CLÁUSULA SUELO, INFORME DE LA COMISIÓN EUROPEA Y VALORACIONES DE LA UCCV

COLABORA CANAL 123 CONSUMIDORES

Visión del documento

www.123consumidores.com

Unión de Consumidores
de la Comunitat Valenciana

www.uniondeconsumidores.org

Índice

Índice 1
Antecedentes 2
Cláusula suelo Nulidad de Cláusula abusiva 2
Irretroactividad 6
Conclusiones 8
Informe de Comisión Europea 8
Consideraciones de la UCCV 9
Bibliografía y fuentes 16

Antecedentes

Recientemente se ha elaborado un informe a petición del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, los abogados de la Comisión Europea enmiendan y advierten al Tribunal Supremo, desvirtuando sus argumentos con los que, en su sentencia de 25 de marzo de 2015, limitó al 9 de mayo de 2013 (fecha en la que el alto tribunal español se pronunció por primera vez sobre el posible carácter abusivo de las cláusulas suelo), la devolución de las cantidades que los bancos han percibido por este concepto.

El documento lo firman en Bruselas los juristas Deyan Roussanov y Napoleón Ruiz García, y llegó a la Comisión Europea en septiembre pasado, aunque fue fechado el 13 de julio de 2015. Se elaboró a petición del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), que debe dar respuesta en una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil 1 de Granada.

Para hacer más comprensible el tema hemos pensado hacer una cronología de las vicisitudes del iter jurídico de la cláusula suelo.

Cláusula suelo Nulidad de Cláusula abusiva

Aunque se reconoce la licitud de pactar por las entidades bancarias como prestamistas con los consumidores prestatarios las cláusulas de límite de intereses como son las cláusula suelo, es menester por parte de los bancos cumplir no sólo de modo formal sino también material como apuntaban ya sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales antes del pronunciamiento por parte del Tribunal Supremo en su Sentencia de 9 de mayo de 2013 , exigían las garantías de una adecuada información previa, así como que su redacción sea clara y comprensible para la adecuada formación de la voluntad del usuario y no sea contrario a la buena fe.

Así pues el TS dictó una Sentencia en mayo de 2013 que establecía la nulidad de la cláusula suelo que no hubiera reunido los requisitos de transparencia, que enunciamos a continuación:

a) La creación de la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable en el que las oscilaciones a la baja del índice de referencia, repercutirán en una disminución del precio del dinero.

b) La falta de información suficiente de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.

c) La creación de la apariencia de que el suelo tiene como contraprestación inescindible la fijación de un techo.

d) Su ubicación entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor en el caso de las utilizadas por las entidades bancarias.

e) La ausencia de simulaciones de escenarios diversos, relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, en fase precontractual.

f) Inexistencia de advertencia previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad.

Sirva de ilustración la ponencia sobre la Cláusula suelo donde el ponente D. Vicente Cuñat Edo catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Valencia, aclara de una manera pedagógica los requisitos que deben reunir estos cinco supuestos, se puede visionar a modo de resumen del minuto 13 al 19 de la videoconferencia. Organizada por la UCCV.

Posteriormente ante las incertidumbres generadas por la Sentencia citada el TS dictó **El Auto del Pleno del TS de 3 de junio de 2013**, aclaratorio de la citada **Sentencia de 9 de mayo de 2013**, dice al respecto que a la vista de lo razonado en la sentencia y de los términos del fallo queda claro que las circunstancias enumeradas constituyen parámetros tenidos en cuenta para formar el juicio de valor abstracto referido a las concretas cláusulas analizadas. No se trata de una relación exhaustiva de circunstancias a tener en cuenta con exclusión de cualquier otra. Tampoco determina que la presencia aislada de alguna, o algunas, sea suficiente para que pueda considerarse no transparente la cláusula a efectos de control de su carácter eventualmente abusivo. En definitiva, que no existen medios tasados para obtener el resultado: un consumidor perfectamente informado.

También se deduce con claridad de la Sentencia, según el Auto aclaratorio, que el perfecto conocimiento de la cláusula, de su trascendencia y de su incidencia en la ejecución del contrato, a fin de que el consumidor pueda adoptar su decisión económica después de haber sido informado correctamente, es un resultado insustituible, aunque susceptible de ser alcanzado por pluralidad de medios. Para el futuro, no puede anudarse de forma automática al cumplimiento de determinadas fórmulas, tantas veces convertidas en formalismos carentes de eficacia real. Y hacia el pasado, no tolera vaciar de contenido la sentencia que condena a eliminar de los contratos en vigor las cláusulas declaradas nulas.

Pero en la parte dispositiva de la STS comentada al ser un supuesto de nulidad no reconoce la retroactividad de la declaración de nulidad de la cláusula suelo.

Ello supuso una derogación expresa del mandato del artículo 1303 del Código Civil que establece: "*Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes*". Y va en contra de la normativa de consumidores y usuarios del Estado como también de la Directiva 93/13/CEE.

La irretroactividad de los efectos para recuperar o restituir los intereses por nulidad de la cláusula suelo el TS dice expresamente : la **Sentencia de 9 de mayo de 2013** afirma que: *"Es notorio que la retroactividad de la sentencia generaría el riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico, al extremo que el Ministerio Fiscal, pese a recurrir la sentencia de apelación, se pronuncia en el sentido de que no procede reconocer efectos retroactivos a la decisión de nulidad de las cláusulas controvertidas".*

Sin embargo fue objeto de polémica por cuanto varias Audiencias Provinciales se pronunciaron a favor y reconocimiento de los efectos retroactivos de los intereses por nulidad de la cláusula suelo y el ejemplo paradigmático fue la **Sentencia de la AP Málaga de 12 de mayo de 2014,** que dice que la finalidad del **art. 1303 CC** no es otra que la de que las personas afectadas vuelvan a tener la misma situación personal y patrimonial anterior al acto invalidado, 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 puedan subsistir sin aquéllas. Respecto a la declaración de irretroactividad de la **Sentencia del TS de 9 de mayo de 2013, la Sentencia de la AP Málaga de 12 de mayo de 2014**, como en general las que acogen la retroactividad de la declaración de nulidad, invocan el hecho de que la Sentencia del 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 accesoria de condena a la restitución, sino solo de nulidad y correlativa eliminación de la cláusula, así como de prohibición de uso futuro, por lo cual consideran que tal declaración de no retroactividad, no es de aplicación preceptiva a supuestos (como era el caso de la SAP Málaga) en los que la acción ejercitada es una acción 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, en aplicación de la cláusula en cuestión, la retroacción de la declaración de nulidad, deviniendo, en

consecuencia, a tales efectos, aplicable el **art. 1303 CC** , sin que concurra circunstancia alguna que permita la excepción del efecto que dicha norma prevé.

Muy alusiva es también **La Sentencia de la AP Álava de 9 de julio de 2013** señala que las acciones ejercitadas en la sentencia del Pleno del TS y en la de su caso no son las mismas, ya que la acción allí ejercitada solo ejercitaba acción de cesación, sin acumular reclamación de cantidad, con legitimación restringida, imprescriptible, y eficacia "ex nunc", y en su caso se da respuesta a una acción de nulidad de los **arts. 8 y 9 LCGC**, que puede ejercitar cualquier afectado, sometida a plazo de caducidad y eficacia ex tunc", y que la solución del TS atiende al caso enjuiciado, resuelve que debe acordarse la retroactividad, con base en los **arts. 9 y 10 LCGC y art. 1303 CC**. Así, el **art. 9.2 LCGC** ordena a la sentencia que declare nulidad aclarar su eficacia conforme al artículo siguiente; y **el art. 10 LCGC** aclara que la nulidad no determina la ineficacia total del contrato. Supone, por el contrario, la nulidad de la cláusula afectada, nulidad que conforme al **art. 1303 CC** obliga a la restitución recíproca de las prestaciones; y que no hay razones para no aplicarlos en el caso concreto al no apreciarse trastornos graves para la economía ni para el Banco, y que el fundamento es que ninguna de las partes se enriquezca sin causa a costa de otra, concluyendo en el caso que dado que la cláusula suelo solo ha operado en beneficio del banco y en perjuicio del cliente sin que nunca sucediera lo contrario, con lo que no hay motivo para excluir la aplicación del **art. 1303 CC**

Otras Audiencias Provinciales se pronunciaron al contrario, todo ello supuso el fallo de la STS de 24 de marzo de 2015 donde sólo se reconoce el pago de los intereses a partir de la fecha de publicación de la Sentencia de 9 de mayo de 2013 y no desde la firma del contrato del préstamo hipotecario por el consumidor.

Irretroactividad

2) Se pronunció el TS en marzo de 2015 sobre esta materia por Recurso de Casación y fija como doctrina: *"Que cuando en aplicación de la doctrina fijada en la sentencia de Pleno de 9 de mayo de 2013, ratificada por la de 16 de julio de 2014, Rc. 1217/2013 y la de 24 de marzo de 2015, Rc. 1765/2013 se declare abusiva y, por ende, nula la*

denominada cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo con tipo de interés variable, procederá la restitución al prestatario de los intereses que hubiese pagado en aplicación de dicha cláusula a partir de la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013".

Alegando que la irretroactividad de los intereses se fundamente en **materia de orden público**: La afectación al orden público económico no nace de la suma a devolver en un singular procedimiento, que puede resultar ridícula en términos macroeconómicos, sino por la suma de los muchos miles de procedimientos tramitados y en tramitación con análogo objeto.

Concluye la **Sentencia del Pleno TS de 25 de marzo de 2015** que a partir de la fecha de publicación de la **Sentencia de 9 de mayo de 2013** no es posible ya la alegación de buena fe por los círculos interesados, pues esta sentencia abre los ojos y las mentes de las partes contratantes, pudiendo éstas indagar y esclarecer si las cláusulas suelo insertas en contratos de préstamo con tipo de interés variable, en principio lícitas, carecen de transparencia, no por oscuridad interna, sino por insuficiencia de información, en los términos indicados en dicha sentencia.

Si adoleciesen de tal insuficiencia y fuesen declaradas abusivas por ese concreto motivo, que no por otro ajeno a este debate, la **Sentencia de 25 de marzo de 2015** declara que las sentencias tendrán efecto retroactivo desde la fecha de publicación de la **de 9 de mayo de 2013**, sobre cuya clarificación se pronuncia a efectos de la debida seguridad jurídica; fecha que fue la fijada en ella en orden a la irretroactividad declarada.

A esta resolución judicial del TS ha sido objeto de estudio y análisis por parte de la Comisión Europea, a falta del pronunciamiento que en su día haga el Tribunal de Justicia de la U.E. y es concluyente en cuanto declarada la nulidad de la cláusula suelo debe reconocerse los efectos retroactivos de lo contrario sería conculcar la Directiva de Cláusulas Abusivas de 1993.

Conclusiones

Informe de Comisión Europea

En cuanto a la primera pregunta planteada desde el Juzgado de lo Mercantil 1 de Granada, acerca de si la no vinculación con el consumidor de una cláusula abusiva es compatible con que tenga efectos hasta ser declarada nula, los agentes de la Comisión Europea, Deyan Roussanov y Napoleón Ruiz García, responden que no es compatible, y para ello se basan en la propia legislación española, como el artículo 83 de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, en la que se establece que las cláusulas abusivas serán consideradas nulas de pleno Derecho, al igual que se recoge en el punto 1 del artículo 6 de la Directiva.

Y ello porque en la Directiva, esa no vinculación con el consumidor no viene limitada ni matizada, por lo que ha de entenderse que es una no vinculación *"desde siempre"* (ex tunc), y no *"desde ahora"* (ex nunc), en contra de lo interpretado por la Audiencia Provincial de Granada y el propio Tribunal Supremo.

En este punto, Roussanov y Ruiz García se ponen más serios y consideran que nunca cabe vincular lo no vinculante. Al contrario de lo que ha indicado el alto tribunal español, si la abusividad de una cláusula únicamente cesa desde que el juez o jueza la declara nula, sería una limitación *"que generaría un aliciente perverso para las comerciantes, quienes no tendrían nada qué perder al incluir sistemáticamente cláusulas abusivas en sus contratos con los consumidores, ya que solo a partir de una hipotética declaración de abusividad de la cláusula, ésta cesaría de surtir efectos. Los comerciantes, en cambio, retendrían todos los réditos obtenidos hasta dicho momento".*

"Además, insistimos, esta interpretación (que la nulidad de la abusividad surte efectos desde el minuto cero) coincide plenamente con los efectos de nulidad de pleno Derecho previstos en el ordenamiento jurídico español".

Pero los tribunales españoles siguen sin tenerlo claro. Al contrario, lo que tienen es un lío de mucho cuidado entre aplicar a la letra la Directiva de la CE y aplicar a la letra las

"indicaciones" del TS, que van en contra de la CE. No era de extrañar que antes que después algún juzgado terminara por preguntar a la misma Unión Europea qué se debe hacer.

En cuanto a la segunda pregunta, la de si es posible limitar los efectos de dicha nulidad, y si los tribunales nacionales pueden moderar las consecuencias económicas de la misma, la respuesta vuelve a ser no.

El Tribunal Supremo, en su renombrada sentencia de mayo de 2013, aludió para que no hubiera devolución de cantidades, a un principio de seguridad jurídica y de buena fe en las relaciones contractuales entre bancos y sus clientes, pero los juristas opinan que esa buena fe no existe *"desde el momento en que se incluyen cláusulas abusivas en un contrato".*

Para los juristas de la Comisión Europea, sólo cabe una excepción y es que *"los efectos de la nulidad podrían, de forma excepcional, verse limitados cuando fuera necesario proteger el principio de cosa juzgada",* por lo que quienes han ido a juicio para la nulidad de la cláusula no pueden litigar de nuevo por el reintegro de cantidades.

Más allá de esa excepción, *"no existe, en opinión de la Comisión, base jurídica que permita a los tribunales nacionales moderar las consecuencias económicas de la nulidad",* añaden los juristas, quienes estiman que cualesquiera otros límites *"carecerían de justificación y de respaldo jurídico, so pena de socavar la aplicación de la Directiva".*

Consideraciones de la UCCV

En las sentencias del Tribunal Supremo se acogen al orden público para no reconocer la retroactividad ex tunc con argumentos del posible perjuicio económico, pero no debe ignorar el Tribunal Supremo que el orden público también lo constituye la defensa de la parte débil de las relaciones jurídicas contractuales bancarias, como son los consumidores o la economía de cientos de familias y su protección por parte de la C.E. no deja ser algo priorizado en su artículo , estos han desembolsado unas cantidades en concepto de intereses por una cláusula abusiva y nula que no haya

reunido los requisitos de control y transparencia descritos por la STS de 2013 (Cláusula Suelo).

Y que dentro de ese orden público formado por el conjunto de leyes ignoran en sus fundamentos de la STS de marzo de 2015 la legislación de protección al consumidor y el acceso a la vivienda digna reconocido en nuestra Constitución Española en su artículo 47, las entidades bancarias deben ser leales y transparentes en sus actuaciones al menos en los tratos preliminares de los contratos como han sido los préstamos hipotecarios, que ha quedado demostrado lo contrario en multitud de sentencias.

El artículo 1303 del Código Civil es una norma sagrada y de respeto para todos todos los ciudadanos y responde a la voluntad de todos cuantos componemos la sociedad y la ciudadanía. Se le olvida al Tribunal Supremo que este artículo forma parte de un cuerpo jurídico (Código Civil) que constituye nuestro Derecho Civil como el Derecho más propio, el más esencial y arraigado en el vivir de la vida intima de la nación y del pueblo. Si se deroga su mandato por defensa del más fuerte difícilmente obtendremos los consumidores una Justicia plena.

A ello se une el artículo 51 de la Constitución Española que es un articulo no sólo actúa como un principio informador sino como un Derecho a conseguir y como manifestaba el fallecido e insigne jurista García de Enterría al estar encuadrado en el texto de la Constitución Título Primero, Capítulo III LOS PRINCIPIOS RECTORES ECONÓMICOS Y SOCIALES son normas de obligado cumplimiento para los poderes públicos, y a ellos encomienda la protección y defensa de los consumidores mediante procedimientos eficaces, por ello entendemos que el verdadero camino o senda, sería practicar dos maneras de ver la Justicia; una la Justicia Conmutativa como principio de equilibrio de las prestaciones, y más en este tipo de contratos de adhesión con consumidores, los poderes públicos, jueces y tribunales deben ser escrupulosos y vigilantes de que se cumpla al máximo las normas de protección al consumidor. Y que de manera sobrada se ha desarrollado artículo 51 de la C.E, (Ley General de Defensa del Consumidor derogada de 1984, Real Decreto Legislativo 1/2007 de Protección y Defensa del Consumidor, Ley de Condiciones Generales de la Contratación etc.) sobre todo en el

sector del contratos de préstamos hipotecarios por la cuantía y contexto de las condiciones pactadas por las entidades bancarias donde la negociación del consumidor está mermada. Y otra como Justicia Distributiva por parte de los Jueces y Tribunales que deban decidir estas controversias se cumplan las normas de protección y defensa del consumidor en todo el sentido amplio del ordenamiento jurídico.

Acaso estas normas como son la Directiva de Cláusulas Abusivas 93/13/CEE, Real Decreto Legislativo 1/2007, Ley de Condiciones Generales de la Contratación, O.M. de mayo de 1994, art. 1303 del Código Civil no son normas imperativas en este caso orden público o sólo este concepto juega a favor de quienes son la parte contractual más fuerte.

Y por tanto nos adherimos al informe de la Comisión Europea. La Comisión entiende que no es posible que los tribunales nacionales puedan moderar la devolución de lo pagado por el consumidor, ya que si una cláusula es declarada nula*, "lo es desde el origen"*

Además, añade, según los artículos 6.1 y 7.1 de la directiva 93/13/CEE*, "no es posible que los tribunales nacionales puedan moderar la devolución de las cantidades que ya ha pagado el consumidor en aplicación de una cláusula declarada nula desde el origen por defecto de información y/o transparencia".*

Ver *"Comentario del Informe de la cláusula suelo Comisión Europea de Mª del Mar Hernández Rodríguez*[1] *magistrada especialista en Derecho Mercantil del CGPJ*,

[1] La doctrina del Tribunal Supremo relativa a la limitación de los efectos restitutorios derivados de la nulidad de las cláusulas suelo únicamente resulta aplicable cuando la nulidad responde al carácter abusivo de la cláusula general por su falta de trasparencia pero no cuando obedece a cualquier otra causa, incluidas las derivadas de los posibles vicios del consentimiento ajenas a la normativa reguladora de las condiciones generales de la contratación y tuteladora de los derechos de los consumidores.

Examinando la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea citada en este artículo, resultan razonables las dudas y cuestiones planteadas por nuestros Tribunales al órgano comunitario sobre la compatibilidad de la Directiva 93/13/CEEDir. 13/1993 de 5 abril 1993 con la limitación de los efectos restitutorios debidos a la nulidad de una clausula general inserta en un contrato celebrado con consumidores. En primer lugar, respecto a la posibilidad de limitar dichos efectos atendiendo, entre otros extremos, al riesgo de que la falta de transparencia en la información dada al consumidor que genera en éste una confusión sobre la verdadera trascendencia y condiciones económicas del contrato, perjudique al propio consumidor afectado por la falta de conocimiento de la real extensión de las obligaciones por él asumidas, al permitir que subsistan los efectos desplegados desde el momento de la contratación a aquél en el que se efectuó una interpretación extensiva del art. 4 de la Directiva

Audiencia Provincial de Cantabria". En definitiva, y cuando se examina una acción individual, mantener el criterio de la limitación de los efectos retroactivos pudiera llevar a producir el pernicioso efecto de premiar a quien con su conducta y falta de información generó la falta de transparencia a la que obedece la nulidad por carácter abusivo de la cláusula, lo que justifica las dudas suscitadas al Tribunal de Justicia.

Por último aconsejamos leer el comentario de la STS de 2015 resolución judicial que sólo reconoce los intereses desde la fecha de publicación de la STS de mayo de 2013; elaborado por María José Reyes López [2] catedrática de Derecho Civil de la Universidad

---

93/13/CEE, esto es, a la publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013 STS Sala 1 Pleno de 9 mayo 2013. Así mismo, sobre si resulta razonable imputar buena fe al profesional con abstracción de las circunstancias concretas de la contratación. Igualmente, si el riesgo de trastorno económico general resulta presumible o si, por el contrario, debe cerciorarse sobre la base de concretos datos relativos a la trascendencia económica de los plenos efectos devolutivos de la nulidad, con carácter general o en relación a la concreta trascendencia de la restitución de los intereses indebidamente abonados en el seno de una específica relación contractual individual.

Todo ello atendiendo a la naturaleza e importancia del interés público en el que descansa la protección del consumidor, que se encuentra en una situación de inferioridad en relación con los profesionales, destacado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea , entre otras, en la Sentencia de 14 de junio de 2014STribunal de Justicia (UE) Sala 1ª de 14 junio 2012 ya citada, según la cual incumbe a los Estados miembros "la obligación de prever medios adecuados y eficaces para que cese el uso de clausulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores".

[2] III. A MODO DE CONCLUSIÓN El voto particular esgrimido en este pronunciamiento ha puesto de manifiesto que se ha desperdiciado una buena ocasión para aclarar alguno de los efectos contradictorios manifestados en la STS de 9 de mayo de 2013, como hubiera sido una revisión de los motivos que impulsaron a limitar el alcance de la ineficacia desde la fecha de publicación de dicha sentencia. No explica tampoco como una cláusula inexistente puede generar efectos desfavorables para quien deba soportarla, del mismo modo que sucede respecto al hecho de que los efectos económicos repercutan igualmente sobre el prestatario; y, finalmente cómo debe armonizarse el criterio sentado por el TJUE en su sentencia de 14 de junio de 2012, de que los jueces no pueden integrar la cláusula declarada nula por falta de transparencia, con la reforma del TRLGDCU en su art. 83, y con la limitación del alcance de la ineficacia. La conexión establecida entre ambos pronunciamientos impide, en suma, subsanar una incongruencia que no se comprendió en aquella fecha y que ahora con ésta pone en evidencia que, lejos de lo que se pensaba, flaco favor hace al consumidor, que no podrá comprender cuál es la razón para justificar que una cláusula que se tiene por no puesta en el contrato, no sólo le genera gastos sino que además legitima a la entidad bancaria para no devolverle las cantidades recibidas con anterioridad al 9 de mayo de 2013, justificando dicha decisión en unos motivos de orden público económico, que creo que, además de no ser coincidentes, en sentido contrario al criterio mantenido, ha propiciado la promulgación de normas de protección a los más debilitados frente a estos entes.

de Valencia de un modo impecable y sistemático concluye la oportunidad de oro perdida (irretroactividad para reconocer la retroactividad de los intereses de una cláusula abusiva e inexistente pueda imponerse al consumidor pagar cantidades en concepto de cláusula suelo anteriores a la fecha de publicación de la Sentencia de 9 de mayo de 2013 del TS no existen argumentos válidos, puede verse el comentario y aconsejamos su lectura en el siguiente enlace en la revista (OCCA) Órgano de Control de Cláusulas Abusivas .

Habrá que esperar como se pronuncia el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, esperemos empleando el modo subjuntivo el deseo o posibilidad que nos dé la razón a los consumidores.

Puesto que según el Informe de la Comisión Europea y las razones fundamentadas anteriormente expuestas el no reconocimiento del efecto retroactivo del artículo 1303 del Código Civil, las entidades bancarias han percibido unos intereses sin justa causa y nos haría pensar que nos situaríamos ante un enriquecimiento injusto.

a Sentencia de la AP Jaén de 27 de marzo de 2014 afirma que el sector de Audiencias Provinciales, que declaran la retroactividad lo hacen en aplicación de los arts. 9 y 10 LCGC y art. 1303 CC, considerando en general que no se dan las razones de afectación de la economía nacional que contempló el TS para excluirla, y para evitar el enriquecimiento injusto del banco.

Sentencia de la AP Málaga de 12 de mayo de 2014, que dice que el art. 9 LCGC remite al régimen general de la nulidad contractual, señalando el art. 1303 CC. La finalidad de esta norma no es otra que la 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 puedan subsistir sin aquéllas.

La Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife aplica la retroactividad total en estas cláusulas, en contra de la doctrina fijada por el Tribunal Supremo. En esta sentencia judicial la Audiencia Provincial, del 8 de octubre de 2015, coincide con lo expuesto por la Comisión Europea, que ha concluido que los tribunales nacionales no tienen competencias para limitar las indemnizaciones a un consumidor por anulación de una cláusula considerada abusiva, como es este caso.

Por lo tanto las tesis de las últimas sentencias se pronuncian a favor de la retroactividad, y a parte del pronunciamiento del informe de la Comisión Europea sobre este apartado no debemos ignorar que vivimos en un Estado miembro de la U.E y con una Constitución que propugna en sus Principios Rectores Económicos y Sociales el acceso a una vivienda digna y protección eficaz del consumidor.

El fin del Derecho en los Estados Sociales y de Derecho por encima de todo es la dignidad, respeto del ciudadano para desarrollar una vida digna es desiderátum que no se puede dejar en el olvido. Y no sólo criterios económicos de orden público que no guardan relación alguna ni provocan temeridad de la quiebra de las entidades bancarias que impusieron la cláusula suelo.

Como asociación de consumidores velamos por la defensa de los derechos e intereses de aquéllos, y esto es una recomendación para los poderes públicos (Banco de España, Institutos de Finanzas de Comunidades Autónomas) que según el artículo 9.2 de la Constitución Española deben remover todos cuantos aquellos obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social, por encima de todo está los valores (dignidad de las personas, vivienda digna) y no solamente los criterios económicos, so pena de convertir el Derecho en un puro mercantilismo a merced de criterios del mercado y no de la vida de los ciudadanos.

Los juristas independientemente la labor que desarrollen conviene que no seamos meramente operadores jurídicos técnicos sino que repensemos que por encima del conflicto hay un problema social de la vida de los ciudadanos (consumidores) como es el acceso a la vivienda, bien social básico donde gira el desarrollo de su vida y familia.

Para finalizar el poder constituyente ha asignado como fines de los poderes públicos, la consecución de un orden económico y social justo y el aseguramiento a todos de una digna calidad de vida, y es que el acceso a una vivienda digna la Constitución Española según dispone en el artículo 47 no se contempla como un valor económico sino como lugar, habitación y residencia para el ciudadano y su familia.

Reconocemos el esfuerzo del Tribunal Supremo pero hubiera sido deseable que el acceso a la vivienda se contemple como un bien social de primer orden para la sociedad; puesto que constituye el hábitat y núcleo primario para la vida de los consumidores, y debe ser alejado de toda tentativa de especulación y valor estrictamente económico, la cláusula suelo impuesta por las entidades bancarias supone un obstáculo y cortapisa cuando no reúna los requisitos de control y transparencia.

Y precisamente como aludíamos en nuestras conclusiones que " *el artículo 47 de la CE nos marca el proceso para que el consumidor pueda acceder a una vivienda digna sin trabas sin condiciones a veces abusivas, y este precepto debemos sumar el artículo 51 de la CE que encomienda una protección eficaz de los consumidores y es obvio que cuanto más esencial sea el bien objeto de consumo (vivienda) más atentos deben estar los poderes públicos para que su disfrute no se produzcan abusos de ningún tipo*".

Así pues para concluir exige que tanto la información de los documentos contractuales aportados al consumidor en la adquisición de la vivienda financiada mediante un préstamo hipotecario exige un escrupuloso y diligente camino a seguir por las entidades bancarias, precisamente por ser un bien esencial y básico y no un motivo de especulación. Porque el acceso a una vivienda digna es un Derecho esencial para el ciudadano consumidor como núcleo de la vida suya y de su familia.

Bibliografía y fuentes

1. Los Principios Rectores de la Política Social y Económica. Javier Tajadura.Editorial Biblioteca Nueva S.L.
2. Derecho Civil Castán Tobeñas
3. Derecho Administrativo y Derechos Sociales Fundamentales. Editorial Derecho Global
4. Diario.es
5. El Derecho

www.123consumidores.com

Unión de Consumidores
de la Comunitat Valenciana