cláusulas suelo abusivas o desproporcionadas *per se ipsas*, ni siquiera existiendo una desproporción notable entre el suelo y el techo o, incluso, cuando no exista el techo, valorando que 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.

Aun así, el TS concluye que los contratos en cuestión carecen de transparencia tal cual exige el artículo 80.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (TRLUCU). El *quid* de la cuestión habita en que no se permite al consumidor identificar la cláusula con su verdadero valor definidor del objeto del contrato, ni el conocimiento del real reparto de riesgos aparejado a la variabilidad de los tipos. El TS aprecia un enmascaramiento de las cláusulas objeto de enjuiciamiento entre informaciones abrumadoramente exhaustivas, que dificultan su identificación y propagan sombras e incertezas¹⁶. Con base en esa ausencia de transparencia, se resuelve la abusividad de la cláusula¹⁷.

¹⁶ En letra de la sentencia, «las cláusulas (...) 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».

¹⁷ *A contrario sensu*, las cláusulas suelo serían lícitas 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, es decir, si son transparentes. Cfr. CARRASCO PERERA, Á. y GONZÁLEZ CARRASCO, C.: «La STS 241/2013, de 9 de mayo, sobre las cláusulas suelo es inconstitucional», *Diario La Ley*, n.º 8.159, de 30 de septiembre de 2013. Como apunta PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, «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

A juicio del TS, la abusividad por falta de transparencia de esa cláusula determina su nulidad, sin posibilidad de que el juez practique una integración o reconstrucción equitativa del contrato, extremo que no se permite por el Derecho comunitario (cfr. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea –STJUE– de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito). Ahora bien, el contrato no queda totalmente nulo por la nulidad de esa cláusula inserta en su tenor.

El efecto más llamativo de la STS de 9 de mayo de 2013, especialmente a los fines buscados en este trabajo, radica en que formula un pronunciamiento específico en orden a que la misma *carezca de efecto retroactivo*, no solo en situaciones que se hayan decidido mediante sentencia firme, sino también, sorprendentemente, con respecto a los pagos ya efectuados en la fecha de su publicación¹⁸. La singularidad de tal proclamación se ensancha si tenemos en cuenta que las razones en que se sustenta únicamente refuerzan la validez de las cláusulas suelo *in abstracto*, pero son incapaces de justificar la corrección de la actuación de una entidad bancaria que faltó a los requisitos de transparencia imperativamente exigidos *ope legis*.

4. LA POSTURA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LA RESTITUCIÓN DE CANTIDADES INDEBIDAMENTE COBRADAS EN VIRTUD DE APLICACIÓN DE CLÁUSULAS SUELO. UNA LÍNEA JURISPRUDENCIAL CUESTIONABLE Y DEFICIENTEMENTE INTERPRETABLE

Por tanto, a partir de la valoración del alcance de las cláusulas suelo, y ciñendo el análisis al posicionamiento del TS en relación con las cantidades cobradas indebidamente a resultas de su eliminada vigencia, resulta que, contra lo que la lógica jurídica parece exigir, se opta por no reintegrarlas.

de causa» (PERTIÑEZ VÍLCHEZ, F.: «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*, n.º 8.154, 23 de septiembre de 2013).

La doctrina civilista y mercantilista ya había venido advirtiendo de que las cláusulas ligadas al objeto principal del contrato podían ser abusivas si por un defecto de transparencia gestaban una alteración de la relación precio-contraprestación, tal como pudo haber sido percibida por el consumidor a la vista de la información que le hubiera proporcionado el empresario [v. gr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A (dir.): *Comentarios al Texto Refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios*, Pamplona: Aranzadi, 2009, págs. 973-978].

¹⁸ «El Tribunal determina que los efectos de la declaración de nulidad no se pueden hacer extensivos indiscriminadamente por dos razones: primera, porque Ausbanc no solicitó expresamente su eficacia a otras entidades que no fueran parte demandada y, segunda, por el casuismo propio de la nulidad debida a deficiencias de información. El Tribunal Supremo dispone que los efectos quedan limitados a quienes oferten en sus contratos cláusulas idénticas a las declaradas nulas, cuando no se hallen completadas por otras que eliminen los aspectos declarados abusivos» (CORDEIRO LOBATO, E.: «Nulidad de cláusulas suelo no transparentes: ¿Puede el consumidor recuperar los pagos excesivos? (STS, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2013)», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, Universidad de Castilla-La Mancha, n.º 6, Ciudad Real, 2013, disponible *on line*).

El TS considera que ha de rechazar la eficacia retroactiva de su declaración de nulidad en los términos antedichos por motivaciones como las que siguen:

1. Licitud genérica de las cláusulas suelo, *supra*.
2. Razones objetivas que justifican la inclusión de esta cláusula en contratos pactados a interés variable.
3. Habitualidad de la cláusula –¿justifica un uso masivo de una cláusula abusiva mantener sus efectos, aun parcialmente?–.
4. 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 económico¹⁹ –*infra*–.
7. Que la Ley 2/1994, de 30 de marzo, permite la sustitución del acreedor.

Todo el enojoso esfuerzo argumentativo del TS levanta la sospecha de la peculiaridad de la determinación adoptada, sin que probablemente llegue a justificarla por mucho que se intente²⁰, pues velando el verdadero contenido de la cláusula suelo pactada se evita la consecuencia prin-

¹⁹ «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 (...). Pasando por alto que en aplicación de la jerarquía normativa siempre sería de aplicación preferente a la ley, es decir, el artículo 1303 CC que impone la restitución de las prestaciones una vez declarada la nulidad de la obligación, frente al principio de seguridad jurídica (...). Pese a todo ello, el Tribunal protege a las entidades financieras (...) anteponiendo estas razones económicas a la obligación de restituirse recíprocamente las prestaciones que contempla el artículo 1303 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.: «La restitución de las cantidades indebidamente cobradas en cláusulas suelo», *Diario La Ley*, n.º 8.385, de 25 de septiembre de 2014).

²⁰ «Incurrir en un defecto harto reprobable (...), la prohibición de todo efecto retroactivo (...). 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 ineficacia de la cláusula enjuiciada «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.: «Cláusulas abusivas más habituales en las escrituras de hipoteca: Análisis de los últimos pronunciamientos de Juzgados y Tribunales», *Diario La Ley*, n.º 8.127, de 16 de julio de 2013).

cial apegada a la nulidad en detrimento del consumidor y a favor de unas entidades financieras que han obrado antijurídicamente.

El efecto que tal vez se anhela implantar no es otro que conferir a semejante pronunciamiento un carácter vinculante para la totalidad de los órganos jurisdiccionales que conocieran de este tipo de litigios, enlazando con un posicionamiento claro sobre el valor de la doctrina jurisprudencial tal cual se trazaba en el apartado precedente de una manera genérica. Las consecuencias de esta proclamación son realmente perversas, pues no se puede estimar fundada en Derecho desde el momento en que no existe cobertura jurídica que la ampare o, de otra forma, se adopta ya no *praepeter legem* sino *contra legem*. No en vano se lee en la STC 194/2006, de 19 de junio, que «la preterición del sistema de fuentes implica la vulneración del derecho al proceso debido y genera indefensión», léase ultraje al derecho fundamental previsto por el artículo 24.1 de la CE. Ello sin entrar siquiera en aspectos concretos anejos al litigio en estudio, igualmente concurrentes aunque resulten menos relevantes a los efectos argumentales perseguidos (desviada interpretación de la argumentación del TJUE, contradicciones internas en la misma sentencia, etc.)²¹.

Posteriormente, el TS ha tenido ocasiones para aclarar este fallo, si bien no ha procedido en tal sentido. Por ejemplo, la STS de 8 de septiembre de 2014, FJ segundo, apartado 10, indica que «conviene indicar que esta Sala no ha podido entrar en la incidencia de la declaración de abusividad y el régimen jurídico aplicable a la relación contractual, particularmente a los efectos sobre el contrato a raíz de la ineficacia de la cláusula declarada abusiva, dado que la parte demandante se aquietó en este extremo con el pronunciamiento de (...) primera instancia (...) quedando, por tanto, firme»²². De hecho, del tenor de la resolución se inducen algunas otras perplejidades, pues si, como parece indicar su argumentación, esta forma concreta de contratación se aparta y es distinta de la prevista por el Código Civil, ¿debería ser de aplicación la teoría del Código sobre los vicios de consentimiento o serlo las disposiciones de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, modificativa del TRLCU con la nueva redacción de su artículo 83, trasponiendo la Directiva comunitaria 93/13/CEE?

De cualquier forma, lo que interesa retener ahora es que la formulación de la que se vale el TS quizás pretende una suerte de normatividad *more* fuente del Derecho de uno de sus pronunciamientos, lo que no encaja con el sistema al efecto legalmente establecido y con la función constitucionalmente conferida a este órgano. Entendemos que el TS no puede establecer un efecto de cosa juzgada material sobre la no restitución de las cantidades cobradas indebidamente con base en una anulada cláusula suelo extendiéndolo a aquellos consumidores concretos que contrataron en esas condiciones con las entidades bancarias demandadas, dado que los mismos no han sido parte en el procedimiento culminado por esa sentencia, a lo que debe agregarse que en el caso sentenciado no se ejercitó una acción de tutela de intereses colectivos o difusos conforme al ar-

²¹ Con detalle, CARRASCO PERERA, Á. y GONZÁLEZ CARRASCO, C.: «La STS 241/2013, de 9 de mayo, sobre las cláusulas suelo es inconstitucional», *op. cit.*

²² *Cfr.* LÓPEZ JIMÉNEZ, J. M.º: «La sentencia del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2014, sobre la cláusula suelo: Una Sentencia reiterativa e insuficiente», *Diario La Ley*, n.º 8.426, de 21 de noviembre de 2014.

título 11 de la LEC, sino una acción de cesación. A nuestro juicio, la producción de ese efecto *ultra vires* no es técnicamente correcta ni aceptable, contrariando el tenor del artículo 1.303 del CC —«declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrario, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas»—.

Tampoco lo es respecto a los contratos de préstamo hipotecario suscritos con las entidades demandadas en este pleito que contienen esas cláusulas abusivas, estimando el alcance jurisprudencial proyectado sobre el ejercicio posterior individual de acciones por parte de los consumidores a la luz del pórtico normativo —con su correlativo gálibo irrefragable— dibujado por el artículo 1.6 del CC.

De cualquier forma, la indefinición o inconcreción del pronunciamiento en liza, añadiéndose el concreto encauzamiento procesal en el que se produce, va a provocar disparidades interpretativas en adelante, lo que es el aspecto medular de la cuestión que se expone²³.

5. LA GÉNESIS DE UNA DISPARIDAD INTERPRETATIVA JUDICIAL EN SUPUESTOS SUSTANCIALMENTE IDÉNTICOS

A pesar de la aparentemente unívoca pauta interpretativa esgrimida por el TS, los restantes órganos jurisdiccionales españoles no se han sentido indeclinablemente vinculados por esa orientación jurisprudencial y han arrancado líneas argumentales diferenciadas, no solamente limitándose a continuar la pauta en la referenciada sentencia sino habilitando también la consistente en apartarse abiertamente de la misma, con el debido argumentario jurídico. A efectos ilustrativos y ejemplificativos, se relatarán algunos de los pronunciamientos concretos que se han dictado.

A) NO DEVOLUCIÓN DE LAS CANTIDADES COBRADAS

Por una parte, algunos órganos judiciales se han mantenido fieles a los postulados trazados por el TS. Es muy interesante entresacar los razonamientos que se siguen por algunas audiencias provinciales para argumentar este posicionamiento, si bien tienden a remitirse en bloque a la STS de 9 de mayo de 2013, por lo que resuelven los conflictos ante ellas planteados escuetamente.

²³ Tras el dictado de esa sentencia y posteriores autos aclaratorios, «numerosas han sido las resoluciones que se hacen eco directo o indirecto de su contenido ya que, sin duda, se trata de una sentencia novedosa (...), lo cual ha ocasionado todo tipo de planteamientos jurídicos que han podido suponer —o no— la ruptura con las corrientes imperantes hasta la emisión de la misma (...) toda vez que el mosaico de resoluciones y razonamientos de nuestro Poder Judicial que se van incorporando al acervo de resoluciones dictadas en materia de cláusula suelo están transformando el panorama jurisprudencial en un complejo caleidoscopio lleno de matices pero, a su vez, lleno de posibles inseguridades jurídicas» (LÓPEZ JIMÉNEZ, J. M.ª: «La cláusula suelo en los préstamos hipotecarios: Una discusión abierta para el debate», *Diario La Ley*, n.º 8.279, de 26 de marzo de 2014).

En esta línea se hallan, por ejemplo, SAP de Orense, de 28 de julio de 2014; SAP de Pontevedra, de 24 de junio de 2014; SAP de Almería, de 30 de julio de 2014; SAP de León, de 6 de mayo de 2014; SAP de Cáceres, de 24 de febrero de 2014; SAP de Badajoz, de 21 de febrero de 2014; SAP de Cádiz, de 14 de febrero de 2014... Detengámonos velozmente en alguna de estas resoluciones.

a) SAP de Córdoba, de 18 de junio de 2013

Siguiendo de una forma integral lo pautado por el TS, se razonó para negar la devolución del dinero cobrado a firmantes de cláusulas suelo, a pesar de su nulidad, que «si bien es cierto que, como regla general, la declaración de nulidad debería conllevar la restitución de las prestaciones realizadas en cumplimiento de una estipulación nula, como quiera que estamos siguiendo la doctrina de la sentencia del Tribunal Supremo, no podemos hacerlo solamente en una parte y no en su conjunto, por lo que no podemos desconocer que dicha resolución ha declarado que no procede la restitución de cantidades ya abonadas».

Puede reseñarse el automatismo que rezuma el argumento esgrimido, una remisión en bloque al pronunciamiento previo del TS.

b) SAP de Zaragoza, de 8 de enero de 2014

De forma similar, se indica que «acatando este precedente por la fuerza informadora de la jurisprudencia que el artículo 1.6 del Código Civil le atribuye y atendiendo a que indudablemente el mismo efecto de aplicación retroactiva de las acciones colectivas se puede obtener con la suma de la totalidad de acciones individuales ejercitadas (...) y 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».

Para esta resolución, no se trata de que la jurisprudencia deba colmar lagunas normativas, «sino que debe realizar una labor de sincronización entre el Derecho positivo y la realidad social vigente a través de una adecuada exégesis de la norma, cuando la haya, o de la costumbre o principios generales del Derecho en defecto de aquella (...) y toda vez que para la existencia de doctrina jurisprudencial no siempre es necesario que se hayan dictado dos o más sentencias en el mismo sentido (...) y tratándose de sentencia única tienen singular valor las sentencias de pleno (...) y, de otra parte, teniendo en cuenta el repetido principio de seguridad jurídica, cuya importancia no siempre se pondera en medida suficiente», luego se desemboca en la improcedencia de restitución de las sumas abonadas antes de la antedicha STS por los actores a la mercantil demandada en aplicación de la cláusula ilícita.

c) SAP de Bilbao, de 10 de febrero de 2014

La sentencia reproduce tal cual el pasaje que, a su vez, en la STS de 9 de mayo de 2013 se dedica al particular estudiado, cuando expresa «no ha lugar a la retroactividad de esta Sentencia,

que no afectará a situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada, ni los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esta Sentencia».

Se apostilla que «la afectación al orden socioeconómico es una de las razones, no la única, que sustenta la decisión del Alto Tribunal (...) de no aplicar retroactivamente la Sentencia (...). No se comparte la afirmación –de la actora– de carencia de transcendencia para el orden socioeconómico de la devolución de las cantidades que se han abonado a la demandada por aplicación de la cláusula suelo cuya abusividad se declara. El éxito de la pretensión accesorio de devolución de la suma abonada en concepto de interés acumulada a la acción individual de nulidad de una estipulación contenida en una condición general de un contrato de préstamo es una llamada a formulación de reclamaciones por parte de todos los consumidores suscriptores de contratos de préstamos que contuvieran una estipulación semejante, que deberían resolverse con el mismo criterio, lo que evidentemente constituiría un riesgo para el orden económico (sic). Y es importante insistir en la relevancia del principio de seguridad jurídica en la exclusión de los efectos retroactivos de la nulidad, principio que tiene rango constitucional». Citándose la STS de 13 de marzo de 2012, esta audiencia provincial indica que la restitución no opera con el automatismo que la demandante/apelante invoca, sino que solamente se constriñe a «evitar que una –de las partes– se enriquezca sin causa a costa de la otra (...). Por lo tanto, pese a la constancia de que la atribución no tuvo causa, la condena a restituir dependerá de que se haya producido el enriquecimiento».

Lo que cabe apuntillar críticamente es preguntarse si ese enriquecimiento no se produce sobradamente en estos casos.

d) SAP de Badajoz, de 7 de enero de 2014

Muy sintéticamente, esta línea argumental se resume en que «la irretroactividad declarada por el Tribunal Supremo es general en todos estos supuestos de nulidad de cláusulas suelo-techo, sin que sea válido ir fijando excepciones, por una u otra razón de las múltiples que se podrían invocar».

Por tanto, se niega el análisis casuista que quizás fuera conveniente.

B) DEVOLUCIÓN DE LAS CANTIDADES COBRADAS

Mientras tanto, otros muchos órganos jurisdiccionales se han ido separando de este tronco exegético en una suerte de «rebelión de los Juzgados y Audiencias provinciales»²⁴. Así, también cabe reseñar las explicaciones de las que se sirven otras audiencias provinciales a la hora de de-

²⁴ AGÜERO ORTIZ, A.: «¿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*, Universidad de Castilla-La Mancha, n.º 6, Ciudad Real, 2013, disponible *on line*.

cantarse por esta postura, significando que, precisamente por apartarse del criterio que aparentemente traza el TS, los razonamientos que se esgrimen resultan más sólidamente elaborados, al no poder efectuarse reenvíos.

Por este enfoque optan, por ejemplo, SAP de Murcia, de 8 de mayo de 2014; SAP de Albacete, de 28 de abril de 2014; SAP de Huelva, de 21 de marzo de 2014; SAP de Alicante, de 13 de marzo de 2014; o SAP de Vitoria, de 21 de noviembre de 2013. Al igual que en el apartado precedente, analizaremos con más calma alguna resolución encuadrable en este bloque.

a) SAP de Málaga, de 12 de marzo de 2014

Sobre la base de la fijación por el TS de doctrina jurisprudencial «a la que se debe atener y se atenderá esta Sala en la presente resolución, como no puede ser de otra forma», se recogen literalmente los pronunciamientos previamente utilizados por el TS para enjuiciar las cláusulas suelo y los estándares de control que deben aplicárseles para valorar su potencial nulidad, añadiendo que «para apreciar la falta de transparencia basta con que uno de los descritos supuestos concurra de forma clara, siempre que ello no sea un hecho aislado del resto de circunstancias que hubiesen presidido la contratación». Entonces, es factible que «la cláusula suelo convierta, de forma sorpresiva para el consumidor, un préstamo a interés variable en otro fijo sin poder beneficiarse de las bajadas del tipo de interés de referencia (...) no deja otro margen posible de interpretación que el de considerar su falta de transparencia (...) lo que en definitiva provoca es que la prestataria no centre su atención en la cláusula suelo sino en el diferencial, que es lo que normalmente le sirve para decantarse por una oferta u otra (...). La cláusula suelo (...) puede ser considerada un derivado financiero enmascarado pues si el tipo de referencia se sitúa por debajo del suelo, el cliente abonará la diferencia, por lo que es esencial que conozca de su existencia, de su incorporación y de las posibles consecuencias a fin de valorar si es proporcional al riesgo que él asume o no».

En un sentido amplio, resulta tangible que la inclusión de una cláusula de esta naturaleza «denota falta de buena fe» contractual por parte de las entidades financieras, al asegurarse un beneficio sabiendo que el perjuicio que para la misma podría derivar de su antagónica cláusula techo «tiene una posibilidad ínfima de concurrir».

A la hora de evaluar las consecuencias dimanantes de la declaración de la cláusula suelo, la SAP comentada es consciente de las «discrepancias doctrinales que al respecto han surgido en atención a los términos en que el Tribunal Supremo se expresa sobre la misma en la Sentencia de 9 de mayo de 2013». Aún así, al amparo de la rigurosa teleología del artículo 1.303 del CC, a quien sobre el particular expresamente se remite el artículo 9 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación –LCGC–, se trata de que «las personas afectadas vuelvan a tener la misma situación personal y patrimonial anterior al acto invalidador, evitando el enriquecimiento injusto o sin causa de una de ellas a costa de la otra (...) tratándose de una obligación *ex lege*, constituyendo una consecuencia ineludible e implícita de la invalidez contractual, siendo

de alcance no solo a los contratos declarados nulos, sino también a las cláusulas contractuales declaradas nulas cuando los contratos pueden subsistir sin aquellas».

Por ello, aunque la STS de 9 de mayo de 2013 niegue el efecto retroactivo de su decisión «también es verdad que (...) se dicta en el marco procesal de una acción colectiva de cesación y respecto de quienes son parte en aquel proceso donde, además, no se ejercitó una acción accesorio de condena a la restitución (...) sino solo de nulidad y correlativa eliminación de la cláusula, así como de prohibición de uso futuro». En atención a tal argumento, la sala considera que esa declaración de no retroactividad «no es de aplicación preceptiva al supuesto (...) en el cual la acción ejercitada es (...) personal e individual de nulidad por abusividad de una cláusula contenida en un contrato celebrado con consumidores, en el que además la actora ha solicitado, al pedir la devolución de las cantidades indebidamente cobradas (...) la retroacción de la declaración de nulidad», luego deviniendo aplicable el artículo 1.303 del CC y sin la concurrencia de excepciones impositivas para la producción del efecto que ese precepto prevé.

b) SAP de Jaén, de 27 de marzo de 2014

Se comienza indicando que se efectúa un seguimiento de la doctrina de la STS de 9 de mayo de 2013 que aborda y resuelve estos problemas surgidos «si bien en el marco de una acción colectiva de cesación de las cláusulas suelo contenidas en los préstamos hipotecarios otorgados por las entidades bancarias contra las que se dirige, que es aplicable aun siendo en este caso la ejercitada una acción individual de nulidad».

Declarada nula la cláusula suelo por su abusividad, resulta que nos hallamos ante una «nulidad parcial (...) de manera que la misma debe ser eliminada quedando subsistente el contrato, sin que exista posibilidad de integración tras la doctrina contenida en STJUE de 14 de junio de 2012», luego se concluye que es procedente declarar la retroactividad de la nulidad de la cláusula suelo sin que de ello se derive contradicción con la doctrina del TS, «por cuanto esta no acuerda la irretroactividad como criterio general a aplicar a todas las cláusulas suelo abusivas, sino como excepción a la regla general de la retroactividad, al tratarse de una acción colectiva de cesación (...) a la que no se acumulaba la petición de restitución de prestaciones, y haberse valorado razones de seguridad jurídica y riesgo de graves trastornos económicos». Va de suyo que la regla general para estos supuestos es la retroactividad, pues la ineficacia de los contratos o de alguna de sus cláusulas exige destruir sus consecuencias y borrar sus huellas, «y evitar así que de los mismos se deriven efectos» *–quod nullum est, nullum effectum producit–*, como de hecho la propia doctrina jurisprudencial establece (v. gr. STS de 13 de marzo de 2012).

En el supuesto que analiza esta sentencia, siendo la regla general la retroactividad, no se apreció por el órgano judicial la concurrencia de las razones expresadas en la STS de 9 de mayo de 2013 que justificarían el acogimiento al criterio excepcional de irretroactividad, «como posibilidad admitida por nuestro Tribunal Constitucional por razones de seguridad jurídica, por el Tribunal Supremo para evitar un enriquecimiento injusto de una parte a costa de la otra o incluso

por el propio TJUE atendiendo a la buena fe de los círculos interesados y la de riesgo de trastornos graves». Por el contrario, se está ante una «acción individual de un particular contra el banco con quien tiene suscrito un préstamo hipotecario para adquisición de vivienda habitual, en orden a obtener la nulidad por abusiva de la cláusula suelo contenida en el mismo y que se le devuelva el dinero indebidamente cobrado por la aplicación de la misma, por lo que no hay razones de seguridad jurídica ni riesgo de grave trastorno económico a la entidad».

c) SAP de Oviedo, de 1 de julio de 2014

Partiendo en el supuesto enjuiciado de la nulidad de la cláusula suelo, habida cuenta de que su existencia «no era negociable, siendo a lo sumo discutible dónde se fijaba el referido suelo», y que fue incluida «sin ninguna transparencia»; la Sala infiere que «no hubo negociación en el tema de la cláusula suelo y que los actores conocieron la existencia de esa cláusula con posterioridad a la firma de la escritura», apoyándose precisamente en la STS de 9 de mayo de 2013 cuando se establece que la declaración de nulidad de estas cláusulas no dimana de su mera existencia, sino considerando que no se supere un doble test de transparencia: el primero, referido «a si la cláusula es clara en sí misma, y a cómo se incorporó al contrato»; y el segundo «relativo al grado de conocimiento del cliente sobre la incorporación de dicha cláusula y las consecuencias jurídicas y económicas que conllevan su aceptación», teniendo en cuenta que «si la entidad bancaria afirma que la cláusula fue negociada individualmente, pesa sobre ella la carga de la prueba de tal aserto».

Bajo tal premisa, en lo que a este trabajo más específicamente atañe, se recuerda que precisamente la jurisprudencia, en armonía con la doctrina, «siempre ha declarado el efecto retroactivo absoluto de la declaración de nulidad (art. 1.303 CC) como efecto propio y *ex lege*, no necesitado de petición expresa (STS de 22 de noviembre de 2005), y así lo declara la Sentencia de 13 de marzo de 2012 (...) cuando dice que se trata de un resultado natural de la propia nulidad como consecuencia de haber quedado sin validez el título de atribución que dio lugar al desplazamiento patrimonial». Ciertamente, no cabe proclamar *ipso facto* que la restitución opere con automatismo, desgajada del caso concreto, ya que «lo que se trata es de evitar el enriquecimiento injusto, y se refiere al supuesto de las obligaciones recíprocas de ejecución continuada o sucesiva en que, durante la vigencia del contrato, no hubo desequilibrio económico».

Ahora bien, en el caso estudiado, *prima facie*, la SAP no aprecia en qué modo no se habría enriquecido injustamente la entidad bancaria con la aplicación de la cláusula suelo y por qué entonces habría razón para limitar la regla de la retroacción. La STS de 9 de mayo de 2013, tras advertir que la retroacción no puede ni debe aplicarse al margen del caso, implanta las premisas por las que tiene que entenderse que no procede declararla. A juicio de la SAP de Oviedo que glosamos, aquellas «son once y ninguna de ellas (...) afronta directamente el presupuesto del enriquecimiento injusto, que es el fundamento del efecto retroactivo (...) cuanto más que dichas premisas ignoran otros intereses económicos también a considerar, cuales son los del adherente o consumidor».

De hecho, con diáfana proyección sobre la idea que centra estas reflexiones, concluye el FJ cuarto que «fácilmente se aprecia la concurrencia de dudas de Derecho sobre el efecto vinculante por autoridad» de la STS de 9 de mayo de 2013 de la que, como se comprenderá, la referida SAP de Oviedo se aparta por completo.

d) SAP de Oviedo, de 21 de noviembre de 2014

Reconoce que la STS tantas veces invocada ha «despertado un considerable enfrentamiento doctrinal entre los aplicadores del Derecho (...) al igual que ha supuesto el dictado de numerosas resoluciones de audiencias provinciales con resultados enfrentados». Para esta resolución, resulta evidente que la aplicación de una cláusula suelo en un contrato de préstamo hipotecario que posteriormente se haya declarado abusiva determina el desembolso de cantidades en su aplicación que «lo único que produce es ese enriquecimiento injusto que debe restablecerse declarando la retroactividad» a que se refiere el artículo 1.303 del CC. No hay razones que excepcionen este efecto ni se contraría la doctrina del TS, pues una vez más se recuerda que en ella la irretroactividad se formula como puntual apartamiento –visible caso a caso– del criterio general que es justamente su antónimo. Así las cosas, «se encuentra este Tribunal en la tesitura de seguir el precedente de la Sentencia de 9 de mayo de 2013 o el de la propia doctrina del Tribunal –Supremo– que justifica la retroacción en la finalidad de evitar el enriquecimiento injusto de un contratante a costa del otro, y se opta por lo segundo», máxime si los tantas veces invocados potenciales perjuicios y trastornos al orden público socioeconómico se constriñen «a la específica acción colectiva que era la ejercitada y que se refería a un amplísimo número de contratos que las entidades financieras demandadas tenían suscritas con sus clientes», lo cual no concurre en un supuesto en el que «la acción es individual, afecta tan solo a la actora».

6. LA SENTENCIA DE 25 DE MARZO DE 2015 Y LOS CAMBIOS DE POSTURA DE LA JURISPRUDENCIA MENOR

Brevemente, reseñar que el TS ha ahondado en la vía argumental trazada mediante ulteriores resoluciones, de la que resulta especialmente significativa la STS de 25 de marzo de 2015.

Contra lo que nos parece tangible en el extremo que erige objeto de estas páginas, en la STS de 24 de marzo de 2015 leemos que «la Sala, en la sentencia núm. 241/2013, 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.

La sentencia enunciada establece rotundamente como doctrina que cuando en aplicación de la fijada en la Sentencia de Pleno de 9 de mayo de 2013, ratificada por la de 16 de julio de 2014

y la de 24 de marzo de 2015, se declare abusiva y, por ende, nula la denominada cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo con tipo de interés variable, procederá la restitución al prestatario de los intereses que hubiese pagado en aplicación de dicha cláusula a partir de la fecha de publicación de la Sentencia de 9 de mayo de 2013.

Así es, tras repasar contumazmente todos los argumentos esgrimidos ya con anterioridad para negar efecto retroactivo a la declaración de nulidad de cláusulas suelo, el fallo de la STS de 25 de marzo de 2015 reza literalmente que esa argumentación «se fija como doctrina», entendemos que con un ánimo claro de influir todo lo intensamente que sea posible en atención a la naturaleza jurídica de la jurisprudencia en los posteriores pronunciamientos jurisdiccionales de otros órganos funcionalmente inferiores (como así ha sucedido. Por ejemplo, la AP de Oviedo ha cambiado la línea argumental que venía manteniendo para ajustarse a esta proclamada doctrinal jurisprudencial).

7. POSICIONAMIENTO PARTICULAR

Ante todo, para poder despejar incógnitas y decantarse argumentalmente por una de las dos posturas en liza, ha de partirse de los preceptos aplicables a la materia. Recordemos que dispone el artículo 1.303 del CC que «declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses». Por su parte, el artículo 83 del TRLCU prevé que «las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas»²⁵.

Subjetivamente, consideramos más correcto solventar la cuestión surgida de la segunda manera indicada en el apartado precedente, habiendo múltiples razones para adoptar esta opción.

La STS de 9 de mayo de 2013 genera confusión, pues en ella el pronunciamiento que se efectúa se refiere a una acción de cesación *–pro futuro, ex nunc–* y no de nulidad *–ex tunc–*. Por tanto, no es viable incitar a los afectados a que no demanden la nulidad y retroacción de las cantidades pagadas en exceso por ese concepto si ejercitan sus acciones por el cauce procesal oportuno que, entonces, no puede quedar condicionado por un *iter* dispar que concluye con un colofón asimismo diferente y no extensible tal cual a una pretensión y un ámbito procesal desigual: la STS se ciñe a una demanda colectiva, *ergo* sus efectos no deben propagarse a demandas individuales. No hay una vinculación de la decisión de la demanda colectiva para que el juez se pronuncie ul-

²⁵ En detalle, BALLUGERA GÓMEZ, C.: «Integración de cláusulas declaradas nulas por abusivas: Visión general», *Diario La Ley*, n.º 8.330, de 11 de junio de 2014.

teriormente al tomar una acción individual, pues obrar así implicaría eludir el análisis casuístico que, asimismo, se exige y consagra. Y ello totalmente al margen del pronunciamiento concreto que la STS ha efectuado: no existe identidad de supuestos ni predeterminación.

Nuestro TS no puede decir –quizás no lo ha dicho– que el control a efectuar sobre las cláusulas suelo prohíba la retroactividad de su transparencia, sino que deberá procederse a un análisis casuista, singularmente si la LCGC remite tal cual al CC en lo que atañe a la ineficacia contractual, es decir, aquí al artículo 1.303 del CC. Y si el tenor del precepto en cuestión es inequívoco, la *restitutio in integrum* va de suyo con la declaración de nulidad. Declarada nula e ineficaz esa cláusula de la relación prestacional, «habrá que suprimir todos los efectos como si nunca hubieran tenido vigencia»²⁶.

La restitución no es descabellada desde el momento en que beneficia a la parte débil del contrato de préstamo con garantía hipotecaria que ha quedado privada de la posibilidad de beneficiarse con la bajada del tipo referencial inserta en el mismo en virtud de la operatividad de una anulada cláusula suelo. Si en un proceso judicial consigue declaración de abusividad de esa cláusula, por no haberse informado de cómo su vigor afectaría al precio, es natural no solo que deje de surtir efectos *pro futuro*, sino también la devolución de las cantidades de dinero cobradas indebidamente por la prestamista a consecuencia del incumplimiento de su deber legal de transparencia, infringido con más que probable mala fe²⁷. De no obrarse así, se está ultrajando el principio comunitario de no vinculación al consumidor de las cláusulas abusivas prevenido en el artículo 6 de la Directiva 93/13/CEE, el cual es una disposición imperativa que trata de reemplazar el equilibrio que formalmente establece el contrato entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio material, real, apto para restablecer una igualdad efectiva entre aquellas (SSTJUE de 6 de octubre de 2009 y 9 de noviembre de 2010). Es evidente que la decisión judicial declarativa de una nulidad debe retrotraer todos sus efectos al instante de conclusión del contrato, especialmente si en ella anida de forma poco camuflada una mala fe contractual, dado que se impone una cláusula en beneficio de la parte fuerte del contrato, sin informar de sus efectos negativos e impidiendo a los consumidores seleccionar otras ofertas contractuales no contaminadas con estas cláusulas.

Sistematicemos los motivos para alcanzar esa conclusión de no vinculación a la STS comentada al pronunciarse sobre este asunto de la retroacción de efectos. Los articularemos particularmente de la siguiente trimembre forma:

²⁶ ATIENZA LÓPEZ, J. I.: «La eficacia no retroactiva de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013: Panorama jurisprudencial contradictorio un año después», *CEFLegal*, n.º 166, Madrid, noviembre de 2014, pág. 22.

²⁷ Ítem más, «para este prestatario esa cantidad supondría una cantidad importante de dinero mientras que para la entidad de crédito no, y que en cualquier caso, de ser una cantidad importante debería de soportarla por ser la que actuó con mala fe y la que como consecuencia debe sufrir las consecuencias de su proceder» (CATENA REAL, R.: «La restitución de las cantidades...», *op. cit.*).

A) INCONGRUENCIA DEL PRONUNCIAMIENTO DE IRRETROACTIVIDAD CON LA ACCIÓN DE CESACIÓN EJERCITADA. ARROGACIÓN DE FUNCIONES QUE NO COMPETEN A LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES Y CONCRECIÓN DEL RADIO DE ACCIÓN DE TAL PROCLAMACIÓN

No se solicitó la restitución de sumas indebidamente cobradas, y ese efecto no es ínsito a una acción de cesación, sino a una acción colectiva prevista por el artículo 11 de la LEC que hubiera sido perfectamente acumulable a la que en realidad se ejercitó. Por tanto, el TS está incurriendo en vicio de incongruencia, no ajustando su fallo al *petitum* formulado cuando resulta pleno el imperio del principio rogatorio, artículo 216 de la LEC. En palabras de PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, «el pronunciamiento sobre la irretroactividad (...) no debería considerarse más que como un *obiter dicta* (...). La Sentencia (...) no podía ser título ejecutivo para reclamar las cantidades pagadas indebidamente»²⁸. Lógicamente, que el propio TS proclame posteriormente que su pronunciamiento erige doctrina jurisprudencial constituye a nuestro juicio un error de grandes proporciones que agrava la lesividad de su postura e intenta expandirla al resto de órganos jurisdiccionales.

En sentido inverso, no pudiendo eclipsarse este efecto, tampoco es aceptable habilitar que el juez pueda moderar sin causa los efectos legalmente predeterminados de la declaración de nulidad de una cláusula a su vez calificada como abusiva. El tenor del artículo 83 del TRLCU reproducido más arriba es tajante e imperativo en este sentido, luego no permite arbitrar exégesis que rebasan sus topes normativos. Las SSTJUE de 14 de junio de 2012 y 21 de febrero de 2013 apuntan inequívocamente en esta dirección prohibiendo la integración judicial de las cláusulas previamente declaradas abusivas; y ello es plenamente lógico porque en caso contrario se difuminaría el efecto disuasorio que, a su vez, porta aquella. *Mutatis mutandis*, sin obligación de restituir lo cobrado antijurídicamente, ¿qué interés mostrarían las entidades bancarias por eliminar las cláusulas suelo de sus contratos de préstamo hipotecario? ¿Acaso no seguirían surtiendo efecto parcial desde su suscripción hasta su anulación?

Se insiste: si los preceptos referidos son claros e imperativos, formulados en términos de *ius cogens*, ¿qué margen interpretativo tiene el TS para entender recalcitrantemente que dicen lo que realmente no dicen o insertar elementos ciertamente extravagantes en una operación aplicativa que, de todas maneras, no son precisos por ser la normativa autosuficiente? Si no hay lagunas, omisiones, oscuridades a despejar... sino una legislación cristalina, ¿no es la única función a cumplir judicialmente su aplicación en sus justos términos, sin añadidos o creaciones vedadas a la actuación judicial, rigurosamente sujeta al imperio de la ley y al sistema de fuentes del Derecho establecido? ¿Es aceptable que la jurisprudencia cree, innove, añada requisitos; o tal actividad está *extra muros* de la labor complementadora que únicamente le confiere la ley deviniendo *ipso facto contra legem*? Nótese que en la motivación esgrimida por el TS se invocan preceptos que nada tienen que ver con el objeto de enjuiciamiento (v. gr. el art. 106 de la Ley 30/1992, de

²⁸ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F.: «La restitución de las cantidades...», *op. cit.*

26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común para aludir a la buena fe, pero en el ámbito del Derecho público cuando aquí la cuestión, de mala fe por cierto, se ciñe al puro Derecho privado).

Un eslabón más en esa aparente extralimitación del TS de su encomienda legal está en proyectar vinculantemente su fallo sobre los restantes órganos jurisdiccionales españoles (*supra*). Como hemos podido constatar, no existe ningún tipo de obligación por parte de estos de seguir la doctrina de la sala, pues su única sujeción radica en la ley que, reiteramos, en este punto parece suficientemente clara por sí. Una interpretación como la practicada por el TS bajo un prisma puramente económico y no jurídico –lo cual casa mal con el art. 3.1 CC, todo sea dicho–, por inusual o excepcional previa concurrencia de determinados factores, ha de ser tomada con un ánimo marcadamente restrictivo, en ningún caso universalizante, al afectar al tenor intrínsecamente diáfano de un conjunto normativo al que se coloca, como expondremos en el apartado venidero.

Más aún, en el procedimiento que culmina la STS de 9 de mayo de 2013 la actora no instó eficacia *ultra vires* de su pronunciamiento. No agregó un elemento casuista a la pretensión propia de una acción de cesación consistente, en última instancia, en la restitución de las cantidades indebidamente cobradas una vez anuladas las cláusulas suelo. Entonces, el posicionamiento que efectúe el TS peca de cierta incongruencia, por lo cual esta proclamación extravagante no puede provocar efecto de sujeción alguno. Está claro, consecuentemente, que el TS no puede evitar, tras su incoación, que en otros procesos se decida la aplicación de las previsiones de los artículos 1.303 del CC y concordantes. Todo lo más, la irretroactividad habría de circunscribirse a la STS de 9 de mayo de 2013. Esa proclamación, en su caso, ha de quedar estrictamente ceñida a la sentencia en liza, no respecto a los efectos de la nulidad de la cláusula suelo en general. La nulidad no puede tener abstractamente efecto irretroactivo, como es pacíficamente asumido de manera histórica en la ciencia jurídica.

En resumidas cuentas, la abusividad y subsiguiente nulidad de la cláusula suelo se proyecta tanto a la cesación de sus efectos *pro futuro* cuanto respecto a los ya producidos. No puede ser de otro modo si hablamos de nulidad y, por tanto, de efectos *ex tunc*. El mantenimiento de su operatividad que supondría aferrarse al criterio de irretroactividad conlleva reconocer efectos vinculantes a cláusulas reputadas nulas, un inaceptable enriquecimiento injusto que adolece de cualquier cobertura jurídica. Si la cláusula enjuiciada es totalmente abusiva, no puede producir efectos parciales o atenuados. Y si toda ella es nula, no cabe moderar las consecuencias aparejadas, que no han de ser otras que la restitución recíproca de las prestaciones antijurídicamente satisfechas, con actuación *in toto* de las previsiones del artículo 1.303 del CC sin más cortapisas.

B) LA RAZÓN DE ESTA PROCLAMACIÓN TIENE VISOS DE NO SER ERICTAMENTE JURÍDICA

Tal vez se esté intentando cuidar una serie de intereses económicos de las entidades bancarias que podrían quedar perjudicados ante una esperable catarata de demandas interesando devo-

lución de lo indebidamente cobrado. Por loables que esos intereses pudieran resultar, o incluso aunque protegieran de alguna forma el orden público económico, no le corresponde a un órgano jurisdiccional dictaminar estos efectos puramente accesorios, o gradar los derechos en juego.

Se lee en el tenor literal de la STS referida que «es notorio que la retroactividad (...) generaría el riesgo de trastornos graves con transcendencia al orden público económico». Ese razonamiento es integralmente ajurídico, carece de transcendencia ante la nulidad jurídicamente decretada la cual ha de generar el efecto restitutorio de las prestaciones indebidamente satisfechas que, no se olvide, cuenta con fuerza legal *ope* artículo 1.303 del CC. De hecho, *eadem ratio*, conforme agudamente señala ACHÓN BRUÑÉN, «la no devolución de dichas cantidades a los numerosos afectados puede originar un efecto económico perturbador al repercutir en el consumo dado que los ciudadanos dispondrán de menos dinero para el gasto»²⁹.

De obrarse así, no solamente se estaría contraviniendo la legislación nacional sino también quedaría en entredicho el acoplamiento a la normativa comunitaria, en particular al ya citado artículo 6 de la Directiva 93/13/CEE –imperativamente, «no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre este y un profesional»–.

Realmente, valorar un trastorno hipotético al orden socioeconómico para abortar la retroactividad de la declaración de nulidad practicada no puede ser convincente, no ha de presumirse a causa de las eventuales acciones radicalmente individuales que ejerciten afectados por esas cláusulas. Simplemente, el perjuicio se ha producido y no es aceptable evitar que pueda ser reparado, o colocar a las entidades bancarias con base en este criterio en una situación preferente o privilegiada respecto a la de los prestatarios a quienes, no se pierda de vista, se les ha causado previamente ese detrimento patrimonial que, obviamente, también puede generar lesiones al orden económico global del país (menor liquidez pecuniaria, menor tráfico económico, etc.). Hay un enriquecimiento injusto, prohibido como principio general por nuestro Ordenamiento jurídico pero no a favor de los consumidores, sino de la entidad bancaria. Por tanto, es incomprensible que se quiera bendecir la consolidación de esta situación y se quiera disuadir o abdicar de repararla y retomar un preciso equilibrio contractual que, por supuesto, también entendemos ligado al orden público. La verdadera cuestión de orden público que ha de apreciarse jurisdiccionalmente no es otra que el amparo de los vulnerados derechos subjetivos de los consumidores, lesionados por una cláusula abusiva que llega a anularse. ¿Qué justificación o cobertura jurídica tendría ese producido enriquecimiento sin causa o injusto de las entidades financieras?³⁰ ¿Es asumible que se trate de retraer el ejercicio de un derecho fundamental en reclamación de unas pretensiones que en absoluto se presentan temerarias o infundadas?

²⁹ ACHÓN BRUÑÉN, M.ª J.: «Diversidad de criterios judiciales en relación con los efectos de la declaración de nulidad de las cláusulas relativas a intereses en las escrituras de hipoteca. La esperada Sentencia del TJUE de 21 de enero de 2015: Una luz con muchas sombras», *Diario La Ley*, n.º 8.473, de 4 de febrero de 2015.

³⁰ PUIG MATEU, J. y PUIG VILADRICH, J.: «El adiós a las cláusulas suelo y el debate sobre la retroactividad de su anulación», *Revista Aranzadi doctrinal*, n.º 5, Pamplona, 2013.

Más aún, a nuestro entender tampoco resulta factible escindir de manera absoluta e inquebrantable los efectos legalmente apegados a una declaración de nulidad en función del tipo de acción que se ejercite jurisdiccionalmente, de tal modo que se mantenga la irretroactividad en el caso de acciones colectivas y quepa la retroactividad en las individuales, pues así la pretendida salvaguarda de la seguridad jurídica –*infra*– también quedaría en entredicho por el flanco de su conectividad con el principio constitucional de igualdad a causa solamente del cauce procedimental de canalización de las pretensiones de los consumidores. Si el Ordenamiento jurídico pone a su disposición el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva, tanto en acciones individuales como colectivas, quizás una interpretación jurisprudencial no tenga fuerza para desvirtuar la identidad de consecuencias que dimanen del proceso que se siga si el *petitum* es similar o igual con el único matiz del número de actores³¹.

La dirección de la política económica estatal le corresponde al Gobierno (sin más, art. 97 CE), y no al Poder Judicial aun en su cénit. A este le atañe le elevada misión de administrar justicia, de aplicar normas jurídicas, el Derecho objetivo, para la sutura de conflictos surgidos y, mediatamente, prestar en los debidos cánones la tutela judicial efectiva que como derecho fundamental tipifica el artículo 24.1 de la CE. Intentar proteger cautelarmente los intereses de las entidades financieras, disuadiendo en relación causal al justiciable de ejercer sus derechos con un obstáculo más a añadir a los ya existentes (costes, gastos de postulación, tasas, demoras, etc.) nos parece abiertamente insólito. Sin perjuicio de la indudable relevancia general de la actividad judicial (*supra*), en estos supuestos su objetivo inmediato radica en velar por los intereses particulares en litigio. Todo exceso de este recipiente jurídico supondría una palpable injerencia en áreas funcionales estatales drásticamente ajenas a la función jurisdiccional, ayunas de título jurídico sobre el que actuar así.

C) LA INEXACTA INVOCACIÓN A LA SEGURIDAD JURÍDICA

Como es sabido, la seguridad jurídica es un principio constitucional (art. 9.3 CE). En un enfoque eminentemente académico, cabe rubricar por tal la «cualidad del Ordenamiento jurídico que implica certeza de sus normas y, consiguientemente, la previsibilidad de su aplicación».

Se escribía en la Memoria 1992 del Consejo de Estado que «la seguridad jurídica garantizada en el artículo 9.3 de la CE 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». Cabe entonces esperar que conformen materialmente los confines constitucionales del principio de seguridad

³¹ Vid. AGÜERO ORTIZ, A.: «Relevancia del carácter colectivo o individual de las acciones de nulidad de las cláusulas suelo sobre la retroactividad de sus efectos», disponible *on line* en www.uclm.es/centro/cesco.

jurídica tres factores fundamentales: cognoscibilidad de la normativa vigente, cumplimiento de unos estándares técnicos de elaboración normativa³² y una mínima estabilidad de esos elementos normativos dentro del Ordenamiento jurídico. Dicho de otra forma, ha de acoger en su seno la publicidad, la formalidad y la estabilidad. El TC ha señalado que la seguridad jurídica es una «suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, interdicción de la arbitrariedad...» (STC 27/1981, de 20 de julio). Por consiguiente, el legislador «debe perseguir la claridad y no la confusión normativa, debe procurar que acerca de la materia sobre la que legisla sepan los operadores jurídicos y los ciudadanos a qué atenerse (...) y no provocar juegos y relaciones entre normas como consecuencia de las cuales se produzcan perplejidades» (SSTC 46/1990, de 15 de marzo, y 146/1993, de 29 de abril). No en vano, «en la seguridad jurídica subyace la paz social»³³. El TS, por su parte, también ha llegado a bosquejar que el principio de seguridad jurídica se erige en una suerte de suma de todos los que se acogen en el artículo 9.3 de la CE, en un equilibrio tal que permita promover dentro del orden jurídico, en libertad, tanto la justicia como la igualdad (STS de 26 de febrero de 1991).

Ahora bien, según leemos en la STC 208/1988, de 10 de noviembre, «la seguridad jurídica no exige la petrificación del Ordenamiento, pero sí el respeto a las garantías enunciadas explícitamente como tales», so pena de probable quebranto de los compromisos que el Estado ha asumido previamente. Ha de buscarse el lógico equilibrio entre la idea de progreso (que se servirá de los correspondientes cambios normativos para su avance jurisdiccado) y seguridad jurídica (en cuanto correctivo a sus desmanes que permita el mantenimiento de un marco estable, con sostenedores rasgos perennes a cuyo cobijo se produzcan esas modificaciones y progresos).

Se concluye que el principio constitucional de seguridad jurídica no es ni puede ser absoluto, pues en ese caso se produciría una petrificación del Ordenamiento, pero sí debe dotarle de una perentoria estabilidad que permita cualificarlo como tal y no como un estructuralizado agregado de mutantes normas jurídicas. En fin, si en un sistema jurídico como el nuestro, edificado

³² Con detalle, RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J.: «Principio de seguridad jurídica y técnica normativa», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, n.º 4, Pamplona, 2007. Razona el autor que «en un Estado de Derecho las normas jurídicas se confeccionan para que se apliquen. Han de ser claras en lo que atiende a su rúbrica, a su objeto, a sus efectos y a sus destinatarios. Han de ser lo más completas posibles, lo más concretas posibles y lo más concisas que se pueda. Han de estar redactadas según los más elementales cánones de producción de normas. Es decir, han de recoger en la medida de lo posible los patrones, las reglas propias de la mejor técnica normativa. Y la mejor técnica normativa es aquella en la que más resplandece el principio de seguridad jurídica y sus corolarios necesarios: buena fe o confianza legítima entre otros (...). El principio de seguridad jurídica exige que las normas sean claras, precisamente para que los ciudadanos sepan a qué atenerse. Cuando se fomenta la confusión, cuando se oscurece el régimen jurídico deliberadamente o se incluyen en la parte final de la norma disposiciones más bien propias del título preliminar o del preámbulo, de alguna manera se está afectando negativamente al criterio jurídico de la seguridad jurídica, medida que nos da la intensidad y autenticidad del Estado de Derecho en cada país, en cada sistema jurídico (...). La seguridad jurídica y la certeza de las normas son dos parámetros básicos del Estado de Derecho (...). La realidad es que el rigor y la calidad de las normas brillan por su ausencia».

³³ GUASP DELGADO, J.: *Derecho*, Madrid: Gráficas Hergon, 1971.

bajo el recio imperio del Estado de Derecho y el principio de legalidad, las transformaciones en las dispares posiciones jurídicas que se producen se canalizan mediante cambios legislativos o instrumentos predeterminados en las normas jurídicas que lo integran, es en esa parcela donde la garantía de estabilidad engarzada al principio de seguridad jurídica ha de guardar todo su potencial con subrayada preferencia y en conjunción con el momento *aplicativo* del Derecho –re-téngase a los fines de este trabajo–. El Derecho, entendido como sistema que supera con creces los elementos puramente normativos que comprende, necesita para serlo dotarse de los rasgos de certeza, seguridad, predictibilidad... envolviéndose en un eminente impulso que tenga por frontispicio erigir un conjunto inequívoco, «de tal modo que podamos ajustar nuestra conducta a sus dictados sin temor a equivocarnos, a obrar mal, o a recibir una sanción»³⁴.

Sin seguridad jurídica, como se comprenderá, no puede lograrse una verosímil situación de *justicia material*, que ya apuntábamos más arriba que queda consagrada en un valor superior del Ordenamiento a la vista del artículo 1.1 de la CE. El Derecho no debe cejar en su empeño de lograr con su normación, incluyendo como instrumento reparador a la normativa procesal con la que impetrar la solución de conflictos ante la jurisdicción estatal, la realización de esa justicia material³⁵. La justicia se presenta como un valor jerárquicamente superior, incluso respecto a la seguridad jurídica.

Huelga indicar que el principio de seguridad jurídica, tomado *per se* y también teleológicamente orientado a la aseveración eficaz y plena de otros valores superiores del Ordenamiento jurídico a quienes debe sustentar, resulta de vinculación integral a todos los poderes públicos *ope* artículo 9.1 de la CE. Indudablemente, asimismo, el TS se halla inserto en esa condición de poder público. Esta sujeción tiene que abortar que la labor jurisdiccional de este órgano con líneas hermenéuticas opacas o poco justificables ante una normativa clara, máxime si rebasa los linderos del procedimiento en que se produce, provocando cualquier atisbo de padecimiento o incertidumbre en la materia que aborda, pues devendría plenamente contrario a cualquier idea aledaña a la seguridad jurídica.

Traído al caso concreto que es objeto de análisis, el TS yerra doblemente al invocar la seguridad jurídica para su posicionamiento de irretroactividad: se liga a una inexistente buena fe de todas las partes en litigio (cuando es palmario que una de ellas ha obrado justamente al revés, con oscuridad y ausencia de transparencia, advertida y declarada) y, de paso, aunque pretenda crear una forzada e invertida seguridad jurídica lo que obtiene es justamente una pavorosa inseguridad jurídica (constatable con las dos líneas jurisprudenciales trabadas, abiertamente antagónicas

³⁴ AMORÓS DORDA, F. J.: *Seguridad jurídica*, Madrid: SOCINFO, 2012.

³⁵ «Una de las motivaciones radicales que impulsa al hombre a establecer reglas de Derecho es la urgencia de crear un orden cierto (en las relaciones sociales más importantes) y de seguro cumplimiento (...). Aun cuando el Derecho está abocado a la realización de valores de rango superior (...) debe ante todo y previamente crear una situación de relativa seguridad (...). Además (...) exige que ese orden cierto y seguro sea justo, favorecedor del bien común» (RECANSENS SICHES, L.: *Filosofía del Derecho*, Méjico: Porrúa, 1961, pág. 618).

frente a un supuesto que, esencialmente, es idéntico). Lo que se consigue es una reversibilidad argumental, habida cuenta de que la seguridad jurídica exigiría, sin más, aplicar pulcramente el meridiano tenor del artículo 1.303 del CC³⁶. Empeñarse en consolidar esa línea jurisprudencial, en nuestro parecer, solamente agrava tal dislate.

8. COLOFÓN

En este punto de la exposición, por recapitularla y estructurar finalmente toda la información desglosada, proponemos una doble conclusión. Una de ellas, apegada pulcramente al tema concreto objeto de análisis y otra –partiendo de él como ejemplo perfectamente válido e ilustrativo– proyectada hacia el concepto y valor de la jurisprudencia en el mecanismo procesal civil de defensa y protección de los derechos subjetivos.

A) ES JURÍDICAMENTE INCORRECTO NO DEVOLVER LAS SUMAS COBRADAS EN EXCESO POR LAS ENTIDADES FINANCIERAS EN APLICACIÓN DE CLÁUSULAS SUELO PREVIAMENTE ANULADAS

No se está apreciando que esa figura sea nula por sí misma, conforme se ha tenido ocasión de comentar, pero si por concurrir las causas asimismo expresadas se anularan, esta declaración debe surtir irremisiblemente todos los efectos que legalmente lleva aparejados de una manera unívoca, a virtud de los preceptos relatados y, singularmente, del artículo 1.303 del CC.

El TS abre la puerta a que ese efecto no sea automático, aspecto quizás defendible si ello coadyuva a un análisis casuista que estudie más minuciosamente las circunstancias de los distintos supuestos que se planteen pero que, a nuestro entender, resulta inaceptable tal cual se formula. Los motivos para obtener esta conclusión son dispares pero concurrentes.

- a) El propio marco procesal en que el pronunciamiento tiene lugar (acción de cesación, no de nulidad. La demandante no agregó este *petitum*, luego el órgano jurisdiccional no puede pronunciarse sobre él incongruentemente más que a modo de mero *obiter dicta*, por ende amojonado estrictamente a la resolución y supuesto a que se constriñe). Es notorio que en el orden jurisdiccional civil no puede incurrirse en vicio de incongruencia y que se resuelva más allá de lo que las partes han acotado previamente como objeto del litigio.

³⁶ 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; demanda en la que debería pedirse aquello que AUSBANC no solicitó en su acción, por muy extraño que parezca» (ATENZA LÓPEZ, J. I.: «La eficacia no retroactiva...», *op. cit.*, pág. 28).

- b) La utilización de argumentos ajurídicos que, de paso, generan profunda sorpresa y perplejidad. El conflicto surgido, al margen de sus basamentos, es estrictamente jurídico y ha de tener una respuesta o solución igualmente jurídica. Apelar a otros factores como el orden socioeconómico no cuenta con entidad suficiente, a nuestro juicio, para servir de elemento que decante un fallo jurídico. De hecho, provocan en relación de directa causalidad lesividad a aspectos que, en el *iter* jurídico a seguir, han de ser tenidos forzosamente en cuenta para determinar el fallo. Tal sucede con la buena o mala fe contractual. La viveza de la salvaguarda del orden socioeconómico ladeando estos otros elementos hace que se proceda a proteger a quien ha obrado con mala fe en la instauración y ulterior desenvolvimiento de las obligaciones contractuales, castigando entonces doblemente a la contraparte que, curiosamente, sí habría actuado bajo la buena fe a la que, con carácter genérico, obliga el artículo 1.258 del CC. Se impide recuperar cantidades cobradas con ausencia de título jurídico habilitante, no se persigue un enriquecimiento injusto cuya evitación también es un principio general tradicional de nuestro Derecho, y se evita la posible actividad económica que el retorno de esas sumas al patrimonio de los perjudicados podría conllevar.
- c) La invocación de principios generales del Derecho, constitucionalmente positivizados, también provoca distorsiones de grueso calado. Tal sucede con la seguridad jurídica, entendida con el contenido que hemos tenido ocasión de reflejar en las páginas precedentes. La formulación de exégesis normativas alambicadas pero ciertamente extravagantes, pretiriendo lo que la conocida máxima de experiencia *in claris non fit interpretatio* nos enseña, hace que se produzca justamente el efecto inverso, esto es, una tangible inseguridad jurídica traducida en la posibilidad de abrir vías interpretativas ulteriores en estos supuestos ya no diferentes sino rotundamente antagónicas, antónimas. La seguridad jurídica ha de presidir la creación del Derecho por el legislador, pero también su aplicación judicial; y resulta lesionada si en ese momento de su existencia no se siguen iguales criterios de previsibilidad, razonabilidad, no arbitrariedad plasmada en argumentaciones sorpresivas, etc.

B) EL VALOR DE LA JURISPRUDENCIA, TAL CUAL LO PAUTA EL ARTÍCULO 1.6 DEL CÓDIGO CIVIL, NO ES VINCULANTE PARA EL RESTO DE ÓRGANOS JUDICIALES; Y SUPUESTOS COMO EL QUE SE TRATA DEMUESTRAN LA CONVENIENCIA DE QUE ASÍ SEA

Propulsando el caso concreto conocido hacia la más global e histórica cuestión del valor con que ha de contar la jurisprudencia, nos reafirmamos en lo atinada que resulta la previsión sobre el particular de nuestro Código Civil. Efectivamente, la jurisprudencia debe informar, complementar el Ordenamiento jurídico; mas no crearlo, innovarlo o, eventualmente, contrariarlo de manera frontal.

Que no exista vinculación de los órganos judiciales funcionalmente inferiores al Tribunal Supremo (ni de él mismo respecto a sus propios pronunciamientos), que puedan apartarse de las líneas interpretativas que vaya pautando razonando jurídicamente esa determinación, es en opinión particular una garantía más del Estado de Derecho y de la evolución normativa. Permite una interpretación más ajustada a los dispares supuestos conflictuales que se planteen que, por contra, no se daría en caso de seguirse ciega, automática e irreflexivamente previas pautas trazadas por el TS. Criterios como la seguridad jurídica u otros factores menos tangibles –por ajurídicos– no se garantizan mejor con el imperio del principio del precedente judicial, como hemos demostrado suficientemente en estas páginas. De hecho, sucede justamente lo contrario. Una doctrina errónea, poco sólida o cuestionable –aun perseverada incomprensiblemente– perjudica a esos postulados constitucionales que, además, es preciso observar instrumentalmente orientados a la consecución en todos los supuestos jurisdiccionalmente canalizados, desde y mediante el instituto procesal, de otros valores constitucionalizados como acaece con la justicia material.

El supuesto analizado ratifica que la solución correcta en Derecho a su gestación pasa por apartarse, con los razonamientos esgrimidos con suficiente rotundidad, de lo que el Tribunal Supremo pretende tasar. Y a esa solución, justamente, no solo se llega desde un análisis aislado de los preceptos en juego, sino también valorando la argumentación jurisprudencial aunque sea para separarse de su camino. No se cuestiona la autoridad científica jurisprudencial, pero se la pone en contacto con otros aspectos a salvaguardar, con relevancia constitucional e impacto indudable en las relaciones jurídico-privadas afectadas por el problema surgido. La agregación de todos esos elementos, en aras de su armonía, es la que desemboca en la conveniencia de la no vinculación al precedente jurisprudencial.

Bibliografía

- ACHÓN BRUÑÉN, M.^a J. [2013]: «Cláusulas abusivas más habituales en las escrituras de hipoteca: Análisis de los últimos pronunciamientos de Juzgados y Tribunales», *Diario La Ley*, n.º 8.127, de 16 de julio.
- [2015]: «Diversidad de criterios judiciales en relación con los efectos de la declaración de nulidad de las cláusulas relativas a intereses en las escrituras de hipoteca. La esperada Sentencia del TJUE de 21 de enero de 2015: Una luz con muchas sombras», *Diario La Ley*, n.º 8.473, de 4 de febrero.
- 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*, Universidad de Castilla-La Mancha, n.º 6, Ciudad Real, disponible *on line*.
- «Relevancia del carácter colectivo o individual de las acciones de nulidad de las cláusulas suelo sobre la retroactividad de sus efectos», disponible *on line* en www.uclm.es/centro/cesco
- AMORÓS DORDA, F. J. [2012]: *Seguridad jurídica*, SOCINFO: Madrid.
- ASENCIO MELLADO, J. M.^a [2000]: «Cien años de Derecho Procesal en España», en *El Derecho español en el siglo XX*, Madrid: Marcial Pons.
- ATIENZA LÓPEZ, J. I. [2014]: «La eficacia no retroactiva de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013: Panorama jurisprudencial contradictorio un año después», *CEFLegal*, n.º 166, Madrid, noviembre.
- BALLUGERA GÓMEZ, C. [2014]: «Integración de cláusulas declaradas nulas por abusivas: Visión general», *Diario La Ley*, n.º 8330, de 11 de junio.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (dir.) [2009]: *Comentarios al Texto Refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios*, Pamplona: Aranzadi.
- CARRASCO PERERA, Á. y GONZÁLEZ CARRASCO, C. [2013]: «La STS 241/2013, de 9 de mayo, sobre las cláusulas suelo es inconstitucional», *Diario La Ley*, n.º 8159, de 30 de setiembre.
- CATENA REAL, R. [2014]: «La restitución de las cantidades indebidamente cobradas en cláusulas suelo», *Diario La Ley*, n.º 8.385, de 25 de setiembre.
- 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 La Ley*, Madrid, 28 de mayo.
- [2013]: «Nulidad de cláusulas suelo no transparentes: ¿Puede el consumidor recuperar los pagos excesivos? (STS, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2013)», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, Universidad de Castilla-La Mancha, n.º 6, Ciudad Real, disponible *on-line*.
- CRUZ VILLALÓN, P. [2003]: «El Juez como garante de los derechos fundamentales», en *Constitución y Poder Judicial, XXV aniversario de la Constitución de 1978*, Madrid: CGPJ.
- FERRÁNDIZ, J. R. [2007]: «Sistema institucional español y sus efectos sobre la empresa. Las regulaciones, la justicia, las administraciones independientes, la economía y la empresa», en *Justicia y competitividad*, Madrid: CGPJ.
- GIMENO SENDRA, V. [2013]: «Las cláusulas abusivas», *Diario La Ley*, n.º 8.116, 1 de julio.
- GUASP DELGADO, J. [1971]: *Derecho*, Madrid: Gráficas Hergon.
- LÓPEZ GUERRA, L. [2000]: «La fuerza vinculante de la jurisprudencia», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 442, Pamplona.

LÓPEZ JIMÉNEZ, J. M.^a et al. [2014]: *La cláusula suelo en los préstamos hipotecarios*, Barcelona: Bosch.

- [2014]: «La cláusula suelo en los préstamos hipotecarios: Una discusión abierta para el debate», *Diario La Ley*, n.º 8.279, de 26 de marzo.
- [2014]: «La Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2014, sobre la cláusula suelo: Una sentencia reiterativa e insuficiente», *Diario La Ley*, n.º 8.426, de 21 de noviembre.

MORAL SORIANO, L. M. [2000]: «Los precedentes del Tribunal Supremo: El acercamiento de la jurisprudencia a la teoría del precedente», *Revista del Poder Judicial*, n.º 57, Madrid: CGPJ.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. [2001]: «Problemática de la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo», en *La fuerza vinculante de la jurisprudencia*, Madrid: Escuela judicial, CGPJ.

OTTO Y PARDO, I. DE [1987]: *Derecho Constitucional, Sistema de fuentes*, Barcelona: Ariel Derecho.

PECES MORATE, J. E.: «Valor de la jurisprudencia», en *La fuerza vinculante de la jurisprudencia*, Madrid: Escuela judicial, CGPJ.

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. [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*, n.º 8.154, 23 de septiembre.

PUIG MATEU, J. y PUIG VILADRICH, J. [2013]: «El adiós a las cláusulas suelo y el debate sobre la retroactividad de su anulación», *Revista Aranzadi doctrinal*, n.º 5, Pamplona.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. [2007]: «Principio de seguridad jurídica y técnica normativa», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, n.º 4, Pamplona.

SAINZ DE ROBLES, F. C. [2003]: «El artículo 24 de la Constitución. Su poder transformador», en la *op. cit. Constitución y Poder Judicial, XXV aniversario de la Constitución de 1978*, Madrid: CGPJ.