

© Copyright 2018, vLex. Todos los Derechos Reservados.
Copia exclusivamente para uso personal. Se prohíbe su distribución o reproducción.

Incidencia de la jurisprudencia comunitaria en el ordenamiento jurídico español: comentarios a la sentencia dictada por el Pleno del TS número 725/2018, de 19 de diciembre

Revista de Derecho vLex - Núm. 175, Diciembre 2018

Autor: Jesus M^a Sanchez Garcia

Cargo: Abogado - @JesusFamilex

Id. vLex: VLEX-751749425

Link: <http://vlex.com/vid/incidencia-jurisprudencia-comunitaria-orden-751749425>

Texto

Contenidos

Para la preparación del presente artículo he consultado las sentencias dictadas por la Sala 1^a del TS, en la base de datos del Cendoj del CGPJ, con la voz entrecomillada “orden público comunitario”¹, obteniendo solo la reseña de dos sentencias.

La primera de ellas es la sentencia de 22 de abril de 2015 (Roj: STS 1723/2015), de la que fue ponente el Magistrado D. Rafael Saraza, que en su fundamento de derecho tercero, punto segundo *in fine*, nos dice:

“El cumplimiento de los fines perseguidos por la [Directiva 93/13/CEE](#) ha forjado como un principio de interés general del Derecho de la Unión la supresión de las cláusulas abusivas en el tráfico jurídico-económico, para conseguir un mercado libre de situaciones de desequilibrio contractual en perjuicio de los consumidores. Este interés general, situado en el terreno de los principios y por encima del interés particular de cada consumidor en cada caso concreto, es el que justifica la no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas, y que, como veremos más adelante, tal desvinculación deba ser apreciada de oficio por los órganos judiciales, en una dimensión que entronca con el **orden público comunitario**. La protección de los legítimos intereses económicos y sociales de los consumidores es un principio esencial del ordenamiento jurídico (artículo 169 TFUE), que debe actuar particularmente frente a la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos”.

La segunda sentencia es la de 11 de abril de 2018 (Roj: [STS 1238/2018](#)). Esta sentencia resuelve un recurso de casación sobre nulidad de cláusula suelo por falta de transparencia y los efectos derivados de una novación modificativa del préstamo con garantía hipotecaria entre el prestatario y la entidad bancaria, con posterioridad a la sentencia de la Sala 1ª del TS de 9 de mayo de 2013 (Roj: STS 1916/2013) y encontramos la referencia al orden público comunitario en el voto particular emitido por el Magistrado D. Javier Orduña.

En el fundamento de derecho tercero del voto particular, el Magistrado D. Javier Orduña realiza un extraordinario estudio del régimen de ineficacia de la cláusula suelo declarada abusiva como parte integrante del concepto de «orden público comunitario» y su extensión a los documentos predispuestos en el seno de una relación contractual entre consumidores y profesionales y sobre la invalidez de la renuncia de derechos básicos del consumidor, explicando en el fundamento de derecho tercero del voto particular que:

“La incidencia del **orden público comunitario**, en la naturaleza y alcance del régimen de ineficacia que comporta la declaración de abusividad de la cláusula resulta más relevante, si cabe, si es considerada desde la perspectiva axiológica que aporta el Derecho de la contratación a las relaciones de consumo, pues revela el peso de los «principios jurídicos» (entre otros, buena fe y transparencia) en el desenvolvimiento mismo de nuestras directrices de orden público económico ([STS 464/2014, de 8 de septiembre](#)).

Desde esta perspectiva, resulta incuestionable que el régimen de ineficacia que comporta la declaración de abusividad por falta de transparencia de una cláusula predispuesta constituye un elemento conceptual que forma parte integrante del orden público comunitario, conforme al principio de efectividad del [art. 6](#) de la [Directiva 93/13/CEE](#) ([SSTJUE de 6 de octubre de 2009](#), asunto C-40/08 y 30 de mayo de 2013, asunto C-488/2011). De ahí su indisponibilidad y la prohibición de moderación e integración por los jueces nacionales.

Esta conexión de régimen del control de transparencia, de su función y sentido, con el concepto de orden público que informa la Directiva 93/13, y a sus propias directrices de «no vinculación» y de «efecto disuasorio», ha sido objeto de una rotunda confirmación por la reciente jurisprudencia del TJUE, especialmente en su sentencia de 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-154/15 , C-307/15 y C-308/15, respecto del régimen normativo que se deriva de la declaración de abusividad por falta de transparencia de la denominada «cláusula suelo». Sentencia del TJUE que determinó un cambio de la jurisprudencia de esta sala a partir de la [STS 123/2017, de 24 de febrero](#)”.

No debemos olvidar que el voto particular emitido en la sentencia de 11 de abril de 2018, ha servido de fundamento para el planteamiento de sendas cuestiones prejudiciales planteadas ante el TJUE, por las dudas de interpretación de la sentencia dictada por el Pleno de la Sala 1ª del TS, respecto la convalidación de un acuerdo extrajudicial de una cláusula suelo, planteadas por el Juzgado de 1ª Instancia 3 bis de Albacete (asunto C-617/18) y el Juzgado de 1ª Instancia 3 mixto de Teruel (asunto C-452/18).

Llevo tiempo escribiendo sobre el concepto de orden público comunitario y su importancia en nuestro ordenamiento jurídico interno, cuando se aplica el derecho comunitario en materia de consumidores, pero, lamentablemente, sin mucho éxito, porque si bien en la actualidad ya forma parte del ADN de nuestra cultura jurídica la primacía del derecho comunitario, no está

plenamente asumido, a mi entender, el concepto de orden público comunitario, ni la relevancia que el mismo supone, tanto sustantiva, como procesalmente, en el ordenamiento jurídico español, especialmente en materia de consumidores².

La doctrina del TJUE analizando la [Directiva 93/13/CEE](#) y el rango de norma de orden público de su artículo 6.1, ha provocado una auténtica “revolución” procesal y sustantiva en nuestro ordenamiento jurídico interno y como históricamente suele ocurrir en toda transformación de hechos relevantes con consecuencias jurídicas, una parte de la comunidad jurídica es reticente a aceptar las mismas.

El TJUE en la sentencia de 6 de octubre de 2009, asunto C-40/08, en su apartado 52 acordó que “dada la naturaleza e importancia del interés público en que se basa la protección que la Directiva 93/13 otorga a los consumidores procede declarar que el artículo 6 de dicha Directiva debe considerarse como una norma equivalente a las disposiciones nacionales que, en el ordenamiento jurídico interno, tienen rango de normas de orden público”.

En la sentencia de 21 de diciembre de 2016 el TJUE, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15, ha reiterado que el [artículo 6, apartado 1](#) de la [Directiva 93/13/CEE](#) es una disposición que debe considerarse una norma equivalente a las disposiciones nacionales que en el ordenamiento jurídico interno tienen la naturaleza de normas de orden público (apartado 54), así como una norma imperativa (apartado 55) y que dada la naturaleza y la importancia del interés público que constituye la protección de los consumidores, los cuales se encuentran en una situación de inferioridad, en relación con los profesionales, conforme el [artículo 7, apartado 1](#) de la [Directiva 93/13/CEE](#), en relación con su vigesimocuarto considerando, la Directiva impone a los Estados miembros la obligación de prever medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores.

Principios que el TJUE incide, una vez más, en la sentencia de 26 de enero de 2017, asunto C-421/14, recordando que el [artículo 6.1](#) de la [Directiva 93/13/CEE](#) es una disposición imperativa, que pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y las obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas (apartado 41) y que esta disposición debe considerarse una norma equivalente a las disposiciones nacionales que, en el ordenamiento jurídico interno, tienen rango de normas de orden público (apartado 42), debiendo el juez nacional apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la [Directiva 93/13/CEE](#) (apartado 43).

El TJUE en el apartado 73 de la sentencia de 7 de agosto de 2018 (asuntos acumulados C 96/16 y C 94/17), citando la sentencia de 26 de enero de 2017 (caso Banco Primus), recuerda que con arreglo al artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, el juez nacional que conoce de una cláusula contractual abusiva está obligado únicamente a dejarla sin aplicación para que no surta efectos vinculantes frente al consumidor, sin que esté facultado para variar su contenido.

Por tanto esos principios del TJUE que otorgan al artículo [6,1](#) de la [Directiva 93/13/CEE](#) el rango de norma imperativa y de orden público deben ser observados por los tribunales nacionales, conforme el principio de primacía del derecho comunitario ([art. 4 bis](#) de la [LOPJ](#)).

El TJUE al interpretar el artículo [6,1](#) de la [Directiva 93/13/CEE](#) ha sentado doctrina sobre las consecuencias jurídicas de su incumplimiento, al resolver que es una norma de orden público y de derecho imperativo, lo que significa que conforme prevé nuestro ordenamiento interno en los artículos [6,3](#) y [1255](#) del [CC](#), su infracción conlleva la nulidad de pleno derecho.

El propio legislador español ha establecido en el [artículo 83](#) del [TRLGCIU](#) que las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas y el [artículo 8](#) de la [LCGC](#) establece que serán nulas de pleno las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.

Nuestro sistema parte de la ineficacia de los contratos –o de alguna de sus cláusulas, si el contrato subsiste– y exige destruir sus consecuencias y borrar sus huellas como si no hubiesen existido y evitar así que de los mismos se deriven efectos, de acuerdo con la regla clásica "*quod nullum est nullum effectum producit*" (lo que es nulo no produce ningún efecto). Así lo dispone el [artículo 1303](#) del [CC](#), a cuyo tenor "declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes".

El Pleno del TS en la sentencia número 725/2018, de 19 de diciembre de 2018³, de la que ha sido Ponente D. Pedro Jose Vela, en su fundamento de derecho segundo y con cita de la jurisprudencia comunitaria que analiza el [artículo 6.1](#) de la [Directiva 93/13/CEE](#), resuelve que **"el art. 6.1 debe ser considerado como una norma equivalente a las disposiciones nacionales que en el ordenamiento jurídico interno tienen rango de normas de orden público;** consideración que extiende a todas las disposiciones de la Directiva que sean indispensables para la realización del objetivo pretendido por el precepto. La razón está en el interés público en que se basa la protección de la Directiva, que permite extender su eficacia aplicativa directa por los órganos jurisdiccionales más allá de lo previsto por las normas nacionales".

En la sentencia de 19 de diciembre de 2018, el TS analiza la solución que debe darse a una cláusula declarada abusiva y expulsada del contrato, que atribuye exclusivamente al consumidor el abono de los gastos generados por el contrato de préstamo hipotecario, cuando estos gastos no son abonos hechos por el consumidor al banco que éste debe devolver, sino pagos hechos por el consumidor a terceros.

En estos supuestos para el TS decretada la nulidad de la cláusula y su expulsión del contrato, habrá de actuarse como si nunca se hubiera incluido en el contrato, debiendo afrontar cada uno de los gastos discutidos la parte a cuyo cargo corresponde, según nuestro ordenamiento jurídico, sin que el efecto restitutorio derivado del [art. 6.1](#) de la Directiva 93/13 sea directamente reconducible al [art. 1303](#) del [Código Civil](#) cuando se trata de la cláusula de gastos, en tanto que no son abonos hechos por el consumidor al banco que éste deba devolver (como intereses o comisiones), sino pagos hechos por el consumidor a terceros (notario, registrador de la propiedad, gestoría, tasador, etc.), en virtud de la imposición contenida en la cláusula abusiva

Sin embargo, para el TS, como el art. 6.1 de la Directiva 93/13 exige el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula, debe imponerse a la entidad prestamista el abono al consumidor de las cantidades, o parte de ellas, que le hubieran correspondido pagar de no haber mediado la

estipulación abusiva, sin que en nuestro Derecho nacional exista una previsión específica que se ajuste a esta obligación de restablecimiento de la situación jurídica y económica del consumidor, ya que el [art. 1303](#) del [Código Civil](#) presupone la existencia de prestaciones recíprocas.

Para solucionar la cuestión controvertida y en base a la [sentencia del TJUE de 31 de mayo de 2018](#), asunto C-483/2016, el TS acude a la figura jurídica del enriquecimiento injusto, en tanto que el banco se habría lucrado indebidamente al ahorrarse unos costes que legalmente le hubiera correspondido asumir y que, mediante la cláusula abusiva, desplazó al consumidor y puesto que la figura del enriquecimiento sin causa, injusto o injustificado tiene como función corregir un desplazamiento o ventaja patrimonial mediante una actuación indirecta: no se elimina o anula la transacción que ha generado el desplazamiento patrimonial, pero se obliga al que ha obtenido la ventaja a entregar una cantidad de dinero al que, correlativamente, se ha empobrecido.

Para el TS también tiene similitudes analógicas con el pago de lo indebido, en los términos de los arts. [1895](#) y [1896](#) del [Código Civil](#), en cuanto que el consumidor habría hecho un pago indebido y la entidad prestamista, aunque no hubiera recibido directamente dicho pago, se habría beneficiado del mismo, puesto que, al haberlo asumido indebidamente el prestatario, se ahorró el pago de todo o parte de lo que le correspondía.

Por ello para respetar las consecuencias a las que obliga la declaración de abusividad, conforme al art. 6.1 de la Directiva 93/13, en cuanto a la compensación o retribución al consumidor por un gasto que asumió en exclusiva y que, total o parcialmente, correspondía al profesional, pero que no recibió éste, sino que se pagó a terceros, en lo que respecta a los intereses que han de devengar las cantidades que debe percibir el consumidor, resulta aplicable analógicamente el [art. 1896](#) del [Código Civil](#), puesto que la calificación de la cláusula como abusiva es equiparable a la mala fe del predisponente. Conforme a dicho precepto, cuando haya de restituirse una cantidad de dinero deberá abonarse el interés legal desde el momento en que se recibió el pago indebido -en este caso, se produjo el beneficio indebido- y conforme a la sentencia del TS número 331/1959, de 20 de mayo, la deuda se incrementa con el interés legal desde la recepción, así como que la regla específica de intereses del [art. 1896](#) del [Código Civil](#) excluye, «por su especialidad e incompatibilidad», la general de los arts. [1101](#) y [1108](#) del [Código Civil](#).

En mi opinión la sentencia del TS que comento de 19 de diciembre de 2018 tiene una especial relevancia, al analizar los efectos del [artículo 6.1](#) de la [Directiva 93/13/CEE](#), conforme a la doctrina jurisprudencial que fijó el TJUE desde su sentencia de 6 de octubre de 2009, asunto C-40/08 (apartado 52), acordando que “dada la naturaleza e importancia del interés público en que se basa la protección que la Directiva 93/13 otorga a los consumidores procede declarar que el artículo 6 de dicha Directiva debe considerarse como una norma equivalente a las disposiciones nacionales que, en el ordenamiento jurídico interno, tienen rango de normas de orden público”, deseando que ese concepto de orden público comunitario y su trascendencia en nuestro ordenamiento jurídico interno, cuando se aplica en materia de consumidores, conforme ha sido delimitado por el TJUE al interpretar el [artículo 6.1](#) de la [Directiva 93/13/CEE](#), forme parte, de forma definitiva, de nuestra cultura jurídica.

[1] Ver sobre el orden público comunitario la monografía del profesor titular de Derecho

Procesal, acreditado a Cátedra, Vicente Perez Daudi, “La protección procesal del consumidor y el orden público comunitario”. Atelier Libros. 1ª Edición, abril 2018.

[2] Sanchez Garcia, J: “El orden público comunitario y su incidencia en el procedimiento civil en materia de consumidores”. Revista de Derecho vLex - Núm. 158, Julio 2017. “Cláusulas suelo: de nuevo sobre la validez de los acuerdos extrajudiciales. Breves comentarios a la [sentencia del TS de 11 de abril de 2018](#)”. Revista de Derecho vLex - Núm. 167, Abril 2018. “: “El orden público comunitario y su incidencia en el procedimiento civil en materia de consumidores”. Blog de Derecho de los Consumidores del CGAE. 28 de mayo de 2018.
<https://www.abogacia.es/2018/05/28/el-orden-publico-comunitario-y-su-incidencia-en-el-procedimiento-civil-en-materia-de-consumidores/?lang=es>.

[3] <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Noticias-Judiciales/El-Tribunal-Supremo-fija-que-el-banco-debe-abonar-los-intereses-al-consumidor-por-las-clausulas-hipotecarias-anuladas-desde-la-fecha-en-la-que-se-realizaron-los-pagos>.