

CLAUSULA SUELO: EFECTOS Y CONSECUENCIAS DE SU ELIMINACION

CARMEN LOPEZ-RENDO RODRIGUEZ
PROFESORA TITULAR DE DERECHO ROMANO
UNIVERSIDAD DE OVIEDO

ABSTRACT: El trabajo estudia los efectos y consecuencias de las llamadas cláusulas suelo, comenzando por el *status quaestionis* en la Doctrina del Tribunal Supremo español iniciada con la STS de 9 de mayo de 2013 y sucesivas sentencias; así como las diferentes cuestiones prejudiciales planteadas por diferentes juzgados y tribunales españoles ante el TSJUE. A continuación se destaca la experiencia que en la materia existió en el Derecho romano, resaltando las limitaciones a los intereses en las diferentes épocas establecidas por la ley de las XII Tablas, las *leges foneraticias* y los emperadores en las épocas postclásicas y justiniana para posteriormente reseñar las consecuencias civiles de acordar/pactar intereses ilegítimos. El estudio finaliza con unas propuestas de soluciones jurídicas sobre los efectos de la eliminación de las cláusulas suelo, al ser declaradas abusivas.

PALABRAS CLAVES: Cláusula Suelo. Cláusulas abusivas. Doctrina del Tribunal Supremo español. Efectos de la nulidad. Limitación de la retroactividad. La usura. *Usurae centesimae*. Evolución histórica de las limitaciones a los tipos de interés en el Derecho romano. *Usurae supra legitimun modum*.

SUMARIO: 1) Introducción. 2) *Status quaestiones*: 2.1. Doctrina del Tribunal Supremo Español. 2.2. Cuestiones prejudiciales planteadas ante el TSJUE. 3) Comentario crítico a la doctrina establecida por el Tribunal Supremo referente a los efectos derivados de la eliminación de la cláusula suelo. 4) Referencias a la experiencia en el Derecho Romano: 4.1. Limitaciones a los intereses. 4.2. Consecuencias civiles de acordar/pactar intereses ilegítimos: 4.2.1. Consecuencias que afectan al derecho de crédito del acreedor. 4.2.2. Consecuencias que afectan al resarcimiento del deudor. 5) Propuestas de soluciones jurídicas sobre los efectos de la eliminación de las cláusulas suelo, al ser declaradas abusivas.

1. INTRODUCCION

He elegido este tema de gran actualidad en el ámbito social, económico y jurídico con la finalidad de intentar clarificar la situación que se está viviendo en España y en los tribunales españoles como consecuencia de la crisis económica y la solución que ha determinado el Tribunal Supremo para resolver el problema de las cláusulas limitativas de interés variable de préstamos con garantía hipotecaria, conocidas en la doctrina y en la práctica diaria con el nombre de cláusulas suelo o cláusula suelo/techo.

Me estoy refiriendo a este tipo de cláusulas que contienen las escrituras de préstamos hipotecarios: “**3. bis. 3. Límites a la variación del tipo de interés.** *En todo caso, aunque el valor del índice de referencia que resulte de aplicación sea inferior al 2'50 %, éste valor, adicionado con los puntos porcentuales expresados anteriormente para cada supuesto, determinará el "tipo de interés vigente" en el "período de interés". Todo ello, sin perjuicio de la aplicación en su caso de la bonificación prevista en el apartado siguiente. El tipo aplicable al devengo de los intereses ordinarios no podrá ser, en ningún caso, superior al 15 % nominal anual*”.

La inclusión de las cláusulas suelo en España, ha sido una práctica habitual desde el comienzo de la burbuja inmobiliaria, que duró desde 1997-1998 hasta el año 2007, en que se produjo el estallido. La mayoría de las hipotecas suscritas a partir de esos años, tenían un interés variable (normalmente Euribor mas un diferencial) y un límite (suelo) a pagar por el deudor, aunque el Euribor mas el porcentaje fijado por el banco fuera menor.

Aun cuando las llamadas “cláusula suelo” sean lícitas, ello no significa que su incorporación en el contrato se pueda haber realizado sin advertir claramente al contratante que su contrato tiene en las cláusulas de su préstamo hipotecario un límite mínimo al interés variable y sin que conste el convencimiento de que el consumidor ha comprendido lo que ello supone, pues en caso contrario la falta de la necesaria “claridad y transparencia” convertirá a la cláusula en abusiva. Por ello el Tribunal Supremo en la **STS (sala civil) 9 de mayo de 2013**, ha dejado claro que: *“Las cláusulas suelo son lícitas siempre que su transparencia permita al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos. Es necesario que esté perfectamente informado del comportamiento previsible del índice de referencia cuando menos a corto plazo, de tal forma que cuando el suelo estipulado lo haga previsible, esté informado de que lo estipulado es un préstamo a interés fijo mínimo, en el que las variaciones del tipo de referencia a la baja probablemente no repercutirán o lo harán de forma imperceptible en su beneficio”*¹.

La litigiosidad se ha incrementado notablemente a raíz de la STS de 9 de Mayo de 2013 dictada por el Pleno, en el recurso 485/2012, al declarar la nulidad de las cláusulas suelo por falta de incorporación transparente en el contrato, considerándola condición general de la contratación, y limitar los efectos de la retroactividad a la fecha de la publicación de dicha sentencia. A raíz de ésta sentencia, las acciones ejercitadas ante los tribunales nacionales, tanto colectivas como individuales, han motivado resoluciones contradictorias de las Audiencias Provinciales y de tribunales de primera instancia, que interpretan los razonamientos del Alto Tribunal de forma dispar, llegándose a plantear más de 9 cuestiones prejudiciales al Tribunal de justicia de la Unión Europea, que se encuentran en estos momentos pendientes de resolución.

En el presente estudio analizaré exclusivamente el elemento temporal derivado de la eliminación de las cláusulas suelo, así como la doctrina jurisprudencial; comenzando por el *status quaestionis* del asunto, tal cual se plantea en estos

¹ STS (Sala civil) 9 de mayo de 2013. Núm.241/2013. Ponente. Excmo. Sr. Don Rafael Gimeno Bayón Cobos. Cendoj Roj. STS 1916/2013. La votación y fallo se produjo el 19 de marzo de 2013. Fundamento jurídico decimoquinto, párrafo 256.

momentos en nuestros tribunales; las cuestiones prejudiciales planteadas, y las posibles soluciones que podrían adoptarse para solventar el problema, tanto en el plano social como jurídico, sin perder de vista los principios generales del derecho, los métodos de interpretación y las soluciones jurídicas adoptadas en el Derecho romano.

2. STATUS QUAESTIONIS

Los Tribunales de justicia españoles se encuentran divididos en la interpretación de las consecuencias de la declaración de ineficacia de las cláusulas suelo, contribuyendo aún más a esta división la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en las STS de 9 de mayo de 2013; 25 de marzo de 2015; 29 de abril de 2015 y en la de 23 de diciembre de 2015, a las que me refiero a continuación.

2.1. DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO

2.1.1. STS (Sala civil) 9 de mayo de 2013.(Pleno). Ponente. Excmo. Sr. Don Rafael Gimeno Bayón Cobos².

La sentencia del Pleno del Tribunal Supremo, pionera en esta materia, de 9 de mayo de 2013, posteriormente aclarada por un auto de 3 de junio de 2013³, fue dictada en el recurso 485/2012, dimanante de un procedimiento iniciado por AUSBANC, en el que se ejercitó una ACCIÓN COLECTIVA DE CESACIÓN DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN-(cláusula suelo en contratos de préstamo con interés variable celebrados con consumidores)-, en defensa de los intereses de los consumidores y usuarios

² STS (Sala civil) 9 de mayo de 2013. Núm.241/2013. Ponente. Excmo. Sr. Don Rafael Gimeno Bayón Cobos. Cendoj Roj. STS 1916/2013. <http://www.poderjudicial.es/search/documento/TS/6703660/Clausulas%20abusivas/20130510>

Los apartados octava a decimotercero del fallo son del siguiente tenor: “Octavo: Condenamos a Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, SA, Cajas Rurales Unidas, S.C.C. y NCG banco S.A.U. a eliminar dichas cláusulas de los contratos en los que se insertan y a cesar en su utilización. Noveno: Declaramos la subsistencia de los contratos de préstamo hipotecario en vigor suscritos por las expresadas Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, SA, Cajas Rurales Unidas, S.C.C. y NCG banco S.A.U. demandadas, concertados con consumidores en los que se hayan utilizado las cláusulas cuya utilización ordenamos cesar y eliminar. Décimo: No ha lugar a la retroactividad de esta sentencia, que no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esta sentencia. Decimoprimer: Acordamos la publicación de los apartados sexto, séptimo y octavo del fallo de esta sentencia en un diario de los de mayor difusión de la provincia de Sevilla, con letra de tamaño 10 o superior, a cargo de las demandadas por terceras e iguales partes en el plazo de 30 días desde su notificación. Decimosegundo: No procede imponer las costas del recurso de casación que estimamos en parte. Decimotercero: No procede imponer las costas de ninguna de las instancias”. Vid. ACHON BRUÑEN, M.J, “Cláusulas abusivas más habituales en las escrituras de hipoteca: análisis de los últimos pronunciamientos de Juzgados y Tribunales”, *Diario La Ley*, nº8127, 16 de julio de 2013, LA LEY 4800/2013. DE TORRES PEREA, J.M., *Nulidad de cláusula suelo por falta de transparencia fundada en una insuficiente información del cliente bancario. En especial sobre la idoneidad de su impugnación mediante el ejercicio de la acción de cesación* en *Revista Jurídica Valenciana* Núm. 2, 2014, pàgs. 23-62.

³ Auto de aclaración de 3 de junio de 2013. http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Noticias_Judiciales/Pleno_de_la_Sala_I_del_Tribunal_Supremo_resuelve_la_peticion_de_aclaracion_sobre_su_sentencia_relativa_a_las_clausulas_suelo_en_hipotecas

contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A, Caja de Ahorros de Galicia y CajaMar, Caja Rural, Sociedad Cooperativa de crédito. Esta sentencia resuelve los recursos planteados por el Ministerio Fiscal y AUSBANC contra la SAP de Sevilla, de 7 octubre 2011, que no había entrado a analizar la abusividad de determinadas cláusulas suelo [de Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., Cajamar Caja Rural, Sociedad Cooperativa de Crédito (hoy Cajas Rurales Unidas, S.C.C.) y Caja de Ahorros de Galicia, Vigo, Orense y Pontevedra (hoy NCG banco S.A.U.)], al estimar la inexistencia de desequilibrio en los contratos unilaterales, revocando la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Sevilla, de 30 septiembre 2010 que había apreciado la abusividad de las cláusulas.

El Tribunal Supremo calificó la cláusula como condición general de la contratación y declaró su nulidad, por su carácter abusivo, a causa de su falta de transparencia, estableciendo en el apartado séptimo del fallo de la sentencia lo siguiente:

Séptimo: Declaramos la nulidad de las cláusulas suelo contenidas en las condiciones generales de los contratos suscritos con consumidores descritas en los apartados 2, 3 y 4 del antecedente de hecho primero de esta sentencia por:

- 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 inexcindible 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 el BBVA.*
- 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.*

El Auto del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2013, Fundamento Jurídico Segundo⁴, aclara que, para apreciar la falta de transparencia, basta con que concurriese de forma clara uno de los supuestos descritos, siempre que ello

⁴ ATS 3 de junio de 2013 (pleno), FJ 2º: “(..) 11 .El apartado séptimo del fallo, identificó seis motivos diferentes -uno de ellos referido a las cláusulas utilizadas por una de las demandadas cuya conjunción determinó que las cláusulas suelo analizadas fuesen consideradas no transparentes. 12. 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”.

no fuese un hecho aislado del resto de circunstancias que hubieren presidido la contratación.

En el apartado octavo, condena a las entidades demandadas a eliminarlas y a cesar en su utilización.

En cuanto a los efectos de la nulidad, la sentencia declara:

1. La subsistencia de los contratos que contienen estas cláusulas, al estimar que la nulidad de las cláusulas suelo no comporta la nulidad de los contratos en los que se insertan, de tal forma que los contratos en vigor seguirán siendo obligatorios para las partes, en los mismos términos sin las cláusulas abusivas. Para ello, se fundamenta en el principio general del derecho: *utile per inutile non vitiatur*⁵, así como en los artículos 9, 10 y 12 de la LCGC, y en la redacción originaria del artículo 10 de la LGDCYU.⁶

⁵ vid: D. 45.1.1.5. *Ulpianus libro 48 ad Sabinum*. En el Derecho romano fue aplicada por la jurisprudencia en determinados supuestos, entre otros, el que refiere Ulpiano en este fragmento, sin que llegara a contemplarse como *regula iuris*. La generalización del principio *utile per inutile non vitiatur*, se produjo en la Edad Media, cuando los juristas generalizaron las frases de Ulpiano del final del fragmento y la regla *utile per inutile non vitiatur* se introdujo en el *Ius Commune* y dominó la discusión sobre la invalidez parcial desde los tiempos de la Glosa hasta la Pandectística. Los glosadores medievales, sobre la base de este texto, construyeron el brocardo "*utile per inutile non vitiatur*", como se ve ya en los *Brocarda*, de Azo, en la *Lectura super Digesto veteri*, de Odofredo y en la *Glossa de Acursio* y, desde luego, en los comentaristas, Bartolo establece la fuente bajo la rúbrica *utile per inutile non vitiatur*. Vid. ZIMMERMAN, R: *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, 1996, p. 76; HERMANN SEILER, H: "*Utile per inutile non vitiatur*" en *Fest. Kaser*, 1976. MARIN PADILLA, M^a L, *El principio general de conservación de los actos y negocios jurídicos utile per inutile non vitiatur*, Barcelona, 1990; DOMINGUEZ TRISTAN, P, *La nulidad parcial en el derecho contractual europeo: Algunas observaciones sobre sus precedentes romanos en RGDR Iustel*, núm 26, Julio 2016.

⁶ STS (sala civil) 9 de mayo de 2013. Núm.241/2013. Ponente. Excmo. Sr. Don Rafael Gimeno Bayón Cobos. Cendoj Roj. STS 1916/2013 2,1. *El principio utile per inutile en general*. 265. *A diferencia de otros, como el italiano y el portugués, que en los artículos 1419.1 y 292 de sus respectivos códigos civiles regulan de forma expresa la nulidad parcial de los contratos, nuestro Ordenamiento positivo carece de norma expresa que, con carácter general, acoja el principio utile per inutile non vitiatur*[lo válido no es viciado por lo inválido]. *No obstante lo cual, la jurisprudencia ha afirmado la vigencia del favor negotii o tutela de las iniciativas negociales de los particulares, en virtud del cual, en primer término, debe tratarse de mantener la eficacia del negocio en su integridad, sin reducirlo, y cuando ello no es posible, podar el negocio de las cláusulas ilícitas y mantener la eficacia del negocio reducido* (SSTS 488/2010 de 16 julio. RC 911/2006; 261/2011, de 20 de abril, RC 2175/2007; 301/2012, de 18 de mayo, RC 1153/2009; 616/2012, de 23 de octubre, RC 762/2009). 2,2. *El principio utile per inutile en condiciones generales*. 266. *Por el contrario, cuando se trata de contratos en los que se han insertado condiciones generales nulas, la legislación especial contempla el fenómeno de la nulidad parcial y limita la declaración de nulidad a las condiciones ilícitas cuando, pese a su supresión, el contrato puede subsistir. A tal efecto, en el caso de acciones ejercitadas por los adherentes, el artículo 9.2 LCGC, dispone que "[l]a sentencia estimatoria, obtenida en un proceso incoado mediante el ejercicio de la acción individual de nulidad o de declaración de no incorporación, decretará la nulidad o no incorporación al contrato de las cláusulas generales afectadas y aclarará la eficacia del contrato de acuerdo con el artículo 10, o declarará la nulidad del propio contrato cuando la nulidad de aquellas o su no incorporación afectara a uno de los elementos esenciales del mismo en los términos del artículo 1261 del Código Civil*". 267. *Si la nulidad se declara a causa de la estimación de acciones de cesación, la norma también*

2. Irretroactividad de la sentencia. Frente a la petición del Ministerio Fiscal de que se precisase el efecto temporal de la sentencia, el Tribunal Supremo declaró la posibilidad de limitar la retroactividad de la declaración de la nulidad, como excepción a la regla general, en el sentido de no afectar a situaciones sentenciadas con fuerza de cosa juzgada, ni a los pagos ya realizados en la fecha de su publicación.

Todo ello con fundamento en: a) los principios generales del derecho, en particular, el principio de seguridad jurídica, b) la buena fe de las entidades prestamistas, y c) riesgos de trastornos graves en la economía nacional⁷.

atribuye al juez la posibilidad de declarar la validez parcial de los contratos afectados por la declaración de nulidad de alguna de las condiciones insertas en ellos, y en el artículo 12.2 LCGC dispone que "[l]a acción de cesación se dirige a obtener una sentencia [...] determinando o aclarando, cuando sea necesario, el contenido del contrato que ha de considerarse válido y eficaz". 2.3. El principio utile per inutile en contratos con consumidores. 268. La LCU, en su redacción original, también admitió que la nulidad de alguna o algunas de las cláusulas no negociadas individualmente no era determinante de la nulidad del contrato, al disponer en el artículo 10.4 que "[s]erán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas, condiciones o estipulaciones que incumplan los anteriores requisitos. No obstante, cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa de las posiciones de las partes en la relación contractual, será ineficaz el contrato mismo". 269. La previsión de la norma nacional concordaba con lo previsto en la Directiva 93/13 cuyo vigésimo primer considerando indica que "[...] los Estados miembros deben adoptar las medidas necesarias para evitar que se estipulen cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores por un profesional y que, si a pesar de ello figuraran tales cláusulas, éstas no obligarían al consumidor y el contrato seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que las cláusulas abusivas no afecten a su existencia "y que en el artículo 6.1 dispone que "[l]os Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor [...] las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas". 2.4. La improcedencia de integrar el contrato con consumidores en caso de nulidad parcial. (...). 2.5. La subsistencia de los contratos 274. Como hemos indicado las cláusulas suelo se refieren al objeto principal del contrato -de ahí que el control de su abuso nada más sea posible cuando haya falta de claridad en los términos indicados-. También hemos indicado que no cabe identificar "objeto principal" con "elemento esencial" y, en contra de lo sostenido por alguna de las recurridas, el tratamiento dado a las cláusulas suelo por las demandadas es determinante de que no forme "parte inescindible de la definición contractual del tipo de interés aplicable al contrato de préstamo y con ello de su objeto y causa". Más aún, las propias imponentes han escindido su tratamiento. 275. Pues bien, partiendo de lo expuesto, la nulidad de las cláusulas suelo no comporta la nulidad de los contratos en los que se insertan, ya que la declaración de nulidad de alguna de sus cláusulas no supone la imposibilidad de su subsistencia".

⁷ Fundamento de derecho decimoséptimo, párrafos 282 a 294, páginas 52 a 55. Vid. PERTIÑEZ VILCHEZ, 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*, nº8154, (5138/2013). ". ACHON BRUÑEN, M.J., "Cláusulas abusivas más habituales en las escrituras de hipoteca: análisis de los últimos pronunciamientos de Juzgados y Tribunales", *Diario La Ley*, nº8127, 16 de julio de 2013, LA LEY 4800/2013, pp.7-8, cuando indica que el TS incurre en un defecto harto reprochable al prohibir el efecto retroactivo de la nulidad declarada. Añade que si bien en el caso de las STS de 13 de marzo de 2012 se optó por declarar la irretroactividad de la nulidad, el supuesto era totalmente distinto al versar sobre unas cláusulas que se supeditaban a la contratación de un servicio de arrendamiento de un instrumento accesorio no solicitado (un descodificador alquilado por una plataforma de televisión digital), que a fin de cuentas se había estado usando por los abonados, por lo que no se condenó a la empresa a devolver las cantidades pagadas por dicho arrendamiento. Un caso no asimilable al de las cláusulas suelo". HERNANDEZ GUARCH, C., "La sentencia del Tribunal Supremo de 9 de

El Tribunal Supremo, en el Fundamento jurídico decimoséptimo, párrafos 282 a 294, analiza la retroactividad de la nulidad en nuestro ordenamiento jurídico, citando el artículo 1.303 CC; la STS 118/2012 de 13 de marzo y el Informe de la Comisión europea de 27 de abril de 2000 (1C 2000) y la STJUE de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb AG, C-92/11, apartado 58⁸.

No obstante la regla general de eficacia retroactiva de las declaraciones de nulidad, el TS estima que sus efectos pueden limitarse, si aplicamos: 1º) los principios generales del derecho, en concreto la seguridad jurídica (art. 9 CE) y 2º) la jurisprudencia del TSJUE, manifestada en la sentencia de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb, apartado 59⁹, que con carácter excepcional condiciona la limitación de la eficacia a la concurrencia acumulativa de dos criterios esenciales, a saber, la buena fe de los círculos interesados y el riesgo de trastornos graves.

1. Principios generales de derecho. Principio de seguridad jurídica (ART.9 CE) y en apoyo de su afirmación menciona: a) el artículo 106 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. b) Los artículos 114.2 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Régimen jurídico de Patentes de Invención y Modelos de Utilidad; 54.2 de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas y 68 de la Ley 20/2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial sobre la conservación de los efectos consumados. c) Limitación por el TC de los efectos retroactivos de la declaración de inconstitucionalidad en las SSTC 179/1994 de 16 junio, 281/1995 de 23

mayo de 2013. La sorpresiva declaración de irretroactividad de las cantidades abonadas”, REVISTA CESCO DE DERECHO COMPARADO, nº6, 2013; DE TORRES PEREA, J.M., “Nulidad de cláusula suelo por falta de transparencia fundada en una insuficiente información del cliente bancario. En especial sobre la idoneidad de su impugnación mediante el ejercicio de la acción de cesación” en *Revista Jurídica Valenciana* Núm. 2, 2014, pp.32 y ss.

⁸ STJUE de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb AG, C-92/11, apartado 58 “[...] según reiterada jurisprudencia, la interpretación que, en el ejercicio de la competencia que le confiere el artículo 267 TFUE, hace el Tribunal de Justicia de una norma de Derecho de la Unión aclara y precisa el significado y el alcance de dicha norma, tal como debe o habría debido ser entendida y aplicada desde el momento de su entrada en vigor. De ello resulta que la norma así interpretada puede y debe ser aplicada por el juez a relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de la sentencia que resuelva sobre la petición de interpretación, si además se reúnen los requisitos que permiten someter a los órganos jurisdiccionales competentes un litigio relativo a la aplicación de dicha norma, (véanse, en particular, las sentencias de 2 de febrero de 1988, *Blaizot y otros*, 24/86, *Rec. p. 379*, apartado 27; de 10 de enero de 2006, *SkovyBilka*, C-402/03, *Rec. p. I-199*, apartado 50; de 18 de enero de 2007, *Brzeziński*, C-313/05, *Rec. p. I-513*, apartado 55, y de 7 de julio de 2011, *Nisipeanu*, C-263/10, apartado 32)”. Vid MENDOZA SOLANA, A.I. “Control de condiciones generales de contratación en sectores regulados. En particular, la cláusula que permite la modificación unilateral de los precios”. *Universidad Castilla La Mancha*, 2013

⁹ STJUE de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb AG, C-92/11, vid. apartados 59 y ss. En el apartado 59 dispone: “[...] puede el Tribunal de Justicia, aplicando el principio general de seguridad jurídica inherente al ordenamiento jurídico de la Unión, verse inducido a limitar la posibilidad de que los interesados invoquen una disposición por él interpretada con el fin de cuestionar relaciones jurídicas establecidas de buena fe. Para poder decidir dicha limitación, es necesario que concurren dos criterios esenciales, a saber, la buena fe de los círculos interesados y el riesgo de trastornos graves (véanse, en particular, las sentencias *Skov y Bilka*, antes citada, apartado 51; *Brzeziński*, antes citada, apartado 56; de 3 de junio de 2010, *Kalinchev*, C-2/09, *Rec. p. I-4939*, apartado 50, y de 19 de julio de 2012, *Rçdlihs*, C-263/11, *Rec. p. I-0000*, apartado 59).

octubre, 185/1995, de 14 diciembre, 22/1996 de 12 febrero y 38/2011 de 28 marzo. d) Justificación de la enmienda 2 al Proyecto de Ley de Contratos de Crédito al Consumo, presentada por el Grupo Parlamentario Izquierda Republicana-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds, y por la presentada por el Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés para la adición de una Disposición transitoria nueva con el objetivo de aplicar límites a la variación a la baja del tipo de interés pactado en contratos de préstamo o crédito de garantía hipotecaria, en los que el bien hipotecado sea la vivienda familiar que tengan saldo pendiente de amortización a la entrada en vigor de la Ley, al proponer la ineficacia retroactiva y que *"[l]a eliminación, en su caso, de la cláusula abusiva surtirá efectos económicos en la cuota del mes siguiente al de la entrada en vigor de la presente Ley"*. e) STS 118/2012, de 13 marzo, RC 675/2009, f) STJUE de 21 de marzo DE 2013, RWE Vertrieb, ya citada, apartado 59,

2. Criterios esenciales de la Jurisprudencia del TSJUE para limitar la retroactividad. Además del fundamento basado en el principio de seguridad jurídica, el TS valora la concurrencia de los dos criterios considerados "esenciales" y acumulativos para excepcionar la retroactividad de la interpretación del Derecho comunitario y también del Derecho nacional: A) la buena fe de los círculos interesados, y B) el riesgo de trastornos graves.

A) Respecto de la buena fe de "los círculos interesados", la STS usa la terminología empleada en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) de 21 de marzo de 2013, dictada en el caso RWE Vertrieb AG, C-92/11, en la que se tuvo en cuenta que:

"a) Las cláusulas suelo, en contra de lo pretendido por la demandante, son lícitas.

b) Su inclusión en los contratos a interés variable responde a razones objetivas -el IBE (informe del Banco de España) indica como causas de su utilización el coste del dinero, que está constituido mayoritariamente por recursos minoristas (depósitos a la vista y a plazo), con elevada inelasticidad a la baja a partir de determinado nivel del precio del dinero, y los gastos de estructura necesarios para producir y administrar los préstamos, que son independientes del precio del dinero-.

c) No se trata de cláusulas inusuales o extravagantes. El IBE indica en el apartado 2 referido a la cobertura de riesgo de tipos de intereses que en España "[...] casi el 97% de los préstamos concedidos, con la vivienda como garantía hipotecaria, están formalizados a tipo de interés variable".

d) Su utilización ha sido tolerada largo tiempo por el mercado -su peso, afirma el IBE, ya en los años anteriores a 2004, alcanzaba casi al 30% de la cartera-.

e) La condena a cesar en el uso de las cláusulas y a eliminarlas por abusivas, no se basa en la ilicitud intrínseca de sus efectos -en cuyo caso procedería la nulidad de las cláusulas suelo sin más-, sino en la falta de transparencia.

f) La falta de transparencia no deriva de su oscuridad interna, sino de la insuficiencia de la información, en los términos indicados en el apartado 225 de esta sentencia.

g) No consta que las entidades crediticias no hayan observado las exigencias reglamentarias de información impuestas por la OM de 5 de mayo de 1994.

h) La finalidad de la fijación del tope mínimo, responde, según consta en el IBE, a mantener un rendimiento mínimo de esos activos (de los préstamos hipotecarios) que permita a las entidades resarcirse de los costes de producción y mantenimiento de estas financiaciones.

i) Igualmente, según el expresado informe, las cláusulas se calculaban para que no implicasen cambios significativos en las cuotas iniciales a pagar, tenidas en cuenta por los prestatarios en el momento de decidir sus comportamientos económicos.

j) La Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios, permite la sustitución del acreedor.

B) El TS estima, como hecho 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.

Este pronunciamiento sobre el alcance temporal de la eliminación de la cláusula suelo, declarando la irretroactividad de la sentencia, ha producido un gran desconcierto, no solo social sino también jurídico, generando inseguridad.

En los tribunales de justicia, aparecieron tres criterios diversos:

a) Los que se acogían a los efectos “*ex nunc*”, acordando la restitución desde la fecha de la sentencia que anulaba la cláusula suelo, interpretando de esta forma la STS 9 de mayo de 2013¹⁰.

b) Los que declaraban el efecto “*ex tunc*”, acordando las devoluciones desde el momento de la celebración del contrato, aplicando la LCGC, pues consideraban que la STS 9 de mayo de 2013 resolvía una acción colectiva, y, por consiguiente, su doctrina no se aplicaba en los supuestos de ejercicio de

¹⁰ Entre otras, SAP Córdoba, secc. 3ª, 18 junio 2013, rec. 162/2013, SAP Tarragona, Secc. 1ª, 18 noviembre 2013, rec. 736/2012, SAP Pontevedra, Secc. 1ª, 9 abril 2014, rec. 93/2014 y 17 noviembre 2014, rec. 500/2014, SAP Granada, Secc. 3ª, 23 mayo 2014, rec. 204/2014, SAP Ourense, Secc. 1ª, 22 mayo 2014, rec. 278/2013, y 22 septiembre 2014, rec. 494/2013, SAP León, Secc. 1ª, 5 junio 2014, rec. 69/2014, SAP Palencia, Secc. 1ª, 12 junio 2014, rec. 118/2014, SAP Almería, Secc. 1ª, 30 junio 2014, rec. 249/2013, SAP Bizkaia, Secc. 4ª, 24 julio 2014, rec. 135/2014, SAP Badajoz, Secc. 3ª, 12 septiembre 2014, rec. 243/2014, SAP Palencia, Secc. 1ª, 20 octubre 2014, rec. 136/2014, SAP A Coruña, Secc. 4ª, 22 octubre 2014, rec. 376/2014, SAP Cádiz, Secc. 5ª, 20 noviembre 2014, rec. 634/2014, y SAP Ávila, Secc. 1ª, 26 enero 2015 rec. 5/2015.

una acción individual. En estos casos de ejercicio de acción individual, el efecto de la eliminación de la cláusula suelo sería *ex tunc*.¹¹

c) Criterio intermedio acordando la devolución de los importes pagados desde la STS 9 mayo 2013, rec. 485/2012, ya que desde ese momento era conocida por todos la posición del Tribunal Supremo sobre esta materia¹².

La doctrina, entre otros, HERNANDEZ GUARCH¹³ recibió la limitación de la retroactividad con estupor y desconcierto. DE TORRES PEREA¹⁴, calificó de pintoresco el criterio.

2.1.2 STS (Sala civil) de 8 de septiembre de 2014. (Pleno)¹⁵, núm. 464. Ponente: Excmo. Sr. Javier Orduña Moreno. Esta sentencia confirma el criterio de la doctrina sentada en la STS de 9 de mayo de 2013 referente a los siguientes extremos:

¹¹ SAP Álava, Secc. 1ª, de 9 de julio 2013, rec. 283/2013, SAP Alicante, Secc. 8ª, de 12 de julio 2013, rec. 84/2013, SAP Cuenca, Secc. 1ª de 30 julio 2013, rec. 9/2013, SAP Murcia, Secc. 4ª de 12 de septiembre 2013, rec. 708/2012, SAP Barcelona, Secc. 15ª, 16 diciembre 2013, rec. 719/2012, SAP Málaga, Secc. 6ª, 14 marzo 2014, rec. 786/2012, SAP Albacete, Secc. 1ª, 17 marzo 2014, rec. 1/2014, SAP Jaén, Secc. 1ª, 27 marzo 2014, rec. 201/2014, SAP Huelva, Secc. 3ª, 21 marzo 2014, rec. 151/2013, SAP Asturias, Secc. 4ª, 8 mayo 2014, rec. 139/2014 y Secc. 5ª, 1 julio 2014, rec. 187/2014, SAP Valencia, Secc. 9ª, 9 junio 2014, rec. 222/2014, y 2 octubre 2014, rec. 370/2014, SAP Gipuzkoa, Secc. 2ª, 30 julio 2014, rec. 2058/14 y 28 octubre 2014, rec. 2217/2014, SAP Albacete, Secc. 1ª, 23 septiembre 2014, rec. 256/13, SAP Lleida, Secc. 2ª, 24 septiembre 2014, rec. 670/13, SAP Ciudad Real, Secc. 1ª, 13 Octubre 2014, SAP Zamora, Secc. 1ª, 22 octubre 2014, rec. 70/2014, SAP Las Palmas, Secc. 4ª, 26 noviembre 2014, rec. 211/2014, y los Autos AP Barcelona, Secc. 14ª, 9 mayo 2014, rec. 821/2013, y Secc. 17ª, 1 octubre 2014, rec. 272/2014, AAP Pontevedra, Secc. 6ª, 9 mayo 2014, rec. 159/2013 y AAP Tarragona, Secc. 3ª, 13 junio 2014, rec. 435/2012.

¹² SAP Zaragoza, Secc. 4ª, 7 julio 2014, rec. 147/2014, SAP León, Secc. 1ª, 19 septiembre 2014, rec. 245/2014, SAP Palma Mallorca, Secc. 5ª, 22 diciembre 2014, rec. 476/2014, y SAP Lugo, Secc. 1ª, 4 febrero 2015, rec. 625/2014.

¹³ HERNANDEZ GUARCH, C., “La sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013. La sorpresiva declaración de irretroactividad de las cantidades abonadas”, *Revista CESCO de Derecho comparado*, nº6, 2013

¹⁴ DE TORRES PEREA, J.M., “Nulidad de cláusula suelo por falta de transparencia fundada en una insuficiente información del cliente bancario. En especial sobre la idoneidad de su impugnación mediante el ejercicio de la acción de cesación” en *Revista Jurídica Valenciana* Núm. 2, 2014, pp.32 y ss. : “ *La decisión de nuestro Alto Tribunal no deja de ser pintoresca pues si bien declara la nulidad de dichas cláusulas impugnadas, sin embargo establece que el efecto de dicha nulidad no es ex tunc, sino ex nunc. Dicha posibilidad, la de decretar una nulidad ex nunc ha sido muy criticada por la doctrina que la ha recibido con “estupor y desconcierto”, por implicar la frase “de tal forma que la nulidad de las cláusulas no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada, ni a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de la sentencia” una insólita interpretación del art. 1303 Cc. Se afirma que el TS ha sacrificado la regla general de la retroactividad de las declaraciones de nulidad, en pro de la seguridad jurídica (art. 9.3 CE), sacrificando por tanto el efecto principal de la nulidad en detrimento del consumidor y en pro de unas entidades financieras que no habrían obrado de manera deontológicamente correcta al intentar disimular el verdadero contenido y significado de la cláusula suelo pactada. Puede afirmarse que por medio de esta sentencia se crea un nuevo tipo de ineficacia en el ámbito contractual, la ineficacia absoluta ex nunc.*”

¹⁵ STS (Sala civil) de 8 de septiembre de 2014, núm 464/2014. Ponente: Excmo. Sr. Francisco Javier Orduña Moreno. Roj: STS 3903/2014. Id Cendoj: 28079119912014100017. <http://www.poderjudicial.es/search/documento/TS/7195886/Clausulas%20abusivas/20141024>.

Se trata de una sentencia del Pleno del Tribunal Supremo, que cuenta con el voto particular emitido por el Magistrado Excmo. Sr. Sancho Gargallo.

2.1.1. Consideración de la “Cláusula suelo” como condición general de la contratación, remitiéndose a los párrafos 131 a 165 de la STS de 9 de mayo de 2013.

2.1.2. Caracterización y alcance del control de transparencia. Doctrina jurisprudencial aplicable, que no es otra que la sentada por la STS de 9 de mayo de 2013.

2.1.3. Aplicación de la doctrina jurisprudencial aplicable al caso concreto: a) Valoración del cumplimiento por el predisponente (Banco) del deber especial de comprensibilidad real de cláusula suelo en la oferta comercial, y en la reglamentación contractual predispuesta. b) Inobservancia por el predisponente de la inclusión de criterios precisos y comprensibles, para que los prestatarios pudieran evaluar directamente el alcance jurídico de la cláusula suelo en la oferta comercial. c) El alcance de cláusula suelo no formó parte de negociaciones y tratos preliminares, ni resultó destacado, ni diferenciado, ni específicamente, en el marco de la operación comercial realizada, ni en las escrituras de préstamo hipotecario, en donde su referencia se realiza dentro de una cláusula amplia y extensa, rubricada en atención a la regulación del “interés variable” del préstamo. d) El deber de transparencia de la entidad bancaria no se suple con la lectura por el notario de la escritura pública, ni por el contraste entre escritura pública de préstamo hipotecario y la oferta comercial. E) La insuficiencia de acreditación del control de transparencia con el documento que recoge la oferta vinculante.

Esta sentencia declara haber lugar al recurso de casación contra la sentencia dictada, por la Audiencia Provincial de Segovia, Sección 1ª, con fecha 28 de diciembre de 2012, en el rollo de apelación nº 359/2012, que casa y revoca, y, en su lugar, confirma íntegramente la sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 y Mercantil de Segovia, de 21 de septiembre de 2012, dimanante del juicio ordinario nº 55/2012 en la que se declaró la nulidad de la **cláusula**, que establece un límite mínimo del tipo de interés variable pactado, contenida en los contratos de préstamo suscritos por las partes, reflejados en el hecho tercero de esta resolución, y condenó a la demandada a eliminar dicha **cláusula** de los mencionados contratos.

No entra a examinar la incidencia de la declaración de abusividad, a raíz de la ineficacia de la cláusula abusiva, al haberse aquietado la parte demandante al pronunciamiento de la sentencia de primera instancia. Por consiguiente, no resuelve el problema de inseguridad jurídica creada en los tribunales tras la decisión adoptada por el Pleno del TS en la sentencia de 9 de mayo de 2013, referente a los efectos de la eliminación de las cláusulas suelo.

2.1.3. **STS (Sala Civil) de 25 de marzo de 2015. (Pleno)¹⁶, núm. 139.** Ponente: Excmo. Sr. Eduardo Baena Ruiz. Resuelve un recurso de casación en un procedimiento en el que una consumidora ejercitaba frente a la entidad bancaria BBVA SA una acción individual declarativa de nulidad de condiciones generales de la contratación, -una cláusula suelo de la misma clase de la

¹⁶ STS (Sala Civil) de 25 de marzo de 2015, núm. 139. Ponente: Excmo. Sr. Eduardo Baena Ruiz. Id Cendoj: 28079119912015100015. Vid. REDONDO TRIGO, F., “Acerca de la limitación de la retroactividad de la “cláusula suelo” en la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2015 en base al régimen general restitutorio de la nulidad y al Orden Publico” en *RCDI* nº750, pp.2385-2404-

declarada nula en la STS 241/2013, de 9 de mayo de 2013-, y accesoriamente una acción de devolución de cantidad, solicitando la condena, al BBVA, a la devolución al prestatario de la cantidad del "importe cobrado hasta la fecha de la demanda", en virtud de la aplicación de la referida **cláusula**, así como de todas aquellas cantidades que se vayan pagando por éste en virtud de la aplicación de la referida **cláusula**, con sus intereses legales devengados desde la fecha de cada cobro, y hasta la resolución definitiva del pleito.

El interés de esta sentencia viene determinado por dos cuestiones, en las que sienta doctrina:

1. **STS 9 de mayo de 2013**, al ser fruto del ejercicio de una acción colectiva en el que se declara la nulidad de las cláusulas suelo contenidas en las escrituras de préstamo hipotecario de Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., Cajamar Caja Rural, Sociedad Cooperativa de Crédito (hoy Cajas Rurales Unidas, S.C.C.) y Caja de Ahorros de Galicia, Vigo, Orense y Pontevedra (hoy NCG banco S.A.U.) produce **el efecto de cosa juzgada en un posterior proceso en el que un consumidor ejercita una acción individual referida a la misma o idéntica condición general de la contratación**¹⁷.

Los magistrados Excmo. Sr. Don Javier Orduña Moreno y Excmo. Sr. Don Xavier O´C´allaghan Muñoz, aún estando conformes con la desestimación del motivo único en que se articula el recurso extraordinario por infracción procesal, completan en su voto particular¹⁸ la fundamentación de la no aplicación de la

¹⁷ STS (Sala Civil) de 25 de marzo de 2015, núm. 139. Ponente: Excmo. Sr. Eduardo Baena Ruiz. Id Cendoj: 28079119912015100015, FJ 4: "(...) **4.** La sentencia citada de Pleno afirma con rotundidad en su parágrafo 300 que se ciñe "[...] a quienes oferten en sus contratos **cláusulas** idénticas a las declaradas nulas[...]". razonando que pese a que la demandante interesó la declaración de nulidad indiscriminada de las cláusulas **suelo** de los préstamos a interés variable celebrados con consumidores, no interesó su eficacia ultra partes, lo que, unido al casuismo que impregna el juicio de valor sobre el carácter abusivo de las **cláusulas** cuando afecta a la suficiencia de la información, es por lo que la Sala se ve obligada a ceñirse a las antes mencionadas. Ello naturalmente no empece a que al enjuiciarse **cláusulas** de esta naturaleza no idénticas, y así se vienen pronunciando con profusión los Tribunales, se analicen aplicando la doctrina de la Sala, para decidir si incurrir o no en abusividad. **5.** Continuando con el anterior discurso lógico se ha de convenir que la cláusula **suelo** del préstamo a interés variable cuya nulidad interesan los actores de esta litis es idéntica a las que fueron objeto de la acción de cesación y en el marco de un contrato celebrado precisamente con una de las entidades demandadas, a saber, BBVA.(...)"

¹⁸ Voto particular a la STS núm 139/2015 de 25 de marzo 2015 que formula el Excmo. Sr. Don Francisco Javier Orduña Moreno y al que se adhiere el Excmo. Sr. Magistrado Don Xavier O´C´allaghan Muñoz.: "(...) No es posible olvidar que lo que la entidad recurrente ejercitó y que dió lugar a la conocida sentencia del Pleno de esta Sala, era una acción de cesación, es decir, que el Tribunal Supremo condenara a las entidades de crédito a cesar en la aplicación de las cláusulas suelo y abstenerse de utilizarlas en el futuro, en ningún caso se solicitaba un pronunciamiento en relación a la restitución de las cantidades indebidamente cobradas, que hubiera requerido la acumulación de esta acción a la acción de cesación. Esta primera aproximación permite, en primer lugar, matizar en cuanto a su alcance y sin perjuicio de lo que se desarrolle en casación, el pronunciamiento de esta Sala en relación a la mal llamada irretroactividad de la cláusula declara nula: tal petición fue introducida por el Ministerio Fiscal sin que integrara inicialmente el objeto del proceso y su adopción obedeció a razones económicas que así lo aconsejaban en el marco del enjuiciamiento abstracto propio de la acción de cesación lo que, por supuesto, en ningún caso implica que se haya declarado la irretroactividad de la nulidad de las cláusulas suelo en general. Es decir, no podemos olvidar

cosa juzgada a la pretensión que integra la presente Litis: las claras diferencias entre la acción individual y la acción colectiva de cesación que dió lugar a la sentencia de 9 de mayo de 2013.

2. Retroactividad de efectos de la eliminación de la cláusula suelo limitada al 9 de mayo de 2013, siempre que adoleciesen de insuficiencia de información que motiva la falta de transparencia y fueran declaradas abusivas por *“ese concreto motivo y no por otro ajeno a ese debate”*.

El Tribunal Supremo motiva esta retroactividad limitada en el FJ 10 en los siguientes términos:

*“(…)a partir de la fecha de publicación de la sentencia del pleno del 9 mayo 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 el parágrafo 225 de la sentencia. Si adoleciesen de tal insuficiencia y fuesen declaradas abusivas por ese concreto motivo, que no por otro ajeno a este debate, las sentencias tendrán efecto retroactivo desde la fecha de publicación de la sentencia de 9 mayo 2013, reiteradamente citada y sobre cuya clarificación nos pronunciamos a efectos de la debida seguridad jurídica; fecha que fue la fijada en ella en orden a la irretroactividad declarada”*

En este extremo la sentencia cuenta con el voto particular del magistrado Excmo. Sr. Don Francisco Javier Orduña Moreno, al que se adhiere el Excmo. Sr. Magistrado Don Xavier O'Callaghan Muñoz, *“quienes consideraron que debió haberse desestimado el recurso de casación del BBVA, con la*

que la STS de 9 de mayo de 2013 da respuesta a una acción ejercitada por unas partes procesales, en concreto, una asociación de consumidores de productos bancarios, AUSBANC, como demandante, y unas concretas entidades bancarias como demandadas, por tanto, si al final del pronunciamiento el Tribunal se pronuncia sobre la mal llamada irretroactividad, ese pronunciamiento lo debemos entender realizado sólo y exclusivamente para su sentencia pues en ese marco donde se ha pronunciado. Lo cual, y esta es la verdadera razón desestimatoria del recurso extraordinario y que impide apreciar el efecto de cosa juzgada en la extensión pretendida por el recurrente, lleva aparejado que posteriormente los particulares entablarán el juicio correspondiente que decidirá lo pertinente en cada caso atendiendo a las circunstancias concretas. En consecuencia será necesario, en el marco de una acción individual, examinar si en cada caso concurren o no las circunstancias que integran el juicio de transparencia y posteriormente determinar el régimen de ineficacia de la declaración, en su caso, de nulidad y que se traduce en el efecto devolutivo de las cantidades percibidas por la aplicación concreta de la cláusula. En segundo lugar, hay que señalar que esta aproximación que nos ofrece el presente caso, en orden a la inexistencia de la cosa juzgada, también nos permite constatar la observación que se hace, de un modo preliminar, en el fundamento anterior de este voto particular, esto es, la improcedencia e insuficiencia de asumir "en bloque" la fundamentación técnica de la sentencia de 9 de mayo de 2013 en un supuesto, el del ejercicio individual de la acción de impugnación por el consumidor adherente, en donde se "quiebra", y así se reconoce, el presupuesto de identidad de la cosa juzgada. Quiebra que, por lo demás, no sólo se produce ante la ausencia en aquel caso de la preceptiva acumulación de pretensiones de condena, sino también por la falta de los otros elementos que determinan la identidad, principalmente la distinta naturaleza y función de la acción ejercitada (...)”.

consiguiente confirmación tanto de la declaración de abusividad por falta de transparencia real de las cláusulas objeto de examen, como del pleno efecto devolutivo de las cantidades pagadas desde la perfección o celebración del contrato, dado que la nulidad de pleno derecho de la cláusula en cuestión determinó la carencia de título alguno que justifique la retención de las mismas y su atribución al predisponente”.

A esta conclusión llegan tras analizar:

- 1) La diferenciación de la naturaleza y alcance de la ineficacia derivada de la cláusula abusiva respecto del fenómeno de la retroactividad que refiere a la vigencia de las normas en el tiempo¹⁹.
- 2) Razón del efecto restitutorio, y de su alcance “*ex tunc*” en el ejercicio de acciones individuales de impugnación²⁰.

¹⁹ Voto particular STS 25 marzo de 2015 del Excmo. Sr. Javier Orduña Moreno, al que se adhiere el Excmo. Sr. Xavier O’Callaghan Muñoz: FJ 4º: (...) *En este sentido, el fenómeno de la retroactividad viene referido a la vigencia de las normas en el tiempo y acontece cuando la nueva ley se aplica a los actos jurídicos realizados bajo la vigencia de la ley antigua y a las situaciones jurídicas producidas bajo la vigencia de la misma, de forma que a través de normas de transición (Derecho transitorio) la nueva ley incorpora las disposiciones que han de regir las relaciones jurídicas afectadas por el cambio legislativo. Sin embargo, en el ámbito de la ineficacia derivada de la **cláusula** abusiva nada de esto acontece, pues la normativa aplicable no establece ninguna suerte de efecto retroactivo al respecto. En efecto, la LCGC expresamente prevé que sólo desde el su entrada en vigor podrán ejercitarse las acciones de cesación, de retractación y declarativas reguladas en la misma (Disposición transitoria única), mientras que la LGDCU, Texto refundido de 2007, no contempla referencia alguna a esta materia en sus tres disposiciones transitorias. La conclusión, por tanto, no puede ser otra que la exclusión del fenómeno retroactivo en orden a la fundamentación técnica de la naturaleza y alcance de la ineficacia derivada de la **cláusula** abusiva que, como se ha anticipado, debe ser objeto de una valoración propia y específica conforme a las directrices señaladas.(...) En síntesis, la consecuencia de esta indebida asimilación de los planos señalados, que excede del campo de aplicación, tanto procesal como sustantivo, de la acción de cesación que fue objeto de la sentencia de 9 mayo, hizo posible que dicha sentencia se pronunciara con un fundamento de retroactividad, respecto de los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de la misma y, por tanto, con relación a consumidores que no había sido parte del proceso, (pronunciamiento 10º del fallo) sin cobertura legal para ello. Cuando lo procedente hubiese sido pronunciarse, respecto a la petición del Misterio Fiscal, precisándose que el efecto temporal de la sentencia carece de efectos retroactivos, cuestión que no es obstáculo para no estimar el efecto devolutivo de las cantidades ya pagadas, en los contratos que pudieron resultar afectados por la nulidad declarada de la **cláusula suelo**, tanto en base a la naturaleza de la acción de cesación ejercitada y con los argumentos que directamente sobre esta cuestión se esgrimieron, como en que no hubo acumulación de acciones individuales o accesorias al respecto. Sin embargo, las consecuencias de esta indebida asimilación conceptual se han agravado con la presente sentencia, pues al no revisar la fundamentación jurídica de la sentencia de 9 mayo en esta materia su pronunciamiento, igualmente carente de fundamento normativo de eficacia retroactiva, se ha realizado en atención a acciones individuales de impugnación con la consecuente y lógica pretensión del efecto de devolutivo de las cantidades ya pagadas”.*

3) Principio de buena fe: su concreción y engarce contractual como fundamento de los especiales deberes de configuración contractual que incumben al predisponente²¹.

²⁰ Voto particular STS 25 marzo de 2015 del Excmo. Sr. Javier Orduña Moreno, al que se adhiere el Excmo. Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz: FJ 5. "(...). Este sentido, y no otro, es el que cabe extraer del viejo brocardo "quod nullum est nullum effectum producere debet" y de la fórmula abierta que dispensa el artículo 1303 del Código Civil (ambos citados por la sentencia de 9 de mayo, párrafo 283), pues la referencia a la inexistencia de efectos ("nullum effectum") no se realiza desde el plano material o fáctico sino desde el plano de la causalidad jurídica, porque la reacción del ordenamiento jurídico ante los supuestos de ineficacia contractual no es siempre igual, ni uniforme, sino ajustada al fenómeno jurídico tomado en consideración. En nuestro caso, esta causalidad jurídica o fundamentación técnica respecto de la restitución de las cantidades entregadas como consecuencia de la nulidad contractual de la cláusula abusiva, con mayor precisión del "efecto devolutivo" de las mismas, dado que el contrato no resulta resuelto, se realiza, como ya se ha destacado en las directrices de interpretación, en atención a las claves valorativas que definen la naturaleza del fenómeno en el que incide la ineficacia y la función de los instrumentos que la articulan. Claves, por lo demás, que ya han sido suficientemente desarrolladas por la doctrina jurisprudencial de esta Sala y por la jurisprudencia del TJUE y cuya aplicación al presente caso debería haber llevado a la plena estimación del efecto devolutivo de las cantidades ya pagadas desde la perfección del contrato celebrado. (...) Pues bien, dado que la ineficacia resultante no tiene un fundamento de retroactividad normativa ni, por extensión, la sentencia que la declara, los criterios o pautas que sirven para determinar el alcance del efecto restitutorio o devolutivo deben extraerse, necesariamente, de este contexto valorativo que informa el régimen de eficacia y control de las condiciones generales de la contratación. Y aquí, en el caso del ejercicio de las acciones individuales, los criterios que resultan aplicables no dan otra alternativa posible que no sea la determinación del efecto devolutivo de las cantidades ya pagadas con carácter "ex tunc", esto es, desde el momento de la perfección del contrato predispuerto. Esta conclusión se alcanza por la naturaleza y función de los elementos que determinan el régimen de eficacia y de control de la contratación seriada, es decir, por la naturaleza y función del propio fenómeno de las condiciones generales, del control de abusividad y de la acción ejercitada; todo ello, conforme a la función tuitiva que los preside. Así, por ejemplo, el primer elemento o criterio indicado, el fenómeno de la contratación bajo condiciones generales, nos informa, con carácter general, de la caracterización del régimen de ineficacia que resulta aplicable. En este sentido, acorde con la naturaleza y función de este fenómeno jurídico, la forma o el modelo de ineficacia responde a los parámetros de una ineficacia funcional, relativa, parcial e insanable.(...) Por su parte, la naturaleza y función del control de abusividad y de la acción ejercitada, de acuerdo a la anterior caracterización general, nos concretan ya el alcance del mecanismo restitutorio que opera como una consecuencia directa de la situación de ineficacia de la cláusula declarada abusiva. En ese sentido, el control de abusividad, como control de eficacia de la reglamentación predispuerta se formula, necesariamente, desde una perspectiva declarativa del carácter abusivo de la cláusula, esto es, de la lesión o perjuicio que se infiere al consumidor en la reglamentación predispuerta y, por tanto, con remisión a la propia celebración del contrato que funcionalmente los causaliza. De ahí su correspondencia con el examen de legalidad o idoneidad que también, necesariamente, como se ha señalado, toma como referencia temporal el momento de la celebración del contrato para valorar el posible desequilibrio prestacional o la falta de la debida transparencia real. La inidoneidad de la reglamentación predispuerta, por tanto, es valorada y declarada en atención al marco temporal de la celebración o perfección del contrato, momento "esencial" en donde el predisponentes tenía que haber cumplido ya sus especiales deberes de configuración comercial para que su reglamentación predispuerta no lesionara los derechos del consumidor adherente. En esta misma dirección, se desenvuelve la naturaleza y función de la acción individual de impugnación que se ejercita(...).

²¹ Voto particular STS 25 marzo de 2015 del Excmo. Sr. Javier Orduña Moreno, al que se adhiere el Excmo. Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz: FJ 6º "(...) la única aportación específica que la presente sentencia dedica a la cuestión aquí debatida es la imposible alegación de buena fe, "por los círculos interesados", a partir de la fecha de publicación de la citada sentencia (fundamento de derecho décimo). La expresión, que parece tomada de la STJUE de 21 marzo 2013 , RWE Vertrieb, (también citada en la STS del 9 mayo y que contempla un supuesto no

4) La improcedencia del efecto retroactivo de la sentencia, respecto de la prohibición de moderar o integrar la eficacia de la **cláusula** declarada abusiva²².

*asimilable al aquí tratado, como ya se ha señalado), merece ser objeto de comentario por su evidente ambigüedad, pues como sabemos las alegaciones al principio de buena fe, bien como delimitación del ejercicio de los derechos y deberes subjetivos (7.1 del Código Civil), o bien, como criterio de integración contractual (1258 del Código Civil) deben de ser objeto de concreción al caso en donde resulten de aplicación. Así, en primer lugar, debe señalarse que precisamente esta Sala, en su sentencia de 8 septiembre 2014, ya ha realizado esta concreción del principio de buena fe en la contratación seriada, particularmente respecto del control de transparencia(...). Y el resultado de la misma no ha sido otro, por otra parte absolutamente lógico con relación a la naturaleza y función del fenómeno analizado, que proyectar su plena incidencia en el plano de los especiales deberes de configuración contractual que asume el predisponente en orden a la transparencia real de la reglamentación predispuesta, en el curso de la oferta y perfección del contrato celebrado. Deberes especiales de configuración contractual que, con fundamento en el principio de buena fe contractual así señalado, no pueden resultar desnaturalizados por la fecha de publicación de ninguna sentencia, pues constituyen el objeto de examen del control de transparencia y vienen impuestos por la propia función tuitiva de la normativa aplicable en esta materia afectando, por definición imperativa de esta normativa, al predisponente y no al consumidor adherente. Otra cuestión, en segundo lugar, es que la presente sentencia realce que tras la publicación de la sentencia del 9 mayo 2013 se dé un conocimiento general del alcance de la **cláusula suelo** que haga perder su condición de **cláusula** sorpresiva, o al menos desconocida para el consumidor adherente. Extremo, que tampoco impediría que el consumidor estableciera la correspondiente impugnación, si bien, esta divulgación o conocimiento general de la citada **cláusula** sería tenida en cuenta en el pertinente control de transparencia a los efectos de valorar su validez y eficacia, pero sin alterar o invertir la proyección del principio de buena fe, como fuente o fundamento de los citados especiales deberes de configuración contractual a cargo del predisponente. Por último, y en tercer lugar, lo que resulta inasumible, por muchos "círculos" que se quieran realizar, es que el principio de buena fe, dispuesto al servicio o tuición del consumidor adherente, opere en contra del mismo incluso sobre aspectos o ámbitos de la relación negocial predispuesta con anterioridad a la citada fecha de publicación de la sentencia de 9 mayo 2013, caso del efecto devolutivo de los intereses pagados con anterioridad a dicha fecha por el consumidor adherente, y con independencia de proceso judicial alguno al respecto; de forma que se produce la "cuadratura del círculo" al dictar una sentencia creadora de una auténtica norma general, con carácter retroactivo, y sin cobertura legal para ello".*

²² Voto particular STS 25 marzo de 2015 del Excmo. Sr. Javier Orduña Moreno, al que se adhiere el Excmo. Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz: FJ 7º: "Por último, debe señalarse que la presente sentencia al declarar la irretroactividad de la nulidad respecto de los pagos de los intereses realizados con anterioridad a la fecha de publicación de la sentencia de 9 mayo 2013, declaración que se realiza de un modo generalizado para todo consumidor adherente, venga no afectado por la acción colectiva de cesación que fue objeto de la citada sentencia, y con independencia de la naturaleza del ejercicio individual de la acción de impugnación, opera, de modo material, una consecuencia jurídica que expresamente viene prohibida tanto por la jurisprudencia del TJUE, sentencia de 14 junio 2012 (TJCE/2012/143, caso Banco Español de Crédito), como por la reforma legislativa a la que dicha sentencia dio lugar (nuevo artículo 83 de la Ley 3/2014, de 27 marzo de modificación del Texto refundido 1/2007), esto es, que se produzca una integración, aunque sea temporalmente parcial, de la eficacia de la **cláusula** declarada nula por abusiva; extremo que claramente determina la presente sentencia pues en el plano material señalado, afectante al derecho de tutela judicial efectiva de los consumidores, que sin ser parte del proceso judicial establecido y, por tanto, sin atención a las circunstancias concretas de su relación contractual, ven vulnerada su legítima pretensión de impugnación de la citada **cláusula** y su derecho a la devolución íntegra de las cantidades satisfechas. Atentándose, del mismo modo, al efecto sancionador y disuasorio que informó la sentencia citada del TJUE, pues dada esta integración parcial de la eficacia de la **cláusula** nula, el mensaje que se transmite no es otro que el de la posibilidad de incumplir los especiales deberes de transparencia por el predisponente, sin sanción inicial alguna, que es lo que aquí ocurre al no estimarse la restitución de dichas cantidades con carácter "ex tunc", esto es, desde el momento en que venía obligado el predisponente. Bastando, de cara al futuro, que respecto de otras

Los Magistrados disidentes estiman que al limitar los efectos de la eliminación a la STS de 9 de mayo de 2013, se está realizando una labor integradora prohibida tanto por la jurisprudencia del TJUE, sentencia de 14 junio 2012 (TJCE/2012/143, caso Banco Español de Crédito), como por la reforma legislativa a la que dicha sentencia dio lugar (nuevo artículo 83 de la Ley 3/2014, de 27 marzo de modificación del Texto refundido 1/2007).

La doctrina establecida por esta sentencia, dictada en un procedimiento, en el que se ejercita una acción individual de nulidad, a la que se acumula la acción de reclamación de cantidades abonadas como consecuencia de la aplicación de la cláusula suelo, no ha servido para la pretendida unificación de criterios, pues desde su publicación se han venido produciendo sentencias contrarias a la doctrina establecida en la misma y cuestiones prejudiciales ante el TJUE, a las que posteriormente me referiré, que están pendientes de resolución, generándose desconcierto y desigualdad en la aplicación de la norma aplicable, según el juzgado que resuelva el asunto, con una total inseguridad jurídica.

REDONDO TRIGO²³, concluye que resulta claramente arbitraria y contraria a derecho la práctica de una interpretación correctora de tal calibre-inaplicación de los efectos ex tunc de la declaración de nulidad- por parte del Juez sin argumentos hermenéuticos al efecto.

2.1.4. STS (Sala civil) de 29 de abril de 2015 núm 222/2015. Ponente: Excmo. Sr. Rafael Saraza Jimena²⁴. Se dicta en un procedimiento instado por una consumidora contra el BBVA, en el que ejercita una acción de declaración de nulidad de cláusula suelo y accesoriamente, acción de devolución de cantidad, *solicitando la condena al BBVA al cálculo y posterior devolución de los intereses cobrados en exceso por la aplicación de referida **cláusula** de tipo mínimo de referencia, con sus intereses legales devengados desde la fecha de cada cobro y a reintegrar a la actora todas aquellas cantidades que ésta pague durante la sustanciación del procedimiento en virtud de la aplicación de la **cláusula** impugnada, con sus intereses legales devengados desde la fecha de cada cobro y hasta la resolución definitiva del pleito, así como que se condene a BBVA a recalcular y rehacer, excluyendo la **cláusula** de tipo mínimo de referencia, el cuadro de amortización del préstamo hipotecario a interés variable de Doña Adelaida , objeto de esta demanda, que regirán en lo sucesivo, contabilizando el capital que efectivamente debió ser amortizado.*

Esta sentencia reitera la doctrina establecida en las STS de 9 de mayo de 2013; 8 de septiembre de 2014; 25 de marzo de 2015.

*posibles **cláusulas** conflictivas se provoque una acción colectiva de cesación, cuestión que no descrita su posible instrumentalización abusiva o fraudulenta al respecto, para condicionar su aplicación a este incorrecto plano de la retroactividad y, en consecuencia, a la posible eficacia parcial de la **cláusula** que se declare abusiva”.*

²³ REDONDO TRIGO, F., “Acerca de la limitación de la retroactividad de la “cláusula suelo” en la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2015 en base al régimen general restitutorio de la nulidad y al Orden Público” en RCDI nº750, pp.2399.

²⁴ STS (Sala civil) de 29 de abril de 2015 núm 222/2015. Ponente: Excmo. Sr. Rafael Saraza Jimena. Id Cendoj: 28079110012015100275

Los fundamentos y el fallo, adoptado por la mayoría, no son compartidos por el Excmo. Sr. Don Javier Orduña Moreno, quien elabora un voto particular, en similares términos al emitido en la STS de 25 de marzo de 2015.

2.1.5. STS (Sala Civil) de 23 de diciembre de 2015. Pleno. Núm: 705. Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres. Resuelve una demanda de juicio verbal planteada por una asociación de consumidores (OCU) contra Banco Popular Español y BBVA solicitando: 1) la declaración del carácter abusivo y en consecuencia, nulidad de varias estipulaciones de contratos bancarios, entre otras las que afectan a los límites a la variación del tipo de interés, redondeos, revisión del interés pactado, responsabilidad por uso de claves, intereses de demora, etc., teniéndose por no puestas. 2) Cesación en el empleo y difusión de las condiciones generales de contratación declaradas nulas, debiendo eliminar las entidades demandadas, de sus condiciones generales, las estipulaciones reputadas nulas, u otras análogas con idéntico efecto, así como abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo. 3) Publicación total o parcial de la sentencia, a costa de las demandadas, en el Boletín oficial del Registro Mercantil, y en uno de los periódicos de mayor circulación de la provincia, conforme a lo dispuesto en los artículos 221.2 de la LEC y 21 LCGC. 4) Libramiento del mandamiento, al registro de Condiciones Generales de la contratación, para la inscripción de la sentencia en el mismo, según lo previsto por el artículo 22 LCGC-

En este trabajo recogeré únicamente las conclusiones de la sentencia que afecten a la cláusula suelo, y al efecto derivado de su eliminación del contrato a fin de no apartarme del objeto de estudio. En el Fundamento jurídico quinto, analiza el recurso de casación interpuesto por el BBVA, y referente al primer motivo (cláusula suelo) declara como decisión de la sala la apreciación de cosa juzgada, al estimar que existe identidad entre las cláusulas ya declaradas nulas en las sentencias de 9 de mayo de 2013 y 29 de abril de 2015 y la ahora enjuiciada, por lo que la nulidad de esta última es cosa juzgada, conforme el artículo 222, apartados 1,2 y 3 de la LEC.

Se trata de una sentencia del Pleno de la sala Primera del Tribunal Supremo, que cuenta con un voto particular del Excmo. Sr. Don Javier Orduña Moreno, quien no comparte la opinión mayoritaria. Dentro del voto particular, en el apartado 2.2, analiza el concepto de “no vinculación”, que contempla la Directiva 93/13. Artículo 6, en relación con el artículo 7, como expresión de la ineficacia resultante de la declaración de abusividad²⁵, para concluir que la no

²⁵ Voto particular del magistrado Excmo. Sr. Don Javier Orduña Moreno a la STS 23 de diciembre de 2015 número 705/2015: “*el fundamento de la objeción planteada encuentra un lógico desarrollo conceptual en la valoración de la naturaleza jurídica de la ineficacia resultante tras la declaración de abusividad de la cláusula en cuestión; particularmente en atención al concepto de "no vinculación" que contempla el citado artículo 6 de la Directiva, en relación con el artículo 7 de la misma. En efecto, este desarrollo ya ha sido objeto de interpretación por el TJUE que ha concluido, a tenor de la función tuitiva que lo informa, que su aplicación en los ordenamientos jurídicos nacionales debe "garantizar", en cualquier caso, que las cláusulas declaradas abusivas no vinculen o afecten en modo alguno a los consumidores (STJUE de 14 de junio de 2012, asunto C- 680/10). De forma que esta función garantista, en los términos expuestos, se consigue en aquellos regímenes jurídicos que sancionan las cláusulas abusivas con la figura jurídica de la nulidad de pleno derecho (STJUE de 26 de abril de 2012,*

vinculación se consigue con la figura de la nulidad de pleno derecho, siendo por ello que la ineficacia resultante ha de ser entendida como nulidad de pleno derecho, prevista en el ordenamiento jurídico español, artículo 83 RD 1/2007; Ley 3/2014, de 27 de marzo; Ley 7/1998 de 13 de abril y artículo 1303 CC.

De todas las sentencias anteriormente expuestas, ha de concluirse que, a día de hoy, la doctrina jurisprudencial²⁶, fijada por el Tribunal Supremo español es la siguiente:

"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." La justificación de esta retroactividad limitada en el tiempo estaba en la protección de la seguridad jurídica, la buena fe de la entidad bancaria demandada y el riesgo de provocar un grave trastorno del orden público en el caso de declarar la total retroactividad de la nulidad con devolución de todas las cantidades percibidas por el prestamista en virtud de la cláusula nula".

*asunto C- 472/10). Este resultado interpretativo es el que sustento en mi anterior voto particular a la sentencia de esta Sala de 25 de marzo de 2015 (núm. 139/2015). En donde se analiza el fenómeno de la ineficacia contractual en el plano del control de transparencia derivado del ejercicio de una acción individual de impugnación de la validez de la denominada "cláusula suelo", llegando a la conclusión de la necesaria eficacia "ex tunc" de la obligación de restitución de la entidad prestamista respecto de los intereses cobrados en exceso (fundamento de derecho tercero del citado voto particular). Este mismo resultado de la interpretación es el que también defiende la Comisión Europea en su informe al asunto prejudicial C- 154/15 que trae causa de la citada sentencia de 25 de marzo de 2015. En dicho informe, la Comisión, de forma clara y resolutiva, argumenta que el concepto "de no vinculación", referido al artículo 6. 1 de la Directiva, y aplicado a la ineficacia derivada de la abusividad de la cláusula suelo: "surte efectos ex tunc y no sólo desde la declaración de la abusividad de la cláusula en cuestión". Y señala que cualquier otra interpretación, caso de la ineficacia meramente "ex nunc", pondría en peligro el objetivo protector de la Directiva y la "vaciaría de contenido". De modo que la ineficacia resultante debe ser entendida conforme a la sanción de nulidad de pleno derecho prevista en el ordenamiento jurídico español, artículo 83 RDL 1/2007, Ley 3/2014, de 27 de marzo, Ley 7/1998, de 13 abril y artículo 1303 del CC. Doctrinalmente, por tanto, hay que sustentar que la interpretación del concepto de "no vinculación" que contempla la Directiva no admite cualquier otra valoración que restrinja o condicione el alcance de su función protectora respecto del consumidor adherente. De forma que su proyección en la ineficacia derivada de la cláusula abusiva comporta, necesariamente, una "desvinculación plena" de los efectos y consecuencias jurídicas que directamente despliega la **cláusula** abusiva en el marco del contrato celebrado. Desvinculación plena que afecta tanto al ámbito "temporal" de la ineficacia resultante (desde el momento de la celebración del contrato), como al ámbito "material" de la misma, esto es, a la propia ineficacia del acto o negocio realizado cuya validez y eficacia traiga causa o se sustente directamente en la **cláusula** declarada abusiva".*

²⁶ Conforme a los artículos 197 y 264.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la Sala Civil del Tribunal Supremo somete a la decisión del Pleno aquellos recursos en los que se considera, bien por su Presidente, bien por la mayoría de los Magistrados, necesario fijar, consolidar o modificar la doctrina jurisprudencial en relación con la interpretación de determinadas normas o materias. Las Sentencias del Pleno de la Sala Primera constituyen por sí solas doctrina jurisprudencial (Acuerdo adoptado en la Junta General de Magistrados de la Sala de 30 de diciembre de 2011, apartado III, p.15 y Acuerdo de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2012, p. 1).

Esta doctrina jurisprudencial, no solo ha tenido votos discrepantes en el seno de una Sala de lo civil del Tribunal Supremo, sino también en los Juzgados y tribunales de orden inferior, quienes abiertamente se apartan y huyen de la doctrina jurisprudencial fijada, buscando remedios y fórmulas que les permitan declarar una nulidad de pleno derecho/ no vinculación con los naturales efectos derivados de la misma según el principio *Quod nullum est nullum producit effectum* y en otros casos, acudiendo al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con la esperanza de obtener un pronunciamiento contrario a la doctrina jurisprudencial sentada por el Tribunal Supremo español, que no comparten, invocando la vulneración de la Directiva comunitaria 93/13 CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993²⁷, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Todo ello, ha motivado que la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, mediante auto de fecha 12 de abril de 2016, haya decidido suspender la tramitación de un recurso de una entidad bancaria en materia de cláusula suelo de una hipoteca hasta que el TJUE se pronuncie en el asunto C-154/15, al estimar que la cuestión jurídica planteada en el recurso interpuesto por Unicaja Banco S.A está directamente vinculada con la cuestión prejudicial, que debe resolver el alto tribunal europeo.

2.2. CUESTIONES PREJUDICIALES PLANTEADAS ANTE EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (TJUE).

Tal es la inseguridad jurídica creada, y la discrepancia de los diferentes juzgados y Tribunales, con la doctrina sentada por el Tribunal Supremo español, en las sentencias dictadas a raíz de la de 25 de marzo de 2015, que en la actualidad, y hasta este momento existen planteadas las siguientes cuestiones prejudiciales, referentes a esta materia:

2.2.1. **Cuestión prejudicial del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Granada.** Asunto número C-154/15²⁸. Pregunta al TJUE si el principio de “no vinculación”, que proclama el art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE, es compatible con una interpretación que determine que la declaración de nulidad de la citada cláusula, no obstante, extiende sus efectos hasta que se declare la misma y, por tanto, que aunque se declare su nulidad, se debe entender que los efectos que ha producido durante su vigencia no quedarán invalidados o ineficaces. Pregunta, si el cese de la cláusula es compatible con una limitación de los efectos de dicha nulidad. Finalmente, se interroga, si es posible que los tribunales moderen “la devolución de las cantidades que haya pagado el consumidor –a que esté obligado el profesional- en aplicación de la cláusula, posteriormente declarada nula desde el origen, por defecto de información y/o transparencia”

2.2.2. Cuestiones prejudiciales planteadas por la **Audiencia Provincial de Alicante.** Asuntos número: **C-307/15**²⁹ y **308/15**³⁰. En la primera de las

²⁷ Directiva comunitaria 93/13 CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. DO L 95, p.29

²⁸ DOUE 13 julio 2015

²⁹ C-307/2015 planteada por la AP Alicante. DOUE 24 agosto 2015: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=166313&pageIndex=0&doclang=es&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=577481>

³⁰ C-308/15 planteada por la AP Alicante : <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=166310&pageIndex=0&doclang=es&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=578306>

cuestiones C-307/15, que formula la Audiencia de Alicante, se suscitan cuestiones semejantes a la de Granada, y al haberse dictado las STS 25 marzo 2015, rec. 138/2014 y 29 abril 2015, rec. 1072/2013, se solicita respuesta sobre el criterio de buena fe, o el de trastornos graves, utilizados por el Tribunal Supremo, para justificar que la nulidad sólo opere a partir de la STS 9 mayo 2013, rec. 485/2012.

En la segunda cuestión, C-308/15, además de apoyarse en la Directiva 93/13/CEE, se invoca el artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, preguntando si es compatible con el derecho de la tutela judicial efectiva, la “*extensión automática de la limitación de los efectos restitutorios derivados de la nulidad de una cláusula suelo declarada en el seno de un procedimiento entablado por una asociación de consumidores contra entidades financieras, a las acciones individuales, de nulidad de una cláusula suelo por abusiva, instadas por los clientes-consumidores, que contrataron un préstamo hipotecario con entidades financieras distintas*”.

2.2.3. Cuestión planteada por la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 3^a,³¹ asunto número: **C-349/15** en la que pregunta 1º) si es compatible la limitación, en el tiempo, de los efectos de la nulidad de una cláusula declarada nula por abusiva conforme a los artículos 6, apartado 1 y 7.1, de la Directiva 93/13/CEE. 2º) De considerarse compatible (por la buena fe de los círculos implicados, y el riesgo de graves trastornos), “¿Qué se entiende por trastornos graves justificativos de la limitación de efectos?. ¿Debe estar acreditado debidamente el riesgo de trastornos graves en el procedimiento judicial en que se invoque o, por el contrario, puede ser suficiente la genérica apreciación por el tribunal de dicho riesgo, sin datos concretos en qué fundar la misma?”.

2.2.4. Cuestión planteada por la Audiencia Provincial de Zamora Secc. 1ª, 13 julio 2015,³² asunto número:**C-381/15**, pregunta al Tribunal: 1º) *Si los efectos de la declaración de nulidad por abusiva de la cláusula suelo inserta en el contrato hipotecario, que no se retrotraen a la fecha de celebración del contrato es compatible con lo dispuesto en el art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE⁴, de 5 de abril de 1993. 2º) Si la aplicación de la cláusula abusiva, durante el período de tiempo establecido por nuestro Tribunal Supremo, provoca un enriquecimiento injusto a favor del contratante profesional, no amparado por la normativa comunitaria, en cuanto no restablece el equilibrio de prestaciones entre las partes, y beneficia a la parte del contrato que ha introducido la cláusula financiera declarada abusiva? 3º) Si el riesgo de trastornos graves a la economía nacional como limitación en la aplicación y efectos de una cláusula es aplicable a una acción individual entablada por un consumidor, o, por el contrario, en esa acción individual*

³¹ Cuestión C-349/15, planteada por la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 3ª. DOUE 14 septiembre 2015.

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=166707&pageIndex=0&doclang=es&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=580293>.

³² La cuestión C-381/15, planteada por la Audiencia Provincial de Zamora Secc. 1ª, 13 julio 2015. DOUE de 14 de septiembre 2015. <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=166704&pageIndex=0&doclang=es&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=580002>

dicho trastorno grave ¿sería el provocado a la economía del consumidor, de limitar los efectos de la cláusula nula al periodo de tiempo señalado?

2.2.5. Cuestión planteada por la Audiencia Provincial de Cantabria, Auto de la Sección 4ª de la AP Cantabria, 17 de julio de 2015, rec. 459/2015³³, asunto número C-431/15³⁴. Pregunta si es compatible con el principio de no vinculación, y los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993 las siguientes cuestiones: 1) La limitación de los efectos retroactivos de la nulidad por abusiva de una cláusula suelo, inserta en un contrato celebrado con consumidores. 2) El mantenimiento de los efectos desplegados por una cláusula declarada nula por abusiva, inserta en un contrato celebrado con consumidores. 3) La limitación de los efectos retroactivos de la nulidad por abusiva de una cláusula suelo inserta en un contrato celebrado con consumidores por la apreciación de riesgo de trastorno grave, con trascendencia al orden público económico y de buena fe. 4) Que se presuma el riesgo de trastorno grave con trascendencia al orden público económico, o ha de apreciarse y valorarse atendiendo a los concretos datos económicos de los que se extraiga la repercusión macroeconómica del otorgamiento de efectos retroactivos a la nulidad de una cláusula abusiva?. 5) La valoración del riesgo de trastorno grave con trascendencia al orden económico, atendiendo a los efectos económicos que tendría e potencial ejercicio de una acción individual por un gran número de consumidores? O, por el contrario, ¿ha de valorarse atendiendo a la repercusión económica para la economía de la concreta acción individual ejercitada por el consumidor?. 6) La valoración abstracta de la conducta de cualquier profesional, para apreciar la buena fe? 7) ¿Es necesario que dicha buena fe sea examinada y valorada en cada supuesto concreto, atendiendo a la conducta concreta seguida por el profesional en la contratación e inserción de la cláusula abusiva en el contrato?

2.2.6.- Cuestión presentada por la Audiencia Provincial de Álava. Auto de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Álava de 22 septiembre 2015, rec. 355/2015³⁵, presentada el 5 de octubre de 2015, asunto número: C-525/15³⁶ solicitando respuesta sobre la compatibilidad o no con el principio de

³³ Auto de la Sección 4ª de la AP Cantabria, 17 de julio de 2015, rec. 459/2015. Id Cendoj: 39075370042015200049.

<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=7448887&links=cuesti%C3%B3n%20prejudicial%20ante%20el%20tribunal%20de%20justicia%20de%20la%20comunidad%20europea&optimize=20150806&publicinterface=true>

³⁴ La cuestión C-431/15, planteada por la Audiencia Provincial de Cantabria, sección 4ª de 17 de julio de 2015. DOUE 26 de octubre de 2015. <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=170452&pageIndex=0&doclang=es&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=579781>.

³⁵ Auto de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Álava de 22 septiembre 2015, rec. 355/2015.

<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=7490611&links=%22355%2F2015%22&optimize=20151013&publicinterface=true>

³⁶ La cuestión, planteada por la Audiencia Provincial de Álava. Auto de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Álava de 22 septiembre 2015, rec. 355/2015, asunto número: C-525/15. DOUE de 14 de diciembre de 2015.

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=172952&pageIndex=0&doclang=es&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=579025>.

no vinculación que dispone el art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE¹, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, de la limitación de las consecuencias de la ineficacia de una cláusula por ser abusiva, restringiendo los efectos restitutorios de cantidades indebidamente cobradas, por aplicarla a partir de una fecha, en lugar de hacerlo desde el momento en que la cláusula abusiva y nula operó.

2.2.7.- Cuestión planteada por la Audiencia Provincial de la Coruña. Auto de la Sección 6ª de 4 de enero de 2016, rec. 99/2014³⁷, que en la actualidad se encuentra pendiente de admisión por el TJUE, en términos muy semejantes a las cuestiones planteadas por la Audiencia Provincial de Alicante y Cantabria.

El Abogado General del TJUE, Sr. Paolo Mengozzi, ha presentado sus conclusiones el 13 de julio de 2016, paso previo a que el tribunal dicte sentencia en el procedimiento, que resuelve los peticiones de decisión prejudicial planteadas por el Juzgado de lo Mercantil nº1 de Granada (asunto C-154/15), y por la Audiencia Provincial de Alicante(asuntos C-307/15 y C-308/15).³⁸ La parte esencial de las conclusiones, está dedicada a las cuestiones prejudiciales formuladas en el asunto C-154/15, y a la primera cuestión prejudicial común a los asuntos C-307/15 y C-308/15, no considerando útil responder a las demás cuestiones prejudiciales planteadas. En la conclusión, el Sr. Mengozzi sugiere al Tribunal de Justicia de la Unión, que responda ,del siguiente modo, a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Granada y la Audiencia Provincial de Alicante:

«El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, entendido a la luz de los principios de equivalencia y de efectividad, debe interpretarse en el sentido de que, en las circunstancias propias de los litigios principales, no se opone a la decisión de un órgano jurisdiccional supremo mediante la que éste declara el carácter abusivo de las cláusulas “suelo”, ordena que cese su utilización y que se eliminen de los contratos existentes y declara su nulidad limitando, al mismo tiempo, en atención a circunstancias excepcionales, los efectos, restitutorios en particular, de esa nulidad a la fecha en que dictó su primera sentencia en ese sentido.»

A la mencionada conclusión, llega tras analizar una interpretación literal “poco aclaradora”, de la jurisprudencia del tribunal de justicia de la Unión europea, y su aplicación al caso concreto.

³⁷ Auto de la Sección 6ª de 4 de enero de 2016, rec. 99/2014. <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&datasematch=AN&reference=7580829&links=%2299%2F2014%22&optimize=20160122&publicinterface=true>

³⁸ Conclusiones del Abogado general Sr. Paolo Mengozzi presentadas el 13 de julio de 2016 en los asuntos acumulados C-154/15;C307/15 y C-308/15: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30dd2f5273efb3f047e3a344a91f54ecdb7e.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuTbNb0?text=&docid=181583&pageIndex=0&dclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=134261>

El abogado general, pone de manifiesto que el legislador de la Unión en el artículo 6.1 de la Directiva 93/13, optó por emplear una expresión neutra, y por ello, utilizó el futuro indicativo (“*No vincularán*”), pues ésta no vinculación ha de ser en las condiciones estipuladas por sus Derechos nacionales. La utilización de ésta expresión neutra, permite, a los diferentes estados miembros, optar por la sanción de nulidad o anulabilidad.

El Tribunal de Justicia de la Unión europea, en su jurisprudencia, no ha hecho mayores precisiones, en cuanto al modo en que los ordenamientos jurídicos nacionales deben configurar la fuerza vinculante, puesto que, las particularidades de esa organización deben ser decididas por los propios estados miembros. Resulta lógico, que, en su jurisprudencia, el Tribunal de Justicia parezca haber contemplado la nulidad de las cláusulas abusivas no como la única vía para dar respuesta a la exigencia establecida en el artículo 6 apartado 1, de la Directiva 93/13, sino como una posibilidad, entre otras, remitiéndose a la sentencia de 26 de abril de 2012, *Invitel*³⁹.

El abogado general, en el apartado 66, señala que a partir del 9 de mayo de 2013, las cláusulas “suelo” deben desaparecer del ordenamiento jurídico español y se garantizan los efectos plenos de la nulidad; esto es, de la sanción de principio. En el apartado 68 deja claro, que el derecho de la unión no armoniza ni las sanciones aplicables en el supuesto del reconocimiento del carácter abusivo de una cláusula, ni las condiciones en las que un órgano supremo decide limitar los efectos de sus sentencias, y por ello, la presente situación queda regida por el ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros, en virtud del principio de autonomía procesal, siempre que se respete el principio de equivalencia, y el principio de efectividad. El abogado general concluye, que es conforme con el principio de equivalencia, la posibilidad de que el Tribunal Supremo limite los efectos en el tiempo de sus sentencias, y siempre que sea absolutamente excepcional, también parece admisible a la luz del principio de efectividad.

El abogado general hace hincapié en que la limitación, decidida por un órgano jurisdiccional supremo, debe seguir siendo excepcional.

³⁹ STJUE 26 de abril de 2012, *Invitel* dictada en el asunto C-472/10, Rec, EU:C:2012:242: “ *El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, en relación con el artículo 7, apartados 1 y 2, de la misma, debe interpretarse en el sentido de que: – no se opone a que la declaración de nulidad de una cláusula abusiva que forma parte de las condiciones generales de los contratos celebrados con consumidores en el marco de una acción de cesación, contemplada en el artículo 7 de dicha Directiva, ejercitada contra un profesional por motivos de interés público y en nombre de los consumidores, por una entidad designada por el Derecho nacional, surta efectos, de conformidad con dicho Derecho, para cualquier consumidor que haya celebrado con el profesional de que se trate un contrato al cual le sean de aplicación las mismas condiciones generales, incluso para los consumidores que no hayan sido parte en el procedimiento de cesación;– cuando, en el marco de dicho procedimiento, haya sido declarada abusiva una cláusula de las condiciones generales de la contratación, los órganos jurisdiccionales nacionales deberán aplicar de oficio, también en el futuro, todas las consecuencias previstas por el Derecho nacional, para que los consumidores que hayan celebrado con el profesional de que se trate un contrato al cual le sean de aplicación las mismas condiciones generales no resulten vinculados por dicha cláusula*”.

3. COMENTARIO CRITICO A LA DOCTRINA ESTABLECIDA POR EL TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL REFERENTE A LOS EFECTOS DERIVADOS DE LA ELIMINACION DE LA CLAUSULA SUELO.

La realidad social y económica exige a los tribunales que faciliten una solución equitativa y justa a los problemas derivados de la ruptura del equilibrio de prestaciones que se vienen produciendo en los contratos de préstamo hipotecario. Lo que se pretende es que los tribunales apliquen un principio de equilibrio, expresado desde los tiempos de la escuela medieval con la conocida expresión *reductio ad aequitatem*, utilizando los mecanismos que el ordenamiento jurídico nos facilita, y dando solución al caso concreto.

En mi opinión la solución adoptada por el pleno del TS español, en la STS de 25 de marzo de 2015 y posteriores, no se ajusta al ordenamiento español, por las siguientes razones:

1. Los artículos 8 y 9 de la Ley de las condiciones generales de la contratación, y el artículo artículo 83 TRDCYU contempla la nulidad de pleno derecho con efectos *ex tunc*, lo que conlleva no sólo su inaplicación en el futuro sino borrar todos los vestigios de su existencia y, por ende, la devolución de lo indebidamente abonado por su aplicación.

La actual dicción del artículo 83 TRDCYU obedece a su reforma por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, dado que en su anterior redacción, cuando subsistía el contrato, se otorgaba al juez, que declaraba la nulidad de la cláusula, facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes. La Dirección General de Justicia de la Comisión Europea había dirigido al Gobierno español un escrito, en que le ponía de manifiesto la obligación de modificar el art. 83 TRLCU, al no resultar compatible con el art. 6 de la Directiva 93/2013, que el juez que declarase nula una cláusula abusiva integrara su contenido.

La limitación del *efecto ex tunc* de la cláusula suelo no se muestra acorde con los mentados preceptos, toda vez que el consumidor se va a encontrar vinculado por la cláusula durante un período de tiempo, que va desde la celebración del contrato hasta el 9 de mayo de 2013, y el Juez está realizando una función integradora que no le permite el artículo 83 antes mencionado.

2. La Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, en su art. 6.1⁴⁰, establece el principio de “no vinculación”, que supone la imposibilidad de que cláusulas abusivas puedan afectar (vincular) al consumidor.

⁴⁰ El art. 6 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores establece que «los Estados miembros establecerán que 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».

La “No vinculación” no es graduable, ni de carácter parcial, sino que debe ser incondicional y absoluta, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor. El artículo 6 no permite limitación temporal a la no vinculación. Para conceder una protección integral al consumidor, la nulidad de una cláusula no solo ha de tener una proyección hacia el futuro, sino también una vocación de pasado, lo que supone eliminar cualquier huella de su existencia, salvo que el ordenamiento del estado miembro establezca una sanción diferente.

A raíz del informe del abogado general sr. Mengozzi se observa una contradicción entre las conclusiones a las que llega comparandolás con las ya recogidas en el Informe de 27 de abril de 2000, de la Comisión, sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CEE, el cual declara que «la decisión judicial por la que se declara abusiva una cláusula determinada debe retrotraer sus efectos al momento de la conclusión del contrato» y con el Informe de los Letrados de la Comisión Europea de 13 de julio de 2015 al TSJUE.⁴¹ que estima incompatible con el artículo 6.1 de la directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993 la interpretación que determine que la declaración de nulidad extiende sus efectos hasta la declaración de nulidad de la misma.

Comparto con el abogado general Sr. Mengozzi que el TJUE ha utilizado un concepto neutro el de la “ no vinculación” para permitir a los diferentes estados miembros optar por la sanción de nulidad o anulabilidad. No ha querido ni la legislación, ni la jurisprudencia comunitaria establecer una sanción única para todos los estados miembros.

En los textos romanos, no aparece la nulidad, ni la anulabilidad como categoría dogmática. El léxico utilizado por la *iurisprudencia* es de lo mas variado, así por ejemplo Ulpiano en D.45.1.26, Libro XLII, *ad Sabinum*, habla de “*nullius esse momenti*” para indicar que las estipulaciones torpes no tienen ningún valor; el mismo jurista en D.50.17.135, libro XXIII *ad Edictum*, a propósito de las cosas imposibles de dar o inexistentes establece que se tienen por no expresadas: “*pro non adiectis habentur*”; Celso en D.50.17.185, libro VIII Digestorum: *Impossibilium nulla obligatio est*; Paulo en D.50.17.28, libro VIII *ad Sabinum* utiliza el término *vitiosus* en la *regula iuris*: *Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convallescere, etc.*

Por ello, si el ordenamiento español ha decidido sancionar con nulidad de pleno derecho la declaración de abusividad de una cláusula, los efectos han de ser *extunc*, sin limitación temporal alguna.

3. Es cierto que el TJUE con carácter excepcional, permite modular la retroactividad cuando concurren dos presupuestos: la buena fe de los interesados y el riesgo de trastornos graves para el orden público.

⁴¹ Informe de los Letrados de la Comisión Europea de 13 de julio de 2015 al TSJUE http://s01.s3c.es/imag/doc/2015-10-27/TJUE_ClausulasSuelo.pdf

Ahora bien, el Tribunal Supremo ha olvidado que, la buena fe queda excluida cuando se trata de una cláusula abusiva, de conformidad con lo establecido en el artículo 3.1 de la Directiva 93/13/CEE. Además no se puede reputar de buena fe a quien solapadamente impone una cláusula en su propio interés y sin facilitar la debida información de sus negativos efectos, ya que con dicha actitud ha impedido a los consumidores elegir otras ofertas que aunque pudieran imponerle un mayor interés remuneratorio no encubrieran los perniciosos efectos de una cláusula suelo. El incumplimiento de este requisito determinaría la no aplicación de la limitación indicada en el apartado 59 de la sentencia RWE-

Tampoco se daría el requisito del “riesgo de trastornos graves para el orden público” en el sentido de lo indicado en los apartados 61 y 62 de la sentencia RWE, puesto que si el capital no ha sido reintegrado totalmente a la entidad bancaria y la cláusula se tiene por no puesta, bien puede disminuirse del capital lo pagado al haberse aplicado la cláusula suelo antes de dejarla sin efecto por los tribunales y únicamente en los supuestos en que se haya abonado por el deudor íntegramente el capital habrá lugar a la devolución de lo pagado indebidamente, via pago de lo indebido.

Esta solución permitiría aplicar los *efectos ex tunc* que preve el ordenamiento español y comunitario y el ordenamiento jurídico español respecto a la devolución de cantidades indebidamente cobradas (arts. 1825 y ss pago de lo indebido).

Realmente se produciría el trastrono grave para el orden publico si se adopta el criterio de la limitación de la retroactividad, pues la no devolución de dichas cantidades a los numerosos afectados puede originar también un efecto económico perturbador al repercutir en el consumo dado que los ciudadanos dispondrán de menos dinero para el gasto y en la vida y economía de los consumidores tan afectados por la crisis económica que en definitiva repercute en el orden socioeconomico.

4. La retroactividad de la declaración de nulidad de la cláusula suelo resulta especialmente favorable para el deudor hipotecario que adeude cantidades a la entidad bancaria, pues, si se compensan ambos importes puede ver reducida su deuda. Declarada la nulidad de la cláusula suelo en el procedimiento hipotecario, si se acuerda la retroactividad de dicho pronunciamiento se puede ordenar a la entidad financiera recalcular lo debido, en aras de reducir la cantidad por la que se ha despachado ejecución.
5. Vulneración del principio general del Derecho que proscribe que nadie pueda beneficiarse de su propia torpeza (*nemo auditur propiam turpitudinem allegans*).

Por todas las anteriores razones, sería conveniente un replanteamiento, que permitiera dar la solución mas equitativa y justa, aplicando el ordenamiento jurídico español vigente, y, teniendo en cuenta que, según dispone el artículo 3 del Código civil, que las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo

fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas. Por ello, es conveniente examinar, cómo trataron nuestros predecesores el problema, y qué soluciones arbitraron.

4. REFERENCIAS A LA EXPERIENCIA EN EL DERECHO ROMANO

Ante esta situación producida en la realidad social, económica y jurídica, y teniendo en cuenta los criterios discrepantes que se han venido originando en los diferentes tribunales de justicia, que han obligado a promover más de 9 cuestiones prejudiciales al TJUE, creo que es conveniente volver la mirada atrás y revisar las soluciones que a estos problemas se encontraban ya en el Derecho romano, pues las normas han de ser interpretadas conforme los antecedentes históricos y legislativos, el contexto y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas. Contexto y realidad social que también existió en Roma, en donde se padecieron épocas de crisis económicas mayores que la actual, en donde la necesidad de préstamos para sobrevivir a situaciones angustiosas era bastante común, y en la que los acreedores estipulaban intereses, que en la mayoría de las ocasiones eran abusivos.

En las fuentes del Derecho romano se encuentran normas y principios aplicables a los préstamos de dinero que devengaban intereses.

El interés puede ser visto como precio por el uso o cesión del dinero- *usus aris*- o bien en el sentido de compensación por el riesgo del mutuante, que utiliza Paulo en un fragmento de comentarios al Edicto, libro 32.1 contenido en D. 17.2.67.1⁴², en el que, a propósito del reparto de los intereses percibidos de un préstamo de dinero efectuado por uno de los socios, que no era socio de todos los bienes, aclara que debe repartir los intereses, solamente si hubiera prestado en nombre de la sociedad, porque si lo hizo en su propio nombre, *nam in suo nomine*, debe retener los intereses, puesto que a él le habrá pertenecido el riesgo del capital, *quoniam sortis periculum ad eum pertinuerit*.

En Derecho clásico romano, Pomponio, en un texto recogido en Comentario a Quinto Mucio, libro VI, que nos transmite D.50.16.121⁴³, deja claro que el interés que se percibe del dinero no entra en los frutos porque no proviene del mismo capital, sino de otra causa, esto es, de nueva obligación. Papiniano en D.6.1.62 pr.⁴⁴ destaca que el interés no proviene de la naturaleza sino que se percibe por el derecho: “*usura non natura pervenit, sed iure percipitur*”.

⁴² D.17.2.67.1 Paulo; Comentarios al Edicto, libro XXXII: “*1. Si unus ex sociis, qui non totorum bonorum socii erant, communem pecuniam faeneraverit usurasque perceperit, ita demum usuras partiri debet, si societatis nomine faeneraverit: nam si suo nomine, quoniam sortis periculum ad eum pertinuerit, usuras ipsum retinere oportet*”.

⁴³ D.50.16.121 Pomponius libro VI ad Quintum Mucium: *Usura pecuniae, quam percipimus, in fructu non est, quia non ex ipso corpore, sed ex alia causa est, id est nova obligatione.*

⁴⁴ D.6.1.62 pr Papinianus libro VI quaestionum: “*Si navis a malae fidei possessore petatur, et fructus aestimandi sunt, ut in taberna et area quae locari solent. Quod non est ei contrarium, quod de pecunia deposita, quam heres non attingit, usuras praestare non cogitur: nam etsi maxime vectura sicut usura non natura pervenit, sed iure percipitur, tamen ideo vectura desiderari potest, quoniam periculum navis possessor petitori praestare non debet, cum pecunia periculo dantis faeneretur*”.

Los intereses en un principio, en el Derecho clásico romano, debían pactarse mediante una *stipulatio* adicional al contrato de préstamo-mutuo⁴⁵, y así lo resalta Africano en D.19.5.24: “*pecuniae quidem creditae usuras, nisi in stipulationem deductas, non deberi*”⁴⁶. Si por un préstamo, el *accipiens* adquiere otra deuda extraordinaria por encima de la restitución, no es a consecuencia de la *traditio*, tal como transmite Paulo en los comentarios al libro III *ad edictum* recogidos en D. 2, 14, 17 pr⁴⁷, sino que esa se origina por una *stipulatio*, que es una causa autónoma e independiente de la entrega.

El simple pacto no producía acción alguna para reclamar intereses, pero sí se concedía al deudor una *exceptio* a oponer a la reclamación del acreedor, alegando que eran indebidos⁴⁸.

Esta exigencia y consideración quiebra en la época justiniana, y la Novela 136.4⁴⁹ (del 564), concede a los banqueros el derecho de cobrar un interés del

⁴⁵ Isidoro de Sevilla 5, 25, 18: *Mutuuum appellatum est quia id, quod a me tibi datur, ex meo tuum fit*. Vid. GIUFFRE, V., *La datio mutui. Prospettive romane e moderne*, Napoli, 1989. HERRERA BRAVO, R: *Usurae. Problemática jurídica de los intereses en Derecho romano*, Jaén, 1997; SALAZAR REVUELTA, M: *La gratuidad del “mutuum” en el Derecho romano*, Jaén, 1999. ARNESE, A., *Usura e modus: Il problema del sovraindebitamento dal mondo antico all’attualità*. Bari, 2013.

⁴⁶ D. 19.5.24, *Africanus libro octavo quaestionum: Titius Sempronio triginta dedit pactique sunt, ut ex reditu eius pecuniae tributum, quod Titius pendere deberet, Sempronius praestaret computatis usuris semissibus, quantoque minus tributorum nomine praestitum foret, quam earum usurarum quantitas esset, ut id Titio restitueret, quod amplius praestitum esset, id ex sorte decederet, aut, si et sortem et usuras summa tributorum excessisset, id quod amplius esset Titius Sempronio praestaret: neque de ea re ulla stipulatio interposita est. Titius consulebat, id quod amplius ex usuris Sempronius redegisset, quam tributorum nomine praestitisset, qua actione ab eo consequi possit. Respondit pecuniae quidem creditae usuras nisi in stipulationem deductas non deberi: verum in proposito videndum, ne non tam faenerata pecunia intellegi debeat, quam quasi mandatum inter eos contractum, nisi quod ultra semissem consecuturus esset: sed ne ipsius quidem sortis petitionem pecuniae creditae fuisse, quando, si Sempronius eam pecuniam sine dolo malo vel amisisset vel vacuam habuisset, dicendum nihil eum eo nomine praestare debuisse. Quare tutius esse praescriptis verbis in factum actionem dari, praesertim cum illud quoque convenisset, ut quod amplius praestitum esset, quam ex usuris redigeretur, sorti decederet: quod ipsum ius et causam pecuniae creditae excedat*. GIUFFRE, V, *La datio mutui. Prospettive romane e moderna*, Napoli 1989.

⁴⁷ D.2.14.17 pr *Paulus libro III ad edictum: Si tibi decem dem et paciscar, ut viginti mihi debeantur, non nascitur obligatio ultra decem: re enim non potest obligatio contrahi, nisi quatenus datum sit*.

⁴⁸ D.2.14.7.4, *Ulpianus libro IV ad edictum: « Sed cum nulla subest causa, propter conventionem hic constat non posse constitui obligationem: igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem»*.

D 12.6.26.3, *Ulpianus, libro XXVI ad edictum: « Indebitum autem solutum accipiemus non solum si omnino non debeat, sed et si per aliquam exceptionem perpetuam peti non poterat: quare hoc quoque repeti poterit, nisi sciens se tutum exceptione solvit »*.

D.46.3.102.1, *Scaevola, libro V Responsorum: “1. Cum de sorte debita constaret, de usura litigatum esset, novissime ex appellatione pronuntiatum est solutas quidem usuras non repeti, in futurum vero non deberi: quaero, pecunia data utrum usuris cedere deberet, quod petitor defenderet, an vero sorti proficeret. Respondi, si qui dabat, in sortem se dare dixisset, usuris non debere proficere »*.

⁴⁹ Nov.,136.4: “*Quoniam vero legem tulimus, ne argentariae mensae praepositi ultra besse usuras fenerentur, illi autem nos docuerunt, etiam sine scripto se fenerari solere, quantum vero ad usuras, fidem sibi non servari, utpote mutuo sine scriptis contracto nec stipulatione interposita, (iuxta vulgatum illud, non convenire, ut usurae absque stipulatione currant, licet multi sint casus, in quibus non stipulatae etiam usurae, vel ex solo pacto nascuntur, nonnunquam*

8% incluso sin escrito- *no solum ex stipulatione, sed etiam ex non scripto tales usuras illis dari quales lex illis stipulari concedit, hoc est usque ad bessem centesimae*-.

Justiniano lo explica argumentando, que se dice que vulgarmente los intereses no surgen sin estipulación, y son muchos los casos en que nacen sin estipulación, del solo pacto, y a veces ni siquiera en virtud de pacto, sino que son exigidos “automáticamente”. El fundamento de esta disposición lo expresa en la conclusión de esta novela, indicando: “*no sería justo que quienes están dispuestos a ayudar a todos los necesitados, sufriesen injusticia por tal sutileza*”: “*Nam qui omnibus fere indigentibus opem ferre parati sunt, iustum non est eiusmodi subtilitate laedi*”.

La misma Novela, capítulo 5, párrafo 1⁵⁰ admite la validez de los pactos de intereses, y contempla dos presunciones *iuris et de iure*, en las que se permite al acreedor exigir el 8% de interés: 1. Futuros mutuos, pactados por escrito, en los que se contrata un mutuo con intereses, pero no se ha determinado el porcentaje de interés, de tal forma que los prestatarios no pueden oponer la gratuidad del mutuo, presumiéndose el interés del 8%, como si expresamente se hubiera mencionado. 2. Mutuos ya realizados en los que no se ha hecho mención a interés alguno.

La justificación de ésta medida legislativa está basada en la onerosidad inherente a los contratos bancarios, tal como dice expresamente: *como quiera que es manifiesto que con todo el que está al frente de un establecimiento de banco los contratos se celebran con intereses, y que el mismo que paga intereses no puede hacer desembolsos sin intereses*.

En el derecho romano la voluntad de las partes a la hora de establecer los intereses estaba sujeta a limitaciones, al no consentir superar una determinada tasa de intereses que va variando en las diferentes épocas y oscila entre el 12% anual y el 6% anual que establece Justiniano con carácter general y tampoco estaba permitido estipular *usurae ultra sortis summam* ni *ultra duplum* o *supra duplum*, es decir, no podía estipularse intereses que superasen el capital y mucho menos los que superasen el doble del capital⁵¹.

etiam ne quidem ex pactis, sed sua sponte introductae tamen exiguntur) propterea etiam sancimus, non solum ex stipulatione, sed etiam ex non scripto tales usuras illis dari, quales lex illis stipulari concedit, hoc est usque ad bessem centesimae. Nam qui omnibus fere indigentibus opem ferre parati sunt, iustum non est eiusmodi subtilitate laedi”. DIAZ BAUTISTA, A : *Estudios sobre la banca bizantina (negocios bancarios en la legislación de justiniano)*, Universidad de Murcia, 1987, pp.,34 ss.

⁵⁰ Nov.136.5.1 1: *Quodsi vero usuras certas pepigerint, pactae valeant. Si vero hoc solum scriptum sit, mutuum sub usuris contractum esse, contrahentes nequeant dicere, quia usurae definitae non sunt, propterea pecuniam non fenebrem esse, sed per praesumptionem ita fiat exactio, quasi besses usurae expresse nominatae sint. Atque hoc quidem in posterum servetur. In rationibus vero iam confectis,etsi mentio usurarum facta non sit (quoniam manifestum est, apud omnem argentariae mensae praepositum contractus sub usuris celebrari, et qui ipse usuras solvit, sine usuris expensam facere non posse), liceat; iis besses usuras exigere, ut tamen in posterum ea observent, quae illis haec sacra lex largitur*. DIAZ BAUTISTA, A : *Estudios sobre la banca bizantina (negocios bancarios en la legislación de justiniano)*, Universidad de Murcia, 1987, pp.,37 ss

⁵¹ Vid. D. 12.6.26.1; CJ 4.32.10

Por ello es conveniente exponer cuales fueron esos límites, y qué consecuencias estableció el ordenamiento jurídico romano en los supuestos de acordar o pactar intereses *supra legitimum*.

a- LIMITACIONES A LOS INTERESES.

La palabra latina que se utilizó para designar el interés en principio fue *foenus*⁵² y *usurae*⁵³. Estos intereses se medían en un tanto por ciento del capital-*sors*⁵⁴ que fue variando a lo largo de las diferentes etapas del derecho romano⁵⁵.

En la Ley de las XII Tablas, en la tabla 8. 18 a y b se señala una tasa de interés determinada como límite: *el foenus unciarium*⁵⁶.

⁵² Varrón, según Aulo Gelio 16,12, define *Foenus* de la siguiente forma: “*dictum a fetu et quasi a fetura quadam pecuniae parientis atque incrementis*”. Herrera Bravo, R.: *Usurae. Problemática jurídica de los intereses en Derecho romano*, Jaen, 1997, p.24, 25: “*Faenus deriva de la palabra griega ποινή que significa no solamente pena, sino también premio o recompensa, y es usada para aquellos intereses que se acuerdan en el momento del préstamo de dinero, y para el otro tipo de intereses se adoptan los términos “usura” y “usurae” (D.24,2,2,4). “Faenus” equivale a ganancias o lucro y mas concretamente al interés del dinero prestado. Con respecto a su etimología Aulo Gelio después de ridiculizar algunas etimologías sobre dichas palabras, parece aprobar la de Varron, el cual según Gelio en el Libro III de su tratado “Sobre Lengua Latina” nos dice que “Faenerator” viene de “Faenus” y que Faenus deriva de Fetus (producto), a causa del producto del dinero que se multiplica (...)*”.

⁵³ *Usurae*, vid Varron, *De linguae latinae*, l. 5, 36,183, “*a quo usura, quod in sorte accedebat, impendium appellatum; quae quom accederet ad sortem, usu usura dicta, ut sors quod suum fit sorte*”. Isidoro de Sevilla *Etymologiae* 5.25.15 *Vsura est incrementum fenoris, ab usu aeris crediti nuncupata*. CERVENCA, G., *Usura* (Dir. rom.), en EdD 45 (1992), p. 1126. BRASSIELLO, U., V. *Usura*. *NNDDI*, Torino, 1957, pp.368 y ss; NOODT, G., *De foenore et usuris*. *Opera Omnia* I. Colonia, 1763; SCIALOJA, V., “*Unciarium Fenus*”. *Studi Giuridici II*. Roma, 1934., pp. 287 y ss. HERRERA BRAVO, R., *Usurae. Problemática jurídica de los intereses en Derecho romano*, Jaen, 1997, p 22 indica que la expresión “*usurae*” deriva etimológicamente de “*usus*”, también del término latino e “*utor*”, equivalente a usar, hacer uso y sobre todo significa provecho y utilidad, pero también precio e interés, esto es provecho que se obtiene de lo que se ha prestado. Consiste en la remuneración que el deudor de dinero o de otras cosas, ha de satisfacer al acreedor por la privación que para él supone el no disfrute del capital debido (*sors*). El término tiene para los romanos el simbolico significado de intereses, y no el de intereses excesivos, que nosotros los modernos llamamos usurarios”. TORRENT, A. *Diccionario de Derecho romano*, Madrid 2005, p. 1426-1427 quien afirma que en latín reciben la denominación de *usurae* los intereses convencionales también llamados *fenora*. DE LA ROSA DIEZ, P:” Aspectos del préstamo con interés en derecho romano. Estudios de derecho de obligaciones”. *Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez. Vol.I*. Las Rozas, Madrid, 2006., pp.501 y ss.

⁵⁴ TORRENT, A., *Diccionario de derecho romano*, ob. cit, p. 1426 matiza que *sors* literalmente significa suerte, hecho aleatorio, quizá por el riesgo que envolvía toda operación de crédito sujeta a la eventualidad de no restitución.

⁵⁵ Vid. APPLETON CH.: “*Contribution à l'histoire du prêt à intérêt à Rome. Le taux du 'fenus ancianum'*”, *NRHD*, Paris 1919, XLIII, pp.467 y ss; BIANCHINI M.G., *La disciplina degli interessi convenzionali nella legislazione giustiniana en Studi in o A. Biscardi II*. Milano, 1982, pp. 389 y ss; SALAZAR REVUELTA, M. *La gratuidad del mutuum en el Derecho romano*. Jaen, 1999, pp 174 y ss. SOLIDORO MARUOTTI, L., “*Tassi usurari e giurisdizione*”. *Diritto@storia. Rivista Internazionale di Scienze giuridiche e tradizione romana*, 7, 2008, URL: <http://www.dirittoestoria.it/7/Memorie/Solidoro-Tassi-usurari-giurisdizione.htm>

⁵⁶ La *uncia* comprendía la doceava parte del *as*. Sobre el *foenus unciarium* vid. William Smith, LLD, WILLIAM WAYTE, G. E. MARINDIN, *Ed A Dictionary of Greek and Roman Antiquities*, London, 1890 “*(...) Niebuhr reckons the fenus unciarium on the year of ten months, so that it*

T.8.18a. (Tac, Ann.6.16.2): *XII tabulis sanctum, ne quis unciario fenore amplius exerceat* -Está sancionado por las XII Tablas que alguien cobre más de una uncia de interés.

T.8.18b. (Cato, Agr. Praef.): *Maiores...in legibus posiverunt furem dupli condemnari, feneratorum quadrupli*.-Nuestros antepasados... establecieron en las leyes que el ladrón fuera condenado al doble y el usurero al cuádruple.

TORRENT⁵⁷ pone de relieve que no está claro si este tipo de interés era mensual o anual, ni si el año era de diez meses, propio del antiguo calendario romano en cuyo caso el tipo de interés sería el 8,33% o de 12 meses (en este caso 10%).

Las leyes *Licinia Sextiae* (367 a. C.), de *aere alieno*, permitían al deudor insolvente la imputación al capital de los intereses pagados por los préstamos de dinero, y el fraccionamiento de sus pagos en tres anualidades iguales⁵⁸.

would amount to 10 per cent on the year of twelve months; and in this he is followed by Huschke (*Recht des Nexum*, p. 98 ff.) and Mommsen (*Röm. Gesch.*, i. 3 274=1.220 tr. Dickson), while Walter (*Gesch. des Röm. Rechts*, § 609) and Steuber understood 8 1/3 per cent on the full year. The treatise of Steuber (*Der Zinsfuß bei den Römern*, Basel, 1857). collects and criticises the recent literature of the subject. For the year of ten months, see CALENDARIUM p. 341 a.” APPLETON, C., « Contribution à l’histoire du prêt à intérêt a Rome: le taux du fenus unciarum » en *RHD* 43(1919) 467 y ss; PIKULSKA, A., « Fenus unciarum », *RIDA* 40 (2000), 165 y ss. TORRENT, A., *Diccionario de derecho romano*, ob., cit p. 569 indica (...)” El *fenus unciarum* de XII Tab. 8,18, que la situaba en la doceava parte (*uncia*) al mes del capital prestado que arrojaba la escalofriante cifra del 100% anual”.

⁵⁷ TORRENT, A., *Diccionario de derecho romano*, ob., cit p.360. JIMENEZ MUÑOZ, F.J., *La usura. Evolución histórica y patología de los intereses*, Madrid, 2010., p.27, n. 24, el tipo de interés de la ley de las XII Tablas se situaba en un 8,33% en el primitivo año de 10 meses y en un 10 % en los posteriores de 12 meses. Destaca que no se señala si los intereses eran mensuales o anuales, si bien en la nota 25 advierte que si fueran mensuales alcanzarían un 83,33% en un año de 10 meses y un 100% en el año de 12 meses. Robert Whiston, Ma. Esto ha sido interpretado de diversas formas para significar, (1) una doceava parte de la centesima paga mensualmente, es decir, un uno por ciento por año; y (2) una doceava parte del principal se paga mensualmente, o cien por ciento al año. Niebuhr refuta largamente las dos opiniones; pero puede ser suficiente para observar que una es incompatible con el sentido común, y la otra con la historia temprana de la República. Una tercera y satisfactoria opinión es la siguiente: - La *uncia* fue la duodécima parte del as, y desde el pleno (12 oz.) la moneda de cobre todavía estaba en uso en Roma, cuando las Doce Tablas se convirtieron en ley, la frase *fenus unciarum* sería una expresión natural de interés de una sola onza en la libra; es decir, una duodécima parte de la suma prestada, o 8 1/3 por ciento, no por mes, sino al año. Esta tasa, si se calcula para el año de duración romana de diez meses, daría un 10 por ciento para el año civil de los doce meses, que era de uso común en la época de los decenviros. La analogía de los términos griegos τόκος , ἐπίτριτος , etc., confirma este punto de vista, que, como observa Niebuhr, no queda invalidada por la admisión, que supone un pago anual y no mensual de interés.; pues aunque en los últimos tiempos de la República los intereses vencían todos los meses, no hay rastro de esta habiendo sido el caso anteriormente (Rein, *Römische Privatrecht*, P304). Tampoco es difícil dar cuenta de los cambios; probablemente estaba relacionado con las modificaciones realizadas de vez en cuando en la ley romana de deudor y acreedor (como la abolición de la esclavitud personal para la deuda), el efecto natural de lo que sería para hacer acreedores más escrupulosos en el préstamo de dinero, y mucho más vigilantes en la exigente debido al interés en ella. HERRERA BRAVO, R, *Usurae*. Ob., cit., pp.38 y ss.

⁵⁸ Tito Livio, *Ab Urbe condita*, VI. 35 y 39. En VI.35.4. relata que los tribunos de la plebe Gayo Licinio y Lucio Sextio, hicieron públicos unos proyectos de ley dirigidos en contra del poder de los patricios y a favor de los intereses de la plebe. Uno de ellos que trataba sobre deudas disponía que la usura pagada se imputara a la disminución del capital y que los deudores

Lex Duilia Memnenia de unciario fenore (357 aC) hace referencia al interés del 1 por ciento⁵⁹. Otro plebiscito, *de fenore semiunciarium*, del año 347 a. C., redujo el tipo de interés fijado por las XII Tablas de una onza por as libral, 1/12, a media onza, 1/24 de capital, y permitió a los deudores fraccionar también el pago de la deuda. La *Lex Genucia* del año 342 aC⁶⁰ prohibió para el territorio de Roma - no para el latino- el préstamo con intereses, dado que en esos momentos la usura estaba muy difundida, y había que acabar con el

pudieran satisfacer sus créditos en tres plazos anuales. En 6, 39, 2 deja constancia de hasta qué punto el proyecto sobre la represión de la usura era del agrado de la plebe.

⁵⁹ Tito Livio *Ab Urbe Condita*, VII. 16: “*Haud aeque laeta patribus insequenti anno C. Marcio Cn. Manlio consulibus de unciario fenore a M. Duillio L. Menenio tribunis plebis rogatio est perlata; et plebs aliquanto eam cupidius sciuit*”. CORPET MM-VERGER & PESSONNEAUX, *Histoire romaine de Tite-Live*, t. II, Paris, Garnier, 1904: “*Les patriciens virent avec moins de joie, l'année suivante, sous le consulat de C. Marcus et de Cn. Manlius, les tribuns du peuple M. Duilius et L. Ménius présenter, sur l'intérêt à un pour cent, une loi que le peuple, au contraire, accueillit et adopta avec empressement*”.

⁶⁰ Tito Livio *Ab urbe Condita*, en concreto, VII, 42, 1 refiere que en el año 192 a. C. se sustanciaron muchos pleitos contra los usureros, y duda que esta *lex* se debiera al tribuno Genucio. *Praeter haec inuenio apud quosdam L. Genucium tribunum plebis tulisse ad plebem ne fenerare liceret ...* CORPET MM -VERGER & PESSONNEAUX, *Histoire romaine de Tite-Live* T.II, Paris, 1904: “*Les patriciens virent avec moins de joie, l'année suivante, sous le consulat de C. Marcus et de Cn. Manlius, les tribuns du peuple M. Duilius et L. Ménius présenter, sur l'intérêt à un pour cent, une loi que le peuple, au contraire, accueillit et adopta avec empressement*”. Vid. POMA, G., “Il plebiscito Genucio ne fenerare licet (Liv VII.42.1)” en *RSA* 19(1989), pp., 73 y ss; FASCIONE, L., “*La legislazione di Genucio*”, en *F. Serrao (a cura di), Legge e società nella repubblica romana*, II, Napoli, 2000, 179 ss., en particular 182-185; CARDILLI, R., “Plebiscita et leges Antiusura. Leges fenebres, ius civile ed ‘indebitamento’ della plebe: a proposito di Tac. Ann. VI, 16, 1-2.” *DIRITTO E STORIA* n°7, 2008. <http://www.dirittoestoria.it/7/Memorie/Cardilli-Plebiscita-leges-antiusura.htm>

Tácito, *Annales*, 6, 16 “*...sane uetus urbi faenebre malum et seditio discordiarumque creberrima causa eoque cohibebatur antiquis quoque et minus corruptis moribus. nam primo duodecim tabulis sanctum ne quis unciario faenore amplius exerceret, cum antea ex libidine locupletium ageretur; dein rogatione tribunicia ad semuncias redactum, postremo uetita uersura. ...*”; BURNOUF, JL, *Oeuvres completes de Tacite, traduites en français avec une introduction et des notes*, Paris, 1859. “*... L'usure fut de tout temps le fléau de cette ville, et une cause sans cesse renaissante de discordes et de séditions. Aussi, même dans des siècles où les mœurs étaient moins corrompues, on s'occupait de la combattre. Les Douze Tables réduisirent d'abord à un pour cent l'intérêt, qui, auparavant, n'avait de bornes que la cupidité des riches. Ensuite un tribun le fit encore diminuer de moitié ; enfin on défendit tout prêt à usure ...*” CARDILLI, R : *Plebiscita et leges Antiusura.ob., cit.*

Appiano, *Bellum civile*, 1, 54 relata cómo en el año 91 a. C. la situación económica era especialmente difícil afectando particularmente a los propietarios de tierras, produciéndose numerosos conflictos entre acreedores y deudores al exigir aquellos los préstamos con intereses a pesar de que la *Lex Genucia de federazione* los prohibía e imponía castigos de tipo pecuniario a los que osaban infligirla. Vid. CAPONE, L., “Gli interventi edilizi nella repressione delle usurae”, *LABEO* 45 (1999), pp., 193 y ss. FASCIONE, L., *La legislazione di Genucio, Legge e società nella Repubblica Romana* 2. Napoli, 1988; POMA, G., “Il plebiscito Genucio ne fenerare liceret (Liv., VII, 42, 1)” en *RSA* 19., FASOLINO, F, *Studi sulle Usurae*, ob.,cit., p.25 sobre este pasaje de Appiano manifiesta que el historiador, a propósito de la muerte del pretor Aellio en el 89 a.C la reconduce al hecho de que el magistrado habría buscado dar eficacia a una antigua ley, inaplicada en la práctica, con la cual se prohibía el préstamo con intereses. En la página 26 el autor relata la discusión doctrinal existente sobre el plebiscito Genucio y su contenido que puede reconducirse a: a) los partidarios de que el contenido se refería a la prohibición total de los préstamos a interés. b) los partidarios de estimar que establecía con carácter excepcional una remisión total de los intereses sobre deudas ya existentes, dejando inalteradas las cosas para el futuro.

problema. Si bien no lo consiguió, puesto que los romanos transmitían el crédito a un ciudadano latino, quien les abonaba los intereses para reclamar posteriormente los intereses y el principal al deudor ciudadano romano⁶¹. Ante esto se dictó una *Lex Sempronia*⁶², que extendió la *Lex Genucia* a los latinos y demás pueblos aliados con Roma. Una *Lex Marcia* del año 104 a.C⁶³ concedió la *manus iniectio* contra los usureros. Sila propuso en el año 88 a.C la *Lex Cornelia Pompeia de fenore*⁶⁴, que reestableció la regulación de las XII Tablas-*fenus unciarum*.

Plutarco 20.3⁶⁵relata que en las provincias de Asia el procónsul Lucio Licinio Lucullo en los años 72-70 a.C estableció el límite máximo del interés en el 12%, disponiendo también, que los intereses no debían superar el capital debido, y prohibiendo que el acreedor se apropiase de más del 25% de los bienes del deudor. Asimismo sancionó con la pérdida del crédito a quien añadiese intereses al capital prestado.

Cicerón, gobernador de Cilicia en el 51 a.C, reprodujo en el propio edicto provincial la normativa que afectaba a la *centesima*, estableciendo el límite del 12% anual, pero permitió el anatocismo, que Lúculo había sancionado con la pérdida del crédito (Ad Att 5.21.13)⁶⁶.

⁶¹ Tito Livio *Ab urbe condita* XXXV 7: “*De ea re nihil temere decerni placuit; ad frequentiores consultatio dilata est. instabat enim cura alia, quod ciuitas faenore laborabat et quod, cum multis faenebribus legibus constricta auaritia esset, uia fraudis inita erat ut in socios, qui non tenerentur iis legibus, nomina transcriberent; ita libero faenore obruebantur debitores. cuius coercendi cum ratio quaereretur, diem finiri placuit Feralia quae proxime fuissent, ut qui post eam diem socii ciuibus Romanis credidissent pecunias profiterentur, et ex ea die pecuniae creditae quibus debitor uellet legibus ius creditori diceretur. inde postquam professionibus detecta est magnitudo aeris alieni per hanc fraudem contracti, M. Sempronius tribunus plebis ex auctoritate patrum plebem rogauit plebesque ciuii ut cum sociis ac nomine Latino creditae pecuniae ius idem quod cum ciuibus Romanis esset.*”

⁶² DI LELLA, L., *Il plebiscito Semproniano del 193 a.C e la repressione delle “usurae”*, *Atti dell’Accademia di Scienze Morali e Politiche* 95 (1984), pp. 277 nt 68 y 279.

⁶³ Gai 4.23: “*Sed aliae leges ex quibusdam causis constituerunt quasdam actiones per manus iniectioem, sed puram, id est non pro iudicato, uelut lex Furia testamentaria aduersus eum, qui legatorum nomine mortis causa plus M assibus cepisset, cum ea lege non esset exceptus, ut ei plus capere liceret; item lex Marcia aduersus faeneratores, ut si usuras exegissent, de his reddendis per manus iniectioem cum eis ageretur.*”

⁶⁴ Festus, 516 L (BRUNS, C. G., *Fontes*, II, Tübingen, 1909, p. 43) “*Unciaria lex appellari coepta est, quam L. Sulla et Q. Pompeius tulere, qua sanctum est, ut debitores decimam partem [sortem annuis usuris penderent]*”.

⁶⁵ Plutarco, Lúculo 20.3. Vid BROUGHTON, T- ROBERT S., *The Magistrates of the Roman Republic II*, New York 1952, 106 y ss, SOLIDORO MARUOTI, L., « Sulla disciplina degli interessi convenzionali nell’età imperiale ». *INDEX*, 25(1997), pp. 179 y ss. TORRENT, A., *Usurae supra legitimum modum: Del edicto de Lucullo a los Severos en Studi per Giovanni Nicosia VIII*, Milano, 2007, pp. 259 y ss. GARCÍA GONZALEZ, J.M., “El préstamo y la Usura en el mediterráneo antiguo”, *LUCENTUM*, Nº 3, 1984, p.310 y ss: “(...) en cuanto al límite máximo {centessimae usurae, supra sortis summam, ultra alterum tantum} hay una corriente doctrinal que la sugiere importada de Egipto a fines de la época republicana, siguiendo un texto de Plutarco que atribuye a Lúculo, durante su gobernación, el límite del 12% al año (que sería el precedente de la centésima), y que, de Asia, habría sido traído luego a Roma (PLUTARCO, Lúculo, 20). Diodoro Sículo también postula el origen egipcio de la tasa máxima, pero remitiéndolo al derecho antiguo, autóctono, de aquella región, durante el siglo VIII a. C”.

⁶⁶ Cic. Ad Att. 5.21.11: “(...) interim cum ego in edicto translaticio centesimas me observaturum haberem cum anatocismo aniversario (...) PUGLIESE, G., “Riflessioni sull’editto

Esta normativa se extendió a Roma en el año 51 a.C, mediante un senadoconsulto⁶⁷, que unificó el tipo máximo de interés al 12% anual (1% mensual): *Usurae centesimae*⁶⁸, que se mantendrá por Diocleciano (CJ 4.2.8)⁶⁹ y Constantino (CTh 2.3.3.1) y hasta las reformas operadas por el derecho justiniano. También se denominaban *kalendariae*, porque se cobraban los días primero de cada mes (*kalendae*), y generaban la *actio kalendarii*.

Constantino, en una constitución del año 325 d.C que nos transmite CTh 2.33.1⁷⁰, estableció un máximo del 50% en los préstamos en especies, y de un 12% anual en los préstamos de dinero⁷¹. Posteriormente, y debido a la

di Cicerone in Cilicia” en *Syntelesia Arangio Ruiz* II, Napoli, 1964, pp. 982 ss; PEPPE, L, Note sull'èditto di Cicerone in Cilicia”, en *LABEO* 37, 1991, pp 14 ss. TORRENT, A., “*Usurae supra legitimum modum*”, ob., cit., pp. 259.

⁶⁷ Cic. Ad Att. 5.21.13 (...) *Cum senatus consultum modo factum sit, puto, postquam tu es profectus, in creditorum causa, ut centesimae perpetuo fenore ducerentur*”. Vid. MOMMSEN, T *Romische Geschichte*, 3, Leipzig, 1856, 537 ss; MARTINI, R., *Richerche in tema di editto provinciale*, Milano, 1969; SOLIDORO MARUOTI, L., “Sulla disciplina degli interessi convenzionali nell'età imperiale” en *INDEX*, 25 (1997), pp. 179 y ss; CERVENCA, G., v.Usura (Diritto romano) Enc.Dir. XIV, Milano, 1992, pp. 1127 e. FASOLINO, F., *Studi sulle Usurae*, Salerno, 2006, pp 37 y ss, donde analiza los problemas que presenta este senadoconsulto sobre la validez general del mismo.

⁶⁸ Sobre la regulación de los intereses en la época republicana, ver. ROYER, J. P., “Le problème des dettes à la fin de la République romaine”, en *Revue historique de droit français et étranger*, 45 (1967), pp. 191-240 y 407-450; CERVENCA, G., *Contributo allo studio delle “usurae” cd. Legati nel diritto romano*, Milano, 1969. BARLOW, CH.T., *Bankers, Moneylenders, and Interest Rates in the Roman Republic*, Michigan, 1978; TILLI, G., “Postremo vetita versura”, en *BIDR*, 86-87 (1984), pp.147-163; STORCHI MARINO, A., “Quinqueviri mensarii, Censo e debiti nel IV secolo”, en *ATHENAEUM*, 81 (1993), pp. 213-250; RIVIERE, Y., “Les quadruplateores et la répression du jeu de l'usure, et de quelques autres délits sous la république romaine”, en *Mélanges d'archéologie et d'histoire de l'École Française de Rome, Antiquité*, 109 (1997), pp. 577-631; SOLIDORO MARUOTI, L., « Sulla disciplina degli interessi convenzionali nell'età imperiale ». *INDEX*, 25 (1997), pp.179 y ss; PIKULSKA, A. “Problème de l'usure en Rome républicaine, favor debitoris?” en *ORBIS IURIS ROMANI*, 6 (2001), pp. 124-150.

⁶⁹ CJ 4.2.8 Imperatores Diocletianus, Maximianus. “*Si pro mutua pecunia, quam a creditore posebas, argentum vel iumenta vel alias species utriusque consensu aestimatas accepisti, dato auro pignori, licet ultra unam centesimam usuras stipulanti spondesti, tamen sors, quae aestimatione partium placito definita est, et usurarum titulo legitima tantum recte petitur. Nec quicquam tibi prodesse potest, quod minoris esse pretii pignus quod dedisti proponis, quominus huius quantitatis solutioni pareas * DIOCL. ET MAXIM. AA. ET CC. PROCULO. * <A 293 S. XVII K. IAN. AA. CONSS.>*”

⁷⁰ Cth 2.33.1: IMP. CONSTANT(INUS) A. AD DRACILIANUM AGENTEM VICES P(RAE)FECTORUM P(RAE)TORI O. *Quicumque fruges humidus vel arentes indigentibus mutuas dederint, usurae nomine tertiam partem superfluum consequantur, id est ut, si summa crediti in duobus modiis fuerit, tertium modium amplius consequantur. Quod si conventus creditor propter commodum usurarum debitum recuperare noluerit, non solum usuris, sed etiam debiti quantitate privandus est. Quae lex ad solas pertinet fruges: nam pro pecunia ultra singulas centesimas creditor vetatur accipere. P(RO)P(OSITA) CAESAREA XV KAL. MAI. PAULINO ET IULIANO CONSS.*

⁷¹ Cth 2.33.1” (...) *Quae lex ad solas pertinet fruges: Nam pro pecunia ultra singulas Centesimas creditor vetatur (vetetur gothofredus) accipere. Interpretatio. Nam quando pecunia fuerit commodata, nisi unam tantum centesimam a creditoribus exigi non iubemus*”. SOLIDORO MARUOTTI, L., “Sulla disciplina degli interessi convenzionali”, ob.cit., p.186. n 27 donde indica que la derivación oriental de la medida del 50% en la circunstancia de que Constantino emanó la constitución durante su residencia en Cesarea de Palestina, encargándose a Draciliano, funcionario de Palestina en Egipto. Tal circunstancia indujo a

introducción de la *siliqua*, que correspondía a 1/24 del *solidus*) los tipos de intereses se fijaron en la práctica en un 12,5% -*usura pseudocentesima*- por razones de cálculo⁷², que posteriormente adopta el Código de Eurico 285,9⁷³.

Estos límites máximos no significan que en los intereses pactados convencionalmente hubiera que llegar a ellos. La determinación del tipo de interés dependía del resto de elementos que se tenían en cuenta para la concesión de los préstamos: duración, liquidez del deudor, el objeto, etc.

En la edad republicana, Cicerón ep.5.6.2⁷⁴ da cuenta de buenos préstamos de larga duración garantizados, pactando intereses al 6%. En la época imperial, eran comunes los acuerdos de intereses en porcentajes que oscilaban entre un 4 y 6%⁷⁵. En cambio, los préstamos no garantizados, de breve duración, solicitados por personas de dudosa liquidez, o en estado de necesidad, la tasa de interés convencional solía ser del 12% o más. A esta categoría pertenece la definida por Seneca como *sanguinolenta centesima*⁷⁶.

pensar a Godofredo que la disposición tuviese vigor solamente en Palestina. Numerosas fuentes acreditan la difusión en todo el resto del Imperio.

⁷² BIANCHI, E., "In tema di usura. Canoni conciliari e legislazione imperiale del IV secolo del IV secolo. II.", en *ATHENAEUM*.62, 1984, pp., 142 y ss.

⁷³ D'ORS, A: *El Código de Eurico. Estudios Visigóticos II*, Madrid, 1960.p 207-208: "indica que los intereses no son exigibles si no figuran en la *cautio* (CE 285,3) o si el acreedor, aprovechándose de la necesidad del prestatario, estipuló unos intereses superiores a la tasa legal (CE 285,2), que se fija como la romana, corriente en la época post-Constantiniana, de la pseudo- centesima, es decir, la del 12,50 por 100 anual: tres *siliquae* por cada *solidus* o 1 *solidus* por cada 8. En la nota 682 aclara que cada *solidus* tenía 24 *siliquae*, remitiéndose a S. Isidoro, *Etym* 16.25.9. Leovigildo, para el mutuo de fruges, establece el interés del 50 por 100 (LV 5, 5, 9). Estas normas, aunque dentro siempre de la tradición romana, reflejan una nueva postura legislativa, congruente con la idea antes señalada como típicamente Euriciana del reparto del riesgo. Es de advertir todavía que la pérdida de todo interés cuando se han estipulado excesivos supone una cierta mitigación de la disciplina vigente, pues CTh 2,33,2(386) c. interp. Establece la pena del *quadruplum* de lo indebidamente cobrado, el *duplum* para los préstamos anteriores a la ley) y ETh 134 la de perder incluso el capital prestado- *Amitat sortem debiti creditor qui ultra legitimam crediderit a debitore poscendum*-; la norma Euriciana aparece así como una mitigación de la de ETh".

⁷⁴ Ciceron *Epistula ad familiares a Publio Sextio* 5.6., (...) *partim mihi non credunt et a me insidias metuunt nec putant ei nummos deesse posse, qui ex obsidione feneratorum exemerit. Omnino semissibus magna copia est; ego autem meis rebus gestis hoc sum assecutus, ut bonum nomen existimer.*

⁷⁵ Pers. Sat 5.149 s (tasa del 5%); Colum de re r.3.3.9 (tasa del 6%); Plinio. N.h. 14.4.6.56 (califica *usura civilis ac modica* la tasa del 6%); Plin. Ep. 7.18 (tasa del 6%). TORRENT, A: *Usurae supra legitimum modum*, ob., cit., p. 262 sostiene que "ciertamente nunca se aplicó con rigor este tipo del 12% anual elevado medio punto por Constantino (CTH 2.33.1.), en cuanto muchos textos dejan traslucir que no sólo había diferentes tasas de interés entre las distintas provincias sino también entre diversas civitates, de modo que por encima de eventuales rescriptos imperiales limitadores, el mos regiones (que obviamente traducían en términos económicos las necesidades de financiación en cada provincia) imponía diversos tipos válidos en las obligaciones convencionales en que ambas partes mediante *stipulationes* privadas fijaban el tipo de financiación".

⁷⁶ Seneca, *De beneficiis* 7,10: *Quid sunt istae tabulae, quid computationes, et uenale tempus, et sanguinolentae centesimae?* Solía recurrirse al mutuo con *stipulatio* en la praxis negocial. Vid. D.45.1.122.pr; D.12.1.40 y D.45.126.2. Los acreedores que intencionadamente pretendían exigir intereses en medida superior a la legalmente establecida por el ordenamiento jurídico, para no dejar ningún rastro de ello a fin de que el deudor no lo utilizase como prueba, solían acudir a un mecanismo- *stipulationes sortis et usurarum*- por el que el promisor se obligaba al pago sin

Justiniano inspirado en el principio del *favor debitoris*, ve la necesidad de reorganizar todo el régimen jurídico de la *usurae*, tanto la convencional como la legal, para lo cual dicta una serie de disposiciones normativas⁷⁷. Comienza estimando necesaria hacer una ley para reducir los tipos de interés máximos, moderando los antiguos que producían una dura y pesadísima carga. Así en C 4.32.26.1, del 13 de diciembre del año 528 d.C.⁷⁸, estableció como tipo máximo general para los préstamos ordinarios entre particulares, el 6% anual- *dimidia centesima*-, con excepciones para las personas ilustres o las que les aventajan⁷⁹, que no podían estipular intereses superiores al 4% anual- *minime licere ultra tertiam partem centesimae usurarum*-; los banqueros y demás comerciantes profesionales al 8% anual⁸⁰, y los préstamos marítimos y de mercancías al 12%

distinguir lo debido a título de capital ni cuanto se debe a título de intereses. Al asumir el promisor una obligación abstracta, debía pagar la totalidad del objeto de la *stipulatio*.

⁷⁷ Sobre la legislación justiniana en tema de *usurae* ver, CASSIMATIS, G, *Les intére'ts dans la législation de Justinien et dans le droit byzantin* (Paris, 1931). BONINI, R: *Ricerca di diritto giustiniano*, Milano, 1968; BIANCHINI, G, *La disciplina degli interessi convenzionali nella legislazione giustiniana*. *Studi in onore di A. Biscardi*, II, Milano, 1982, pp. 393 y ss. LUCHETTI, G., « *Banche, banchieri e contratti bancari nella legislazione giustiniana* ». *BIDR* 94-95, 1991-1992, pp. 450 y ss. FASOLINO, F., *Studi sulle Usurae.*, ob., cit., p.160 indica que la constitución, cualificada como *generalis sanctio* por el mismo emperador, afronta de manera general y organizada la materia de los intereses; la nueva disciplina así emanada contempla por tanto diversos aspectos de la *usurae*, poniendo siempre el acento en la óptica de su contención

⁷⁸ CJ 4.32.26:1. *Super usurarum vero quantitate etiam generalem sanctionem facere necessarium esse duximus, veterem duram et gravissimam earum molem ad mediocritatem deducentes. 2. Ideoque iubemus illustribus quidem personis sive eas praecedentibus minime licere ultra tertiam partem centesimae usurarum in quocumque contractu vili vel maximo stipulari: illos vero, qui ergasteriis praesunt vel aliquam licitam negotiationem gerunt, usque ad bessem centesimae suam stipulationem moderari: in traiectionibus autem contractibus vel specierum fenori dationibus usque ad centesimam tantummodo licere stipulari nec eam excedere, licet veteribus legibus hoc erat concessum: ceteros autem omnes homines dimidiam tantummodo centesimae usurarum posse stipulari et eam quantitatem usurarum etiam in aliis omnibus casibus nullo modo ampliari, in quibus citra stipulationem usurae exigi solent. 3. Nec liceat iudici memoratam augere taxationem occasione consuetudinis in regione obtinentis. IUST. A. MENAE PP. *A 528 D. ID. DEC. CONSTANTINOPOLI IUSTINIANO PP A. II CONS.> HERRERA BRAVO, R, *Usurae*, ob., cit., pp 49 y ss afirma que se la c. 26 se califica como una *generalis sanctio*, proveyendo junto al límite máximo del 6% otra serie de tipos más bajos o un poco mas altos al tipo fijado.*

⁷⁹ SOLIDORO MARUOTI, L, “Sulla disciplina degli interessi convenzionali”, ob. cit., pp. 558 y ss; FASOLINO, F., *Studi sulle usurae*, ob. cit., pp 168-169.

⁸⁰ FASOLINO, F., *Studi sulle usurae*, ob. cit., pp 169 ss. donde destaca que el fundamento de esta excepción establecida para los banqueros se encontraba en la presión de las reclamaciones efectuadas por las potentes corporaciones de *argentarii*, categoría en favor de la cual, les fueron concedidos beneficios sustanciosos, basta pensar en la novela 136.4 del 6 de febrero de 535, con la cual los banqueros obtenían la extensión de la tasa más elevada a los intereses derivados de pactos verbales, evidentemente frecuentes en el ámbito de su actividad; también en Ed 9.6.pr el emperador concede a los *argentarii* aplicar la tasa mas elevada en el caso que hubiere conseguido una milicia o hubieren devenido ilustres, derogando cuanto había establecido poco antes con relación a esta categoría social en CI 4.32.26.2. A este autor no le parece de todo exacto esta hipótesis pues también piensa que Justiniano tuvo en cuenta la necesidad de preveer una adecuada forma de remuneración para los que profesionalmente se dedicasen a la actividad de préstamos con interés. Reducir el margen de ganancia de los banqueros habría significado desincentivarlos de continuar invirtiendo los capitales en financiación que se revela necesaria para las inversiones productivas y comerciales y para garantizar un determinado nivel mínimo de consumo. Por otro lado, la opinión tradicional parece excesivamente centrada en la consideración solo de los *argentarii*, olvidando el dato que la tasa del 8% se extendía a todas las categorías de empresarios.

y 12½%, anual, prohibiendo a los jueces aplicar las costumbres locales- *mos regiones: Nec liceat iudici memoratam augere taxationem occasione consuetudinis in regione obtinentis.*

El 1 de abril del año 529 dicta una constitución imperial, dirigida a Menna, Prefecto del pretorio, recogida en CJ 4.32.27⁸¹, en la que rechaza la mala interpretación que venían realizando algunos sobre la tasa de intereses que había establecido, y ordena que los que habían estipulado intereses mayores a la tasa legal, debían ajustar sus acciones a la cuantía tasada en la misma ley desde el tiempo de su promulgación, habiendo de exigir los intereses del tiempo transcurrido hasta su promulgación conforme al tenor de la estipulación. Asimismo, reafirmó la antigua prohibición de las *usurae supra duplum*, no concediendo de ninguna manera que los intereses superen en más del doble el capital prestado, extendiendo dicha prohibición también a los juicios de buena fe así como en todos los demás casos en que se exijan intereses.

En la Novela 121.2⁸² del año 542 d.C, el emperador Justiniano, en relación con la prohibición de exigir *usurae supra duplum*, dispone que los intereses ya pagados serán imputados al capital, o estando obligado el deudor a restituir el capital *-sors-* cuando hubiere abonado al acreedor, a título de intereses, una suma igual al doble de la suma prestada. Asimismo, abole de forma expresa un rescripto del emperador Caracalla, de contenido opuesto, que nos transmite CJ 4.32.10⁸³, de tal forma que los intereses pagados por plazos sí le aprovechan al deudor, a los fines de respetar el límite del *duplum*.⁸⁴

⁸¹ CJ 4.32.27. *Imperator Justinianus. De usuris, quarum modum iam statuimus, pravam quorundam interpretationem penitus removens iubemus etiam eos, qui ante eandem sanctionem ampliores quam statuta sunt usuras stipulati sunt, ad modum eadem sanctione taxatum ex tempore lationis eius suas moderari actiones, illius scilicet temporis, quod ante eandem fluxit legem, pro tenore stipulationis usuras exacturos. 1. Cursum insuper usurarum ultra duplum minime procedere concedimus, nec si pignora quaedam pro debito creditori data sint, quorum occasione quaedam veteres leges et ultra duplum usuras exigi permittebant. 2. Quod et in bonae fidei iudiciis ceterisque omnibus in quibus usurae exiguntur servari censemus. * IUST. A. MENAE PP. * <A 529 D. K. APRIL. CONSTANTINOPOLI DECIO VC. CONS.>*

⁸² NJ 121.2: *Itaque quoniam leges nostrae nihil supra duplum solvi volunt, eamque a prioribus discrepantiam habent, quod illae quidem debita usque ad duplum sistebant, si nulla solutio facta esset, nos autem eas quoque solutiones quae per partes fiant debita solvere permisimus, siquidem usque ad duplum perveniant, sancimus ut secundum hoc fiat computatio, atque illi si quantum reliqui sit ad mille aureos solvant etiam feneratorum sescentorum aureorum cautionem recipiant, ne ex hac causa eveniat ut multiplicatum debitum exigatur. Epilogus. Magnificentia igitur tua quae nobis placuerunt et per hanc sacram pragmaticam sanctionem declarantur ad opus et effectum adducere studeat, ut et interpretatio contra haec prolata in sententiis, quarum supplices meminerunt, abiciatur, et omnia quae per obreptionem et ab una parte adversus legem acta sunt vel agentur cessent. Divinitas te servet per multos annos, frater iucundissime. Dat. XVII. k. Mai. CP. Belisario vc. cons.*

⁸³ CJ 4.32.10 *Imperator Antoninus. Usurae per tempora solutae non proficiunt ad dupli computationem. Tunc enim ultra sortis summam usurae non exiguntur, quotiens tempore solutionis summa usurarum excedit eam computationem * ANT. A. CRATO ET DONATO MIL.*

⁸⁴ Vid NJ 138 *Imp. Justinianus pp. Aug. Hermogeni magistro officiorum. Manifestissima est nostri numinis constitutio, quae usque ad dupli quantitatem exactionem debiti concludit Si igitur creditores tui quidam in duplum acceperunt, alii adhuc minus consecuti sunt, hi quidem qui in duplum ex usurarum quantitate per diversa tempora consecuti sunt, nullam adversus te inquietudinem proponere concedantur, alii autem, si simili modo repleti fuerint, eo modo silere*

Basilio Macedonio en el siglo IX prohibió la usura, pero su hijo Leon VI el filósofo revocó la prohibición permitiendo unos intereses del 4% tal como se nos trasmite en la constitución 83 del emperador León a Stiliano⁸⁵, al estimar que a causa de la pobreza, la prohibición de los intereses establecida por su padre, no redundaba en mejoría, que era el propósito del legislador, sino en empeoramiento, porque después de promulgada la ley, quienes antes entregaban dinero en mutuo, al no poder percibir ningún lucro del mutuo, son inhumanos y crueles contra los que necesitan de tal humanidad de recibir dinero a préstamo. Siendo por ello que dicta una nueva constitución, en la que dispone que el uso del mutuo produzca intereses al 4%, por lo que cada año produce para los prestamistas una silicua cada sueldo.

La tasa usual en época justiniana, no obstante, era del 6% anual con carácter general para los préstamos ordinarios entre particulares, salvo el préstamo marítimo, que por su propia naturaleza soportaba la imposición de tasas superiores, sin olvidar que los préstamos de los banqueros y demás comerciantes profesionales estaban fijadas en el 8% anual.

b) CONSECUENCIAS CIVILES DE ACORDAR/PACTAR INTERESES ILEGÍTIMOS.

En el derecho romano se preveían consecuencias penales⁸⁶ y civiles para aquellos acreedores que exigían ilegítimamente intereses. En este trabajo únicamente voy a destacar las consecuencias civiles que preveía el ordenamiento jurídico romano en estos supuestos, que afectaban tanto al derecho del acreedor como al resarcimiento del deudor.

b.1. Consecuencias que afectan al derecho de crédito del acreedor. El ordenamiento jurídico romano negaba al acreedor acciones para reclamar intereses que superasen la tasa legal: *denegatio actionis*.

La sanción establecida en estos supuestos consistía en la imposibilidad de ser exigidos. Los intereses ilícitos se tenían por no expresados o no puestos. Así se manifiesta Ulpiano, comentario al edicto, Libro XXVI, contenido en D. 12.6.26.1, donde se afirma que no pueden comprenderse en la estipulación, ni exigirse los intereses sobre el duplo: *supra duplum autem usurae et usurarum usurae nec in stipulatum deduci, nec exigi possunt (...)*⁸⁷.

compellantur; et si debita sua consecuti fuerint, feneratorias cautiones recuperari, vel si remanserint, suis viribus vacare, si preces verae sunt, praesentis oraculi sanctione decernimus.

⁸⁵ Novela del emperador Leon a Styliano, constitución 83

⁸⁶ GLÜCK, F., *Commentario alle Pandette*, ob. cit., pp., 106 y ss. ROTONDI G., *Vecchie e nuove tendenze per la repressione dell'usura. Scritti giuridici III*. Milano 1922. SOLIDORO MARUOTTI, L., "Sulla disciplina degli interessi convenzionale nell'età imperiale", *INDEX* 25 (1997), pp. 203 y ss., SALAZAR REVUELTA, M., "La represión penal de la usura en la república romana y su evolución". *REVISTA ESTUDIOS HISTORICO-JURIDICOS*. n. 26, Valparaíso 2004, pp. 85-111. Idem: *Les sanctions pénales des usurae illicitae dans les codes romains des périodes post-classique et byzantine et leurs antécédents historiques. Doctrine et pratiques pénales en Europe*. Montpellier, 2011, pp.45 y ss.

⁸⁷ D. 12.6.26.1, Ulpianus libro 26 ad edictum: *Supra duplum autem usurae et usurarum usurae nec in stipulatum deduci nec exigi possunt et solutae repetuntur, quemadmodum futurarum usurarum usurae*. CERVENCA, G., "Sul divieto delle cd. "usurae supraduplum"", *INDEX* 2 (1971) 291 y ss. Id. Sv Usura (diritto romano) en ED, 45, Milano 1992, 1128. SOLIDORO MARUOTTI, L,

Paulo en sus comentarios a Sabino, Libro XII recogidos en D.22.1.20⁸⁸, deja claro que los intereses ilícitos, mezclados con el capital, no vician el capital y por tanto no se deben: *Usuras illicitas sorti mixtas ipsas tantum non deberi constat, ceterum sortem non vitare*.

Marciano en el comentario a la Instituta, libro XIV, que nos transmite D. 22.1.29⁸⁹, relata que se determinó *–placuit–*, que si alguno hubiere estipulado o intereses sobre la tasa establecida, *sive supra statutum modum uis usuras stipulatus fuerit*, o intereses de los intereses, *sive usurarum usuras*, se tenga por no expresado lo que ilícitamente se expresó, *quos illicite adiectum est, pro non adiecto haberi*, y que se puedan pedir los lícitos: *et licitas peti posse*.

En consecuencia, estimaban que el contrato de préstamo era válido y eficaz y también el acuerdo, en virtud del cual el préstamo producía intereses; si bien la cuantía de los intereses no podía superar la tasa legal establecida, de tal forma que si la superaba, el acreedor únicamente podía reclamar la cuantía que se ajustase a los límites de la tasa legal, teniendo por no puesto lo añadido ilícitamente. La disciplina clásica preveía, en consecuencia, la invalidez parcial de la estipulación que tenía por objeto intereses que excedían de los límites fijados normativamente⁹⁰.

“Ultra sortis summam usurae non exiguntur” en *LABEO* 28 (1982), 164 y ss; y en “Sulla disciplina degli interessi convenzionale nell’età imperiale”, *INDEX* 25 (1997) 179 y ss.

⁸⁸ D.22.1.20 Paulus, libro 12 ad Sabinum: “*Usuras illicitas sorti mixtas ipsas tantum non deberi constat, ceterum sortem non vitare*”. SOLIDORO MARUOTTI, L, “Sulla disciplina degli interessi convenzionale”, ob., cit., p. 201, destaca que el pasaje tiene un enunciado de carácter general. Se pueden convenir intereses excediendo de la tasa consentida sin que por esto resulte afectada la totalidad del contrato. Sin embargo, no está claro si Paulo mantiene exigible solamente la *sors* (y la formulación del texto haría pausable esta hipótesis), o, de conformidad, con la solución precedentemente expuesta, también podrían exigirse los límites legales. Si una disputa jurisprudencial realmente existió, ella desapareció con una constitución emanada en el año 239, con la cual se precisó, que en presencia de una estipulación que tenía por objeto *usurae* ilícitas, el deudor estaba obligado a pagar ya el capital, ya los intereses en la medida de la *centesima*”.

⁸⁹ D. 22.1.29 Marcianus libro 14 institutionum: “*Placuit, sive supra statutum modum quis usuras stipulatus fuerit sive usurarum usuras, quod illicite adiectum est pro non adiecto haberi et licitas peti posse*”. Vid. MURILLO VILLAR, A, *Anatocismo. Historia de una prohibición. Homenaje a J.L. Murga*, Madrid 1994, pp. 504 y 505. FASOLINO, F: *Studi sulle usurae*, ob.cit., pp. 56 y ss. quien afirma que el fragmento, de cuya clasicidad no puede dudarse expone coherentemente con la naturaleza institucional de la obra de la cual es un experto, un evidente principio general, casi seguramente introducido, como se resalta con la expresión *placuit*, por constituciones imperiales que, sin embargo, no vienen expresamente mencionadas. Un sector de la doctrina, ha sostenido la alteración del fragmento, al estimar que solo en la edad postclásica o justiniana existía la posibilidad de reducir los efectos negociales por medio de la invalidez parcial. Vid. PARTSCH, J, *Die Lehre vom Scheingeschäfte im römischen Rechte*, ZSS 42 (1921) p. 266., nt 1; CUGIA, S, *La nullità parziale del negozio giuridico nel D.24.1*, Napoli 1922; BETTI, E, *Diritto romano*, Padova 1935, pp. 333 y 343. SOLIDORO MARUOTTI, L, *Ultra sortis summam usurae non exiguntur*, *Labeo* 28, p.170. Idem en “Sulla disciplina degli interessi convenzionali” cit., p.200.

⁹⁰ Invalidez parcial que también se observa en D. 22.1.9.pr Papinianus libro 11 responsorum “*Pecuniae faenebris, intra diem certum debito non soluto, dupli stipulatum in altero tanto supra modum legitimaе usurae respondi non tenere: quare pro modo cuiuscumque temporis superfluo detracto stipulatio vires habebit*” y en D.22.1.20 Paulus, libro 12 ad sabinum, vid n. 70. Vid. TORRENT, A. *Usurae supra legitimum modum*, ob., cit., p.282. DOMINGUEZ TRISTAN, P., “La nulidad parcial en el derecho contractual europeo”, ob., cit.

El deudor únicamente ha de pagar el capital debido y los intereses lícitamente acordados, reduciéndose los que superen la cuantía *ex officio iudicis*⁹¹, tal como refiere Paulo en un comentario del *liber singularis de usuris*, recogido en D. 22.1.17 Pr., en el que reproduce un rescripto de Marco Aurelio: *divus Marcus fortunato ita rescripsit: "Praesidem provinciae adi, qui stipulationem, de cuius iniquitate questus est, ad modum iustae exactionis rediget"*.

Esta regla fue sancionada legalmente en una constitución de Diocleciano del año 293 d.C., recogida en CJ 4.2.8⁹², que proclama que solamente se pide con derecho el capital que se fijó en la estimación por convenio entre las partes, y a título de intereses el importe legal: *et usurarum titulo legitima summa tantum recte petitur*.

Constantino, en una constitución reproducida en CTh 2.33.1⁹³, establece que el acreedor sufrirá la pérdida no solo de los intereses, sino también del capital. Esta sanción se reproduce posteriormente en la *Lex Romana Burgundionum* 31.4⁹⁴, y en el Edicto de Teodorico 134⁹⁵.

Justiniano niega la tutela jurisdiccional al acreedor que quiera exigir intereses superiores a la tasa legal -inexigibilidad de intereses así pactados-, disponiendo que los intereses ya pagados disminuyan en esta cantidad la deuda principal -el capital-, prohibiendo que se exija tanto esta parte que ha de disminuirse desde un principio, como los intereses de la misma y así lo dispone en una constitución dada en Constantinopla el año 528 d.C contenida en CJ 4.32.26.1⁹⁶ y en la Novela 121⁹⁷ del año 542 d.C.

⁹¹ SOLIDORO MARUOTI, L “Sulla disciplina degli interessi convenzionali”, ob., cit., pp. 200-201.

⁹² CJ 4.2.8 *Imperatores Diocletianus, Maximianus. Si pro mutua pecunia, quam a creditore poscebas, argentum vel iumenta vel alias species utriusque consensu aestimatas accepisti, dato auro pignori, licet ultra unam centesimam usuras stipulanti spondidisti, tamen sors, quae aestimatione partium placito definita est, et usurarum titulo legitima tantum recte petitur. Nec quicquam tibi prodesse potest, quod minoris esse pretii pignus quod dedisti proponis, quominus huius quantitatis solutioni pareas* * DIOCL. ET MAXIM. AA. ET CC. PROCULO. *A 293 S. XVII K. IAN. AA. CONSS. Vid. SOLIDORO MARUOTI, L, “Sulla disciplina degli interessi convenzionali”, ob., cit., p. 201 y nota 62 y 202.

⁹³ CTh. 2.33.1 : *IMP. CONSTANT(INUS) A. AD DRACILIANUM AGENTEM VICES P(RAE)FECTORUM) P(RAE)TORIO. Quicumque fruges humidus vel arentes indigentibus mutuas dederint, usurae nomine tertiam partem superfluum consequantur, id est ut, si summa crediti in duobus modiis fuerit, tertium modium amplius consequantur. Quod si conventus creditor propter commodum usurarum debitum recuperare noluerit, non solum usuris, sed etiam debiti quantitate privandus est. Quae lex ad solas pertinet fruges: nam pro pecunia ultra singulas centesimas creditor vetatur accipere. P(RO)P(OSITA) CAESAREA XV KAL. MAI. PAULINO ET IULIANO CONSS. Vid. SOLIDORO MARUOTTI, L., “Sulla disciplina degli interessi convenzionali”, ob., cit., p. 205.*

⁹⁴ LRB 31.4: *Si quis duas centesimas pro cautione sibi stipulari fecerit aut fieri pertulerit, etiam eius pecuniae, quam praestetit, amissione multabitur secundum legem Theodosiani: de usuris.*

⁹⁵ Edicto de Teodorico 134: *Qui ultra legitimam centesimam a debitore suo speraverit. Amittat sortem debiti creditor, qui ultra legitimam centesimam crediderit a debitore poscendum.* [CTh. 2, 33, 2).

⁹⁶ CJ 4.32.26.1 “ *Super usurarum vero quantitate etiam generalem sanctionem facere necessarium esse duximus, veterem duram et gravissimam earum molem ad mediocritatem deducentes*”.

⁹⁷ N 121 (...) *ne ex hac causa eveniat ut multiplicatum debitum exigatur.*

En la práctica, la constitución recogida en CJ 4.32.26.1 se consideraba aplicable solo a futuros pactos de intereses, celebrados tras la entrada en vigor de dicha disposición. Pero esa no habría sido la intención de Justiniano, quien para evitar estas malas interpretaciones, promulgó una nueva constitución, en las calendas de abril del año 529 d.C a la que se refiere CJ 4.32.27.pr.,⁹⁸ en la que dejando claro su rechazo a esas interpretaciones, dispuso que los que antes de esta ley estipularon intereses mayores a los que se fijaron, deben ajustar sus acciones a la cuantía tasada en la misma ley desde el tiempo de su promulgación, habiendo de exigir los intereses del tiempo que transcurrió antes de la misma ley conforme al tenor de la estipulación. Es decir, dispuso una parcial eficacia retroactiva a lo establecido en la constitución recogida en CJ 4.32.26.1 para todos los pactos anteriores al 13 de diciembre del año 528.

El emperador no habla de declarar previamente la nulidad de las estipulaciones, o acuerdos relativos a los intereses en medida superior a la establecida. FASOLINO⁹⁹ afirma que se entiende implícita en virtud de lo sancionado por Novela Teodosiana 9, del año 439, sobre la base de la cual se declaraba la ineficacia y la inexistencia de todos los actos contrarios a prohibiciones normativas, ante la ausencia de una explícita previsión en tal sentido por parte del legislador: *Nullum enim pactum, nullam conventionem, nullum contractum inter eos videri volumus subsecutum, qui contrahunt lege contrahere prohibente.*

Como puede observarse, impera mayoritariamente en las fuentes romanas la técnica conservadora de los negocios jurídicos, de forma que la nulidad de la estipulación es parcial, en aplicación de la regla *utile per inutile non vitiatur*¹⁰⁰.

SOLIDORO¹⁰¹, refiriéndose al aspecto procesal de la cuestión, destaca que la protección del deudor se arbitraba mediante la *denegatio actionis* del magistrado, por manifiesta iniquidad de la *intentio*, o concediendo una *exceptio* al demandado para oponerse a la pretensión del acreedor, destacando las diferencias entre ambos mecanismos procesales, pues la *denegatio actionis* no impedía que la acción pudiera ser ejercitada ante otro magistrado, mientras que la concesión de la *exceptio* al deudor, conllevaba el efecto extintivo de la acción que producía la *litis contestatio*, de tal forma que el acreedor no podía volver a reproducir su pretensión ante otro magistrado.

⁹⁸ CJ 4.32.27, Pr.: *Imperator Justinianus. De usuris, quarum modum iam statuimus, pravam quorundam interpretationem penitus removens iubemus etiam eos, qui ante eandem sanctionem ampliores quam statutae sunt usuras stipulati sunt, ad modum eadem sanctione taxatum ex tempore lationis eius suas moderari actiones, illius scilicet temporis, quod ante eandem fluxit legem, pro tenore stipulationis usuras exacturos. IUST. A. MENAE PP. * <A 529 D. K. APRIL. CONSTANTINOPOLI DECIO VC. CONS.>*

⁹⁹ FASOLINO, F., *Studi sulle usurae.*, ob.,cit., pp.178-179

¹⁰⁰ D. 45.1.1.5 *Ulpianus libro 48 ad Sabinum: "Sed si mihi Pamphilum stipulanti tu Pamphilum et Stichum sponderis, Stichum adiectionem pro supervacuo habendam puto: nam si tot sunt stipulationes, quot corpora, duae sunt quodammodo stipulationes, una utilis, alia inutilis, neque vitiatur utilis per hanc inutilem".*

¹⁰¹ SOLIDORO MARUOTI, L., "Sulla disciplina degli interessi convenzionali", ob. cit., p.202-203 y la nota 64 donde se cita bibliografía sobre la relación *denegatio actionis* y *exceptio*.

b.2. **Resarcimiento del deudor.** ¿Qué medios confería el ordenamiento jurídico romano, para que el deudor obtuviese el resarcimiento de los intereses que hubiera pagado por encima de la tasa legal?. En el Derecho romano se distinguían dos supuestos según que el capital aun no hubiera sido devuelto íntegramente al acreedor, o sí se hubiera pagado íntegramente, habiéndose extinguido la obligación por pago.

B.2.1. SI EL CAPITAL NO SE HABÍA PAGADO ÍNTEGRAMENTE. El ordenamiento jurídico romano **optó por la solución de aplicarlos al capital**, no pudiendo ser repetidos.

Tito Livio, *Ab Urbe condita*, VI.35.4¹⁰² relata que los tribunos de la plebe Gayo Licinio y Lucio Sexto, hicieron públicos unos proyectos de ley dirigidos en contra del poder de los patricios, y a favor de los intereses de la plebe. En uno de ellos disponía, que la usura pagada se imputara a la disminución del capital, y que los deudores pudieran satisfacer sus créditos en tres plazos anuales.

Ulpiano, en los comentarios al Edicto, libro XXVI, contenido en D.12.6.26.pr¹⁰³ contesta apelando a un rescripto del Divino Severo *-quo iure utimur-*, que no pueden ser repetidos: *repeti quidem non posse*, sino que han de ser aplicados al capital -sed sorti imputandum. Si después pagó el capital, puede repetirse el capital, como no debido: *et si postea sortem solvit, sortem quasi indebitum repeti posse*.

Tal principio también se reproduce en las Sentencias de Paulo 2.14.2¹⁰⁴ *Usurae supra centesimam solutae sortem minuunt, consumpta sorte repeti possunt*. De tal forma, que solamente los intereses pagados por encima de la *centesima* deben imputarse al capital, pudiendo recuperar el exceso pagado a título de intereses, mediante el ejercicio de la *condictio indebiti*, cuando se hubiere pagado el capital.

A diferencia de las anteriores consecuencias que nos transmiten los juristas romanos, la Novela Teodosiana 9 del año 439 d.C. dispone que todos los actos contrarios a prohibiciones, normativamente impuestas, se sancionan con ineficacia

¹⁰² Tito Livio, *Ab urbe condita*, VI.35.4 (...) “ *creatique tribuni C. Licinius et L. Sextius promulgavere leges omnes adversus opes patriciorum et pro commodis plebis: unam de aere alieno, ut deducto eo de capite quod usuris pernumeratum esset id quod superesset triennio aequis portionibus persolveretur*”.

¹⁰³ D. 12.6.26.pr: “*Si non sortem quis, sed usuras indebitas solvit, repetere non poterit, si sortis debita solvit: sed si supra legitimum modum solvit, divus Severus rescripsit (quo iure utimur) repeti quidem non posse, sed sorti imputandum et, si postea sortem solvit, sortem quasi indebitam repeti posse. Proinde et si ante sors fuerit soluta, usurae supra legitimum modum solutae quasi sors indebita repetuntur. Quid si simul solverit? Poterit dici et tunc repetitionem locum habere*”. Vid. FASOLINO, F, *Studi sulle usurae*, pp.41 y ss. TORRENT, A: *Usurae supra legitimum modum*, ob., cit., n.49 en la que indica que en la reconstrucción del edicto suena así: “*Nunc videndum de indebitum soluto. Et quidem si quis indebitum ignorans solvit, per hanc actionem condicere potest: sed et si sciens se non debere solvit, cessat repetitio*”. Igualmente ver la situación económica que existía en esa época y que relata el profesor Torrent en las páginas 266 y ss.

¹⁰⁴ *Pauli sententiarum interpretatio* 2.14.2. *In pecuniis creditis cum solutio usurarum sortem aequaverit, si quid amplius creditori fuerit datum, de capite debiti subtrahitur. Si vero et centesima et caput impletum est, quod amplius creditor accepit, reddere cogetur debitori*. Vid. TORRENT, A, *Diccionario de derecho romano*, ob., cit., pp. 360 y 361.

e inexistencia, aunque faltase una explícita disposición legal en tal sentido, bien pudiendo la prohibición derivar de una *lex imperfecta*, o de un senadoconsulto, por lo tanto no sería idóneo para provocar la rescisión del acto viciado.

Justiniano en CJ 4.32.26.1¹⁰⁵ dispone que los intereses recibidos por el acreedor contra la tasa establecida en ésta constitución, obligatoriamente han de aplicarse al capital, disminuyendo en esta cantidad la deuda principal, sin que el acreedor tenga facultad para deducir o retener alguna cosa por razón de silicua, o espórtulas o de cualquier otra causa, de las cantidades que se hayan de dar a interés.

Sentado lo anterior, una cuestión a resolver afecta a la forma en que se imputarán al capital los intereses pagados contra la tasa establecida.

LEYSER¹⁰⁶ señala dos formas de efectuar la imputación:

- 1) La primera consiste en deducir cada año del capital lo pagado de más de la tasa lícita de intereses, de modo que cada año se reduce el superávit del capital.
- 2) La segunda consiste en dejar intacto el capital, hasta que sea pagado, y luego restar en bloque el superávit pagado en intereses, como una única suma del capital.

A primera vista puede observarse que ambos modos de cómputo son muy diferentes y que el primero resulta más gravoso al acreedor que el segundo. En efecto para este autor, con el primer modo el capital puede ser cancelado por el exceso de intereses pagados por encima de la tasa lícita; mientras que con el segundo no será tan fácil. Según LEYSER, la primera forma de realizar el cómputo debería tener lugar si el acreedor demanda para obtener el capital, a continuación, se opone la excepción derivada de los intereses pagados por encima de la tasa lícita. El segundo cómputo debe tener lugar si el deudor, después de que ya ha pagado la capital, repite con una *condictio* los intereses pagados por encima de la tasa legal.

WINCKLER¹⁰⁷, MÜLLER¹⁰⁸ niegan que los intereses pagados ilegítimamente disminuyan *ipso iure* el capital; se concederá al deudor solo la facultad de deducir del capital el superávit pagado en intereses; mas este superávit lo consideran como un capital especial, sobre el cual el acreedor debe pagar por todos los años, que disfrutaron del capital, los intereses.

¹⁰⁵ CJ 4.32.26.1: (...)”*Si quis autem aliquid contra modum huius fecerit constitutionis, nullam penitus de superfluo habeat actionem, sed et si acceperit, in sortem hoc imputare compelletur, interdicta licentia creditoribus ex pecuniis fenori dandis aliquid detrahere vel retinere siliquarum vel sportularum vel alterius cuiuscumque causae gratia. Nam si quid huiusmodi factum fuerit, principale debitum ab initio ea quantitate minuetur, ut tam ipsa minuenda pars quam usurae eius exigi prohibeantur*”.

¹⁰⁶ LEYSER., A VON, *Meditationes ad Pandectas*, Vol IV, editio nova, Gegal 1778. *Specimen* CCXL, 10, pp. 879 y ss.

¹⁰⁷ WINCKLER, K. G. VON, *De conditione immodici foeneris*, Lipsiae 1765.

¹⁰⁸ MÜLLER, *Observation pract. ad Leyserum*, T.III citado por GLÜCK, F, *Commentario alle pandette*, traducido por Filippo Serafini, L.XXII, Milano, 1906, p.104, n.80.

Otro sector doctrinal, encabezado por BAUER¹⁰⁹, opina que los intereses pagados en exceso disminuyen *ipso iure* el capital en el momento del pago. Esta idea se ajusta a la naturaleza de la compensación. El capital de año en año, motivado por los intereses pagados de más progresivamente, va disminuyendo, y finalmente desaparecerá totalmente. El acreedor debe tolerar este efecto de la compensación, por cuanto al aceptar los intereses ilícitos, él mismo lo ha provocado.

B.2.2. SI EL CAPITAL YA HABÍA SIDO PAGADO, el deudor puede reclamar los intereses recibido por el acreedor por encima de la tasa lícita, por medio de la *condictio*. C.4.32.18¹¹⁰.

CUJACIO¹¹¹, analizando el texto de las Sentencias de Paulo 2.14, indica que las *usurae* que exceden de la centesima, *per errorem solutae repeti possunt*.

Para GLUCK¹¹², se trata de una *condictio sine causa*, mas que una *condictio indebiti*, pues estima que en este caso no se puede admitir un error por parte del deudor, ni por parte del acreedor, y como los intereses una vez pagados han perdido la cualidad de intereses, así esta claro por qué para los juristas romanos el superávit de los intereses no podían ser reclamados como intereses, sino como capital restituido, tal como se observa en D. 12.6.26. pr.

5. PROPUESTAS DE SOLUCIONES JURIDICAS SOBRE LOS EFECTOS DE ELIMINACION DE LAS CLAUSULAS SUELO AL SER DECLARADAS ABUSIVAS.

Tras el examen de la normativa nacional, comunitaria, así como la jurisprudencia española y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y los antecedentes históricos y legislativos, estimo que podrían adoptarse las siguientes soluciones jurídicas:

1. Inexigibilidad del crédito por parte del acreedor que pretenda exigir intereses derivados de la aplicación de una cláusula suelo.

En este supuesto, el tribunal, podría aplicar las siguientes soluciones:

- A) Inadmitir a tramite la demanda: *denegatio actionis*, al contener reclamación de intereses derivados de una clausula que ha de tenerse por no puesta, por aplicación del artículo 6 de la directiva y del artículo 83 del TRLGCYU, y tal como ya se habían pronunciado a este respecto Ulpiano en D. 12.6.26.1 y Justiniano en CJ 4.32.26.1 y Novela 121.

¹⁰⁹ BAUER, JG, *De usuris sorti imputandis vel repetendis*, Lipsiae, 1760.

¹¹⁰ CJ 4.32.18 *Imperatores Diocletianus, Maximianus*. *Indebitas usuras, etiam si ante sortem solutae non fuerint ac propterea minuere eam non potuerint, licet post sortem redditam creditori fuerint datae, exclusa iuris varietate repeti posse pensa ratione firmatum est.* * DIOCL. ET MAXIM. AA. ET CC. AURELIO CASTORI.

¹¹¹ CUIACIUS, J, *Opera Omnia*. Lugdumi, 1606, p.434.

¹¹² GLÜCK; F, *Commentario alle pandette*, traducido por Filippo Serafini, L.XXII, Milano, 1906, pp.105.

B) Exigir al acreedor que recalcule el préstamo, teniendo por no puesta la clausula suelo, tal como estableció Diocleciano en una constitución recogida en el CJ 4.2.8.

C) Reducir *ex officio iudicis* los intereses que superen la cuantía lícita, tal como refería Paulo, en D.22.1.17 pr.¹¹³: *Praesidem provinciae adi, qui stipulationem, de cuius iniquitate questus est, ad modum iustae exactionis rediget.*

La denegación del despacho de ejecución viene regulada en el artículo 552 de la LEC, en cuyo apartado 1º reformado por la disposición transitoria segunda de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil («B.O.E.» 6 octubre) impone al tribunal la obligación de examinar de oficio si alguna de las cláusulas incluidas en un título ejecutivo de los citados en el artículo 557.1 puede ser calificada como abusiva. Cuando apreciarse que alguna cláusula puede ser calificada como tal dará audiencia por quince días a las partes. Oídas éstas, acordará lo procedente en el plazo de cinco días hábiles conforme a lo previsto en el artículo 561.1.3ª, disponiendo el apartado 2º que el auto que deniegue el despacho de la ejecución será directamente apelable, sustanciándose la apelación sólo con el acreedor. También podrá el acreedor, a su elección, intentar recurso de reposición previo al de apelación.

Una vez firme el auto, que deniegue el despacho de la ejecución, el acreedor sólo podrá hacer valer sus derechos en el proceso ordinario correspondiente, si no obsta a éste la cosa juzgada de la sentencia, o resolución firme en que se hubiese fundado la demanda de ejecución. Por esta vía podría utilizarse la *denegatio actionis*.

También nuestro ordenamiento jurídico prevee como instrumento de defensa que concede al deudor o ejecutado la oposición por la vía del artículo 557 1, apartados 3º *Pluspetición o exceso en la computación a metálico de las deudas en especie* y 7º *Que el título contenga cláusulas abusivas*, ordenándose, por el letrado de la administración de justicia, la suspensión del curso de la ejecución, tal como dispone el apartado 2º del artículo 557 de la lec.

La reducción *ex officio iudicis* exigiría una reforma legislativa, que quizá fuera conveniente realizar.

2. Respecto al resarcimiento del deudor, y en aquellos supuestos en que el Tribunal **declare la no vinculación, y tenga por no puesta la clausula abusiva**, las consecuencias serían diferentes según que el préstamo aun no hubiera sido devuelto por el acreedor, o en los supuestos que ya hubiera

¹¹³ D.22.1.17.pr. *Paulus libro singulari de usuris: "Cum quidam cavisset se quotannis quincunces usuras praestaturum et, si quo anno non solvisset, tunc totius pecuniae ex die qua mutuatus est semisses soluturum, et redditus per aliquot annos usuris mox stipulatio commissa esset, divus Marcus fortunato ita rescripsit: "Praesidem provinciae adi, qui stipulationem, de cuius iniquitate questus est, ad modum iustae exactionis rediget". Haec constitutio ad finitum modum excedit: quid ergo? sic temperanda res est, ut in futurum dumtaxat ex die cessationis crescat usura"*.

cumplido con su obligación, y el acreedor hubiera ya recuperado íntegramente el capital prestado.

Me parece totalmente acorde a derecho las soluciones que ofrecía el Derecho romano para éstos supuestos y que pueden adoptarse plenamente en estos momentos dentro de nuestro ordenamiento jurídico, de tal forma que:

2.1. Si el préstamo aún no ha sido devuelto totalmente al acreedor, el tribunal deberá declarar la no vinculación, y tener por no puesta la cláusula abusiva. Respecto a las cantidades abonadas hasta la declaración de abusividad, las mismas deberán ser imputadas al capital, disminuyendo éste desde el principio, esto es, con efectos *ex tunc*, sin que proceda la devolución al deudor, tal como disponía Ulpiano en D.12.6.26 por Justiniano en CJ 4.32.26.1 y Novela 121.

2.2. En los supuestos en que el capital se haya devuelto por el deudor íntegramente al acreedor, en este caso, nos encontraríamos ante un cobro de lo indebido, tal como apuntó Ulpiano en D.12.6.26.Pr y Paulo en Sentencias 2.14.2, de forma que procedería la devolución de lo abonado indebidamente, siempre que se den los requisitos de los artículos 1895 y ss del Código Civil, que exige error o ignorancia, tal como ya requerían los juristas romanos en D.12.6.1; D.12.6.7, D.12.16.19.1 y posteriormente se recogió en CJ 6.5.1.

Si una persona abonó a sabiendas los intereses pactados en la cláusula suelo, no lo repite con razón y no podrá prosperar la acción del cobro de lo indebido, tal como se establece en los artículos 1895 y ss, y se recogía en las fuentes jurídico romanas en D.12.6.1; CJ 6.5.9.pr.

Por todo ello, para determinar si procede o no la devolución de los intereses por parte del acreedor, es preciso acreditar, por la persona que efectuó el pago, el error o la ignorancia tal como dispone el artículo 1.900 del Código civil.

Los problemas de prueba existieron ya desde antiguo, y por ello es necesario plantearse qué solución deberían dar los tribunales a aquellos supuestos, en que se hubiere pagado los intereses de la cláusula suelo, por razón de la duda, tanto de la inclusión de la misma en la escritura de hipoteca, como de su funcionamiento.

Este caso también se planteó en el Derecho romano y en un texto recogido en CJ. 4.6.11¹¹⁴ se debatió si podían repetir o no lo que hubieren pagado con ánimo incierto. Los emperadores mandaron que a ninguno de los que con ánimo incierto hubieren dado dinero no debido, o hubieren pagado alguna

¹¹⁴ CJ. 4.6.11 *Imperator Justinianus. "Pro dubietate eorum, qui mente titubante indebitam solverunt pecuniam, certamen legislatoribus incidit, utrumne id, quod ancipiti animo persolverunt, possint repetere an non. 1 . Quod nos decidentes sancimus omnibus, qui incerto animo indebitam dederunt pecuniam vel aliam quandam speciem persolverunt, repetitionem non denegari et praesumptionem transactionis non contra eos induci, nisi hoc specialiter ab altera parte approbetur. * IUST. A. IULIANO PP. * <A 530 D. K. OCT. CONSTANTINOPOLI LAMPADIO ET ORESTA VV. CC. CONSS.>"*

otra cosa, se le deniege la repetición, y que no se alegue contra ellos la presunción de transacción, si esta no se probase especialmente por la otra parte.

Estas soluciones jurídicas son totalmente acordes tanto al derecho comunitario como al derecho español, esperando que sean estudiadas y analizadas, tanto por el legislador como por la jurisprudencia, para solucionar los problemas derivados de **tener por no puestas** las llamadas cláusula suelo, pues de ésta forma no se altera el orden socio-económico en que fundamenta el TS su decisión de limitar los efectos de la retroactividad, y se da cumplimiento al artículo 83 de la LGCYU.

En definitiva, una vez más se pone de manifiesto el hecho de que el Derecho privado europeo, y el Derecho privado comparado en general, suponen una actualización y adaptación a las necesidades modernas de viejas concepciones, acuñadas por la ciencia jurídica romana, a la que siempre hay que mirar, pues estos problemas ya se plantearon y fueron resueltos de una forma equilibrada y práctica, valorando los intereses en juego en el negocio, y la solución mas equitativa y justa para todas las partes implicadas en el negocio jurídico.