

## EFFECTOS RESTITUTORIOS DE LA NULIDAD DE LA CLÁUSULA SUELO. STJUE DE 21 DE DICIEMBRE DE 2016

Ana Cañizares Laso

Catedrática de Derecho Civil  
Universidad de Málaga

---

TITLE: *Restitutive effect of invalidity of ground clause. Sentence of Court of Justice of the European Union of December, 21th 2016.*

RESUMEN: La Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, que declaró la nulidad de la conocida cláusula suelo, tuvo gran importancia por el análisis que puso de relevancia cual era la base de la nulidad de una cláusula dentro de un contrato celebrado con condiciones generales que afecta a un elemento esencial, por falta de transparencia. Sin embargo se extralimitó en su afirmación respecto de cuáles eran las consecuencias que deberían derivarse de dicha declaración de nulidad. Tras la sentencia y la multiplicación de demandas por las que se pretendía la restitución de las cantidades indebidamente abonadas, se plantean varias cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre si es conforme con el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, la limitación de la restitución de las cantidades indebidamente abonadas por el consumidor en virtud de la cláusula abusiva a partir de la fecha de la resolución dictada por ese órgano jurisdiccional, en la que se confirma el carácter abusivo de la cláusula en cuestión.

ABSTRACT: The relevance of the ruling of the Tribunal Supremo, May, 9th 2013, proclaiming the invalidity of the so called 'ground clause' comes from the analysis that confirms the nullity of a clause within a contract when said clause is part of the general conditions but affecting an essential element, with lack of transparency as the main argument. However, the Tribunal may have overstepped the mark when naming the consequences derived of said nullity. After the sentence, and the multiplication of claims for the restitution of the amounts unlawfully paid, several questions have been raised to the Court of Justice of the European Union on whether the limitations of the restitution of the amounts paid by the consumers due to the invalid clause from the date of the resolution by the Spanish court are in conformity with art 6, ap 1 of Directive 93/13

PALABRAS CLAVE: Cláusula suelo, condiciones generales de la contratación, incorporación, información y transparencia, nulidad, declaración de nulidad, efectos de la declaración de nulidad.

KEY WORDS: *Ground clause, General conditions of contract, incorporation, information and transparency, invalidity, declaration of invalidity, effects of the declaration of invalidity.*

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO. 2. SENTENCIAS DEL PLENO DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 9 DE MAYO DE 2013 Y DE 25 DE MARZO DE 2015: NULIDAD DE LA CLÁUSULA SUELO E IRRETROACTIVIDAD DE LA RESTITUCIÓN DE LAS CANTIDADES PAGADAS EN VIRTUD DE LA APLICACIÓN DE ESA CLÁUSULA. 2.1. *Nulidad de la cláusula suelo.* 2.2. *Restitución de cantidades cobradas indebidamente como consecuencia de la declaración de nulidad de la cláusula.* 3. SENTENCIA DE 21 DE DICIEMBRE DE 2016 DEL TJUE. 3.1. *Cuestiones prejudiciales planteadas por el Juzgado nº 1 de Granada y la Audiencia Provincial de Alicante.* 3.2. *Conclusiones del Abogado General Paolo Mengozzi.* 3.3. *Fundamento y análisis de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de diciembre de 2016.* 4. CONCLUSIÓN. BIBLIOGRAFÍA.

---

## 1. INTRODUCCIÓN

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su sentencia de 21 de diciembre de 2016, considera que el Derecho de la Unión se opone a una jurisprudencia nacional en virtud de la cual los efectos restitutorios vinculados a la nulidad de una cláusula abusiva se limitan a las cantidades indebidamente pagadas con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declare el carácter abusivo de la cláusula. Parece así poner punto final a uno de los problemas fundamentales en materia de condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas: en concreto, al de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo y a las consecuencias que deben derivarse de dicha declaración, esto es, la restitución de las cantidades indebidamente cobradas en virtud de esta cláusula. Punto final en el sentido de la declaración de nulidad y las consecuencias derivadas de la misma en el supuesto de cláusulas abusivas. No obstante y a partir de este momento se abre el procedimiento de devolución de las cantidades indebidamente cobradas, lo que llevará aparejado el análisis de los distintos casos en los que los consumidores se encuentren tras estos años de interposición de procedimientos judiciales y de celebración de acuerdos extrajudiciales al respecto.

La bien conocida STS 241/2013, de 9 de mayo, sobre la validez o invalidez de las cláusulas suelo, ha sido trascendente y de gran importancia, acrecentada además porque se trataba de una sentencia del Pleno del Tribunal Supremo (Sala Primera), por lo que mostraba el lógico fin de crear por sí misma jurisprudencia. Inicialmente su trascendencia radicó en la declaración de nulidad de la cláusula suelo, es decir, aquella estipulación que en los créditos y préstamos hipotecarios a interés variable impone un límite a la bajada de los tipos, de manera que el prestatario ha de pagar un interés mínimo (interés suelo) aunque el Euribor caiga por debajo de ese mínimo. Fundamental y muy importante en la sentencia fue el análisis de la falta de transparencia, asunto al que a mi juicio debería haberse limitado el Alto Tribunal<sup>1</sup>. No obstante, inicialmente con esta sentencia y con posterioridad con la de 25 de marzo de 2015, también del Pleno, el Tribunal Supremo fue más allá declarando la irretroactividad de las consecuencias de la nulidad, es decir de la restitución de las cantidades indebidamente cobradas como consecuencia de la aplicación de la cláusula suelo<sup>2</sup>. Su trascendencia también se ha puesto de manifiesto,

<sup>1</sup> Vid. mi trabajo «Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo», en *Revista de Derecho Civil*, vol. 2, núm. 3 (2015), pp. 67-105 (<http://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/149/121>) y bibliografía sobre la materia allí citada; también ORDUÑA MORENO, F.J., «Las cláusulas suelo: el control de transparencia (Comentario a la STS de Pleno, 9 de mayo de 2013, núm. 241/2013)», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miguel González*, Aranzadi 2014, pp. 2363 y ss.

<sup>2</sup> CAMARA LAPUENTE, S., «Transparencias, desequilibrios e ineficacias en el régimen de las cláusulas abusivas (un resumen crítico)», en *El Notario del siglo XXI*, 61, mayo-junio 2015, pp. 152-157. PERTIÑEZ VILCHEZ, F., «Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario», *InDret 2013*; «La restitución de cantidades indebidamente cobradas en virtud de cláusulas suelo en contratos de préstamo hipotecario tras la STS 9 de mayo de 2013», en *Diario La Ley* nº 8154, 23 de septiembre de 2013.

aunque por otros motivos, porque el Tribunal Supremo resolvió en contra de lo dispuesto por la normativa española, así como contra lo dispuesto por la Directiva 93/13.

La importancia de estas sentencias del Pleno del Tribunal Supremo radica, pues, en dos cuestiones fundamentales: la declaración de nulidad de la cláusula suelo y la irretroactividad de la restitución que debería producirse como consecuencia de la declaración de nulidad.

Estas sentencias constituyen el origen de la actual del TJUE de 21 de diciembre de 2016, el origen en el sentido de que «de aquellos polvos vinieron estos lodos» porque como veremos inmediatamente la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea supone un buen varapalo a la doctrina sentada por el Tribunal Supremo español en lo que se refiere a las consecuencias que necesariamente deberían haberse derivado de la nulidad. Digo «el origen» sólo en sentido aproximativo, porque verdaderamente la sentencia del TJUE trae causa, en realidad, de la decisión del Juzgado de lo mercantil nº 1 de Granada de suspender el procedimiento iniciado por el Sr. Gutiérrez Naranjo planteando la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia.

Se plantea la cuestión prejudicial sobre: «si es conforme con el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, el reconocimiento a favor de un órgano jurisdiccional supremo de un Estado miembro, tras haber calificado como abusiva una cláusula contractual incluida en un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional y tras haber declarado la nulidad de esa cláusula, de la facultad de limitar los efectos de esta declaración de modo que sólo se reconozca el derecho a la restitución de las cantidades indebidamente abonadas por el consumidor en virtud de la cláusula abusiva a partir de la fecha de la resolución dictada por ese órgano jurisdiccional en la que se confirma el carácter abusivo de la cláusula en cuestión».

Muchos entendimos en su momento que no cabía esta irretroactividad de las consecuencias de la nulidad y que la sentencia inicial del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 infringió tanto la ley española como la normativa europea. De una parte las cláusulas abusivas son nulas de pleno derecho, de acuerdo con la LCGC y el TRLGDCU, y no hay nulidad sin efectos restitutorios derivados de la misma; de otra parte y de acuerdo con el art. 6.1 de la Directiva las cláusulas abusivas «no vincularán» al consumidor, y «no vincularán» significa que el consumidor no queda vinculado y esto es nulidad.

Ahora el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha entendido, en realidad, que la Directiva es contraria a la jurisprudencia nacional relativa a la limitación de los efectos restitutorios vinculados a la nulidad de una cláusula abusiva. En definitiva las Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 y la de 25 de marzo de 2015 fueron contrarias al ordenamiento jurídico español y a la Directiva.

2. SENTENCIAS DEL PLENO DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 9 DE MAYO DE 2013 Y DE 25 DE MARZO DE 2015: NULIDAD DE LA CLÁUSULA SUELO E IRRETROACTIVIDAD DE LA RESTITUCIÓN DE LAS CANTIDADES PAGADAS EN VIRTUD DE LA APLICACIÓN DE ESA CLÁUSULA

La sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 resolvió una acción (colectiva) de cesación entablada sobre la base de la inclusión en los contratos de préstamo hipotecario enjuiciados de límites mínimos a las variaciones del tipo de interés (cláusulas suelo), considerando que estas cláusulas son abusivas por un defecto de transparencia, y no por un desequilibrio excesivo entre la cláusula suelo y el límite máximo a la variación del tipo de interés (cláusula techo).

Las dos cuestiones fundamentales que abordó la sentencia fueron, como ya se ha reiterado, la declaración de nulidad de la cláusula suelo por falta de transparencia, así como una especie de irretroactividad de las consecuencias de la nulidad, esto es de la restitución de las cantidades indebidamente cobradas en virtud de esta cláusula. Innecesaria declaración, en principio, al tratarse de una acción colectiva y no haberse acumulado la solicitud de devolución de cantidades e indemnización de daños (art. 12.2 LCGC).

### 2.1. Nulidad de la cláusula suelo

En principio, el Tribunal Supremo declara en esta sentencia que las cláusulas suelo son lícitas, lo que significa que no siempre y en todo caso la inclusión de esta cláusula en un contrato puede conducir a la nulidad de la misma. No obstante, se declara la nulidad de la cláusula suelo lo que supone que dicha cláusula se tenga por no puesta, pero sin afectar a la validez del resto del contrato de préstamo hipotecario a interés variable que subsiste sin la citada cláusula (nulidad parcial)<sup>3</sup>. Se fundamenta su nulidad en su inclusión en el contrato sin que el consumidor adherente fuese específicamente y suficientemente informado respecto del significado y alcance que tenía dicha cláusula como elemento definitorio del objeto principal del contrato, ya que un contrato de tipo de interés variable se transformaba en la práctica en un préstamo hipotecario con tipo de interés fijo por la inclusión no informada de dicha cláusula.

Lo fundamental de la STS de 9/5/2013 fue el planteamiento y análisis de un control de transparencia separado e independiente de los tradicionales de inclusión y contenido. El Tribunal Supremo señala que el control de transparencia es un control propio, separado y diferente del control de inclusión. En ese sentido en la sentencia se señala que «admitido que las condiciones superen el filtro de inclusión en el contrato, es preciso examinar si además superan el control de transparencia cuando están incorporados a contratos con consumidores». La doctrina desde la originaria Ley de Consumidores y Usuarios y posteriormente la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, se había ocupado esencialmente del control de contenido con el afán de delimitar cuándo una cláusula podía ser calificada de abusiva; sin embargo los autores no se habían ocupado

<sup>3</sup> Una de las cuestiones de mayor calado que suscita el tratamiento procesal de las cláusulas abusivas en el proceso de ejecución hipotecaria es la posible eficacia de cosa juzgada del enjuiciamiento que lleva a cabo el juez ejecutor, y consiguiente imposibilidad de que el consumidor pueda volver a discutir la abusividad en un proceso de declaración. Con mayor extensión, vid. SENÉS MOTILLA, C., «Cláusulas abusivas y ejecución hipotecaria», en *Práctica de Tribunales*, Nº 120 (mayo-junio), 2016 (LA LEY 2611/2016).

especialmente, salvo excepciones contadas<sup>4</sup>, del control de inclusión, y sobre todo de poner de relevancia el control de consentimiento necesario en la contratación con condiciones generales.

Tras la STS de 9 mayo, con el precedente de la STS de 18 de junio de 2012 en la que ya se avanzaba alguna idea, la cuestión ha radicado fundamentalmente en primer lugar, en señalar con base en qué se declara la nulidad de una cláusula dentro de un contrato celebrado con condiciones generales, cuando esta afecta a un elemento esencial y, correlativamente, cuáles sean las consecuencias que deban derivarse de dicha declaración de nulidad.

En realidad se señala que la contratación bajo condiciones generales está sujeta a una doble exigencia de transparencia. De una parte se distingue una exigencia de transparencia a efectos de incorporación al contrato, equivalente al control de inclusión o de incorporación de los arts. 5.5 y 7 b) LCGC, exigencia que sería predicable del contrato de hipoteca. Y de otra, es preciso que las condiciones ya incorporadas al contrato superen «el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta [...] tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la “carga económica” que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo».

En esa línea entiende el Tribunal Supremo que en este segundo examen, la transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su contenido y, en concreto, para impedir que se analice si se han incluido de condiciones abusivas. En resumen, el Tribunal Supremo llega a las siguientes conclusiones: 1) que las cláusulas examinadas, pese a incluirse en contratos ofertados como préstamos a interés variable, de hecho, de forma razonablemente previsible para el empresario y sorprendente para el consumidor, los convierte en préstamos a interés mínimo fijo del que difícilmente se benefician de las bajadas del tipo de referencia; 2) que la oferta como interés variable se revela así engañosa y dificulta la comparación de ofertas; 3) que pese a tratarse de una cláusula definitoria del objeto principal del contrato, las propias entidades les dan un tratamiento impropiaamente secundario, lo que incide en la falta de

<sup>4</sup> En especial GONZALEZ PACANOWSKA, I., «Comentario a los artículos 5 y 7» en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Aranzadi, Navarra 1999; ALFARO AGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid, 1991. En sus iniciales trabajos vid. MIQUEL GONZALEZ, J.M., «Reflexiones sobre las condiciones generales», en *Estudio Homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, vol. IV; «Comentarios a la DA 1ª de la LCGC», en MENÉNDEZ, A., DíEZ-PICAZO, L. (dirs.), ALFARO, J. (coord.), *Comentarios a la Ley de condiciones generales de la contratación*, Madrid: Civitas, 2002, pp. 911 y ss.; «Comentarios al art. 8 LCGC», en MENÉNDEZ, A., DíEZ-PICAZO, L. (dirs.), ALFARO, J. (coord.), *Comentarios a la Ley de condiciones generales de la contratación* (Madrid: Civitas, 2002). PERTIÑEZ VILCHEZ, F., *Las Cláusulas Abusivas por un Defecto de Transparencia*, Aranzadi, Cizur Menor, 2004.

claridad de la cláusula, al no ser percibida por el consumidor como relevante para objeto principal del contrato.

El Alto Tribunal, pese a la extensión de la sentencia, no entra en un posible control de contenido, aunque se realizan diversas consideraciones más bien doctrinales sobre el mencionado control que pudiera conducir a una declaración de la cláusula suelo como cláusula abusiva. Si bien se señala, que una cláusula sea clara y comprensible en los términos expuestos no supone que sea equilibrada y que beneficie al consumidor. Lo que supone es que si se refiere a cláusulas que describen o definen el objeto principal del contrato en los términos expuestos no cabe control de abusividad en sentido estricto –este control sí es posible en el caso de cláusulas claras y comprensibles que no se refieren al objeto principal del contrato–. De forma correlativa, la falta de transparencia no supone necesariamente que sean desequilibradas y que el desequilibrio sea importante en perjuicio del consumidor. Finalmente, y a partir del art. 8 LCGC y del art. 3.1 de la Directiva, el Tribunal Supremo hace un extenso estudio doctrinal de lo que debe entenderse por cláusula abusiva; curiosamente, no se pronuncia al respecto, dado que ya resuelve en función de la falta de transparencia, lo que conlleva, según la sentencia, que no entra en un posible análisis de abusividad de la cláusula a través del control de contenido de la mencionada cláusula suelo.

A partir lo expuesto en la sentencia de 2013, entiendo<sup>5</sup> que ésta carece de la importante conclusión de que la falta de transparencia conduce a que la cláusula en cuestión deba superar un control de contenido, precisamente en aplicación del art. 4.2 de la Directiva con la finalidad de que de no superarlo debería declararse abusiva y por consiguiente nula<sup>6</sup>. Es decir, la consecuencia de la falta de transparencia no es automáticamente la nulidad por abusividad, sino que la consecuencia es el deber de superar el control de contenido, de tal manera que sólo en el caso de no superarlo se estaría en presencia de una cláusula abusiva y de ahí, ya sí, la consecuencia sería la nulidad. Aunque no se explique en la sentencia, subyace de algún modo la regulación existente en el Derecho alemán. En esa línea, en realidad, se considera que la consecuencia de la falta de transparencia es la declaración de nulidad por abusiva porque se entiende que en contra de la buena fe existe un desequilibrio entre derechos y obligaciones de las partes. Puede tratarse de una interrelación directa entre falta de transparencia y abusividad de la cláusula, de desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes contrarios a la buena fe, lo que lleva a esa conclusión de abusividad de la cláusula y por consiguiente a su nulidad<sup>7</sup>. Existe entre la falta de transparencia de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato y el control de contenido una evidente conexión, puesto que la

<sup>5</sup> Como ya expuse en Control de incorporación y transparencia...cit. pp. 78 y ss.

<sup>6</sup> Vid. Conclusiones del Abogado General Mengozzi (46 a 50) que se reiteran en la sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016 cuando señala que «el control de la transparencia material de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato procede del que impone el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13».

<sup>7</sup> WESTERMANN, H. P., «Das Transparenzgebot ein neuer Oberbegriff der AGB-Inhaltskontrolle?», *Festschrift für Steindorft*, Berlín 1990, pp. 827-856.

Vid. resumidamente STADLER, A. *Jauernig BGB Kommentar*, 15 ed., Beck, München 2014 & 307 pp. 361 y ss.; mayor amplitud vid. KIENINGER, E.V. & 307 en *Münchener Kommentar*, Band 2, 5ª ed., pp. 1116 y ss.

falta de transparencia de las cláusulas sobre las que el cliente funda típicamente su decisión de contratar, puede ser causa de un perjuicio para el consumidor consistente en la alteración de la onerosidad o –en términos de la STS 9.5.2013– de la carga económica del contrato.

Esta es la argumentación correcta a efectos de la declaración de abusividad de la cláusula, en este caso, de la cláusula suelo. Lo que parece dudoso es la alternativa entre tener que superar ese control de contenido, al que remite la falta de transparencia, o bien entender que en determinados casos, como sería desde luego la cláusula suelo, la falta de transparencia automáticamente conduce a un desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes por cuanto para el consumidor supone una alteración de la onerosidad. No obstante, esta última no parece que deba ser la solución en cualquier caso<sup>8</sup>. Por ello no creo que se deba establecer este automatismo de anudar a la falta de transparencia la condición de cláusula abusiva, puesto que el control de contenido supone un análisis de la cláusula en cuestión, cuyo parámetro de juicio es la buena fe y el desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes, que quizá no toda falta de transparencia provoque.

La nulidad que se declara por la sentencia es, en definitiva, la basada en el art. 6.3 CC; y, en particular, por tratarse de una condición general de la contratación en los arts. 82 y 83 TRLDCU y en el art. 8 LCGC<sup>9</sup>. De acuerdo con el art. 6.3 CC «Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención». La nulidad afecta a toda clase de actos siempre que la contravención se haga a cualquier norma que sea imperativa o prohibitiva, bien privada o pública<sup>10</sup>. En general, como ya dijo DE CASTRO<sup>11</sup>, el negocio nulo es aquel cuya ineficacia es intrínseca, es decir, cuya carencia de efectos negociales ocurre sin necesidad de una previa impugnación del negocio. Esto es esencial, porque la ineficacia del negocio nulo se produce *ipso iure*, por sí misma y sin necesidad de la intervención judicial. En la sentencia del Tribunal Supremo de 2013, eso es algo que no se discute, aunque evidentemente es necesario subrayar que la necesidad de acudir a los tribunales pasa por la resistencia de quienes sostienen la validez. No obstante, y en todo caso, no se solicita del Juez que cambie, anule o resuelva la situación existente, sino que se le pide una declaración sobre la realidad jurídica previamente existente. La

<sup>8</sup> Vid. también CÁMARA LAPUENTE, «Transparencias, desequilibrios e ineficacias en el régimen de las cláusulas abusivas (un resumen crítico)», en *El Notario del siglo XXI*, 61, mayo-junio 2015, pp. 152-157.

<sup>9</sup> Vid. MIQUEL GONZÁLEZ, J.M. «La nulidad de las condiciones generales», en *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución* (dir. Delgado Echeverría), Aranzadi 2007 pp. 193-223; del mismo autor: «Comentario al art. 82 TR-LGDCU» en *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, S. Cámara (dir.), Madrid 2011, pp. 768-788. Vid. PASQUAU, «Comentario al artículo 9 LCGC», en *Comentarios*, cit. p. 281. En cuanto a las cláusulas abusivas, del mismo autor, «Comentario al art. 10 bis 2 LGDCU», en *Comentarios*, cit. p. 779. Y del mismo autor: *Nulidad y anulabilidad del contrato*, Madrid 1997.

<sup>10</sup> MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., «Comentario al artículo 6», en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid 1993.

<sup>11</sup> *El negocio jurídico*, Madrid 1985, p. 471 y ss. Vid. VON THUR, A., *Tratado de las Obligaciones*, t. I, Madrid 1934, pp.162 y ss.

sentencia es declarativa y bastará y servirá, como decía DE CASTRO, para remover los obstáculos que la apariencia de validez o la resistencia de la otra parte puedan oponer. Esa eficacia inmediata de la nulidad, se manifiesta en el hecho de que los Tribunales de Justicia pueden apreciarla «de oficio». Y su consecuencia inmediata, la carencia de efectos *ab initio* del acto.

En particular, como decía, la nulidad de una cláusula abusiva se basará en el art. 8 LCGC. Siguiendo a MIQUEL<sup>12</sup>, la nulidad que establece el art. 8 es una nulidad de pleno derecho relativa y en ese sentido es verdad que en alguna medida no es una reiteración del art. 6.3 CC. De pleno derecho, como acabo de señalar, significa que es por obra de la ley y no por obra de la sentencia que la aprecie, la sentencia es declarativa no constitutiva. Lo específico del art. 8.1 es que la nulidad se produce en por el perjuicio del adherente, pero no se le puede imponer en contra de su voluntad. El art. 8 LCGC tiene especialidades, pero en cualquier caso se trata de una nulidad de pleno derecho apreciable de oficio y que tendrá las consecuencias de toda nulidad, que son las que en definitiva establece el art. 1303 del Código civil.

El problema de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 no se centra en la declaración de nulidad de la cláusula suelo. La sentencia, como ya hemos dicho, debería haberse quedado ahí, tratándose de una acción colectiva de cesación. Sin embargo fue más allá y declaró la irretroactividad de los efectos restitutorios, al negar los anteriores a su pronunciamiento; posteriormente en la STS de 25 de marzo de 2015, ya en una acción individual, se mantuvo en el error, y declaró esa misma limitación de las consecuencias de la nulidad que no son otras que la restauración de la situación primitiva, esto es, la restitución de lo indebidamente pagado en virtud de la cláusula suelo, como se señala a continuación.

## *2.2. Restitución de cantidades cobradas indebidamente como consecuencia de la declaración de nulidad de la cláusula*

En efecto, consecuencia de la nulidad es la restitución de las prestaciones, de acuerdo con el art. 1303 CC<sup>13</sup>. Así tras la declaración de nulidad lo que procede es la restitución recíproca de las prestaciones ejecutadas. Como ya señalara DE CASTRO<sup>14</sup> «la supresión de la apariencia de validez que antes existiera, llevará consigo la natural pretensión de borrar todas las consecuencias de lo que se ha declarado nulo. Efectos secundarios de la acción de nulidad que son ordinariamente de la mayor importancia práctica». Así nulo será todo lo basado en lo nulo, pero en lo que nos ocupa la eficacia retroactiva de la declaración restablecedora de la legalidad. Además, como señala DELGADO<sup>15</sup>, para el contrato en general los desplazamientos patrimoniales operados eventualmente en

<sup>12</sup> *La nulidad...*, cit., p.10; y «Comentario al artículo 8» en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales*, cit., pp. 429 y ss.

<sup>13</sup> Vid., por todos, DE CASTRO, op. cit.; y DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Comentario al artículo 1303», en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid 1993.

<sup>14</sup> *El negocio*, cit., p.483

<sup>15</sup> *Comentario...*, cit., p. 551

supuestos de cumplimiento del contrato inválido carecen de causa o fundamento jurídico y, en consecuencia, deben restituirse<sup>16</sup>. Es más, la obligación de restituir lo recibido tienen su fundamento en la ley y es consecuencia natural de la declaración de nulidad; por ello no requiere el ejercicio de una acción independiente de la de nulidad. Por todas estas razones, sin lugar a dudas, la decisión del Tribunal Supremo en estas sentencias era contraria al ordenamiento jurídico español.

En la Sentencia de 9 de mayo de 2013, el Tribunal Supremo además de declarar la nulidad de la cláusula por falta de transparencia, declara una especie de irretroactividad de las consecuencias de la nulidad, innecesaria declaración, en principio, al tratarse de una acción colectiva y no haberse acumulado la solicitud de devolución de cantidades e indemnización de daños (art. 12.2 LCGC). El pronunciamiento de la irretroactividad de la STS 9 de mayo de 2013 parece que se refiere exclusivamente a «su» sentencia. Es decir, no hay un pronunciamiento sobre la irretroactividad de la nulidad de la cláusula suelo en general, sino solamente sobre la irretroactividad de la sentencia, lo que no impedía la posibilidad de decidir en un juicio posterior y atendiendo a las circunstancias concretas de cada caso, si se aplicaría o no la excepción a la regla general de la restitución de las prestaciones prevista en el art. 1303 CC.

El Tribunal Supremo parte de «la regla general de eficacia retroactiva de las declaraciones de nulidad» y trata de fundamentar que resulte posible limitar o modular judicialmente los efectos restitutorios de la nulidad en función de las circunstancias concretas del caso. Y para ello el Tribunal Supremo recurre al principio de seguridad jurídica y, más en particular, a los criterios que según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea determinan la prevalencia de ese principio en determinados casos: los criterios de buena fe y el riesgo de trastornos graves, es decir, la salvaguardia del orden público económico. Por eso y más aún resultaba sorprendente su sentencia<sup>17</sup>.

<sup>16</sup> Se trata, como afirma la STS 118/2012, de 13 marzo, RC 675/2009, «[...] de una propia *restitutio in integrum*, como consecuencia de haber quedado sin validez el título de la atribución patrimonial a que dieron lugar, dado que ésta se queda sin causa que la justifique, al modo de lo que sucedía con la *condictio in debiti*. Se trata del resultado natural de la propia nulidad de la reglamentación negocial que impuso el cumplimiento de la prestación debida por el adherente».

<sup>17</sup>Vid. MIQUEL, «Condiciones generales abusivas en los préstamos hipotecarios», en *RJUAM*, nº 27, 2013-I, pp. 223-252, concretamente en pp. 249-250, señala el autor que «Los argumentos para declarar irretroactividad de la nulidad en el sentido de que las cantidades indebidamente percibidas no hayan de ser devueltas, no son convincentes. Ni el art. 106 de la LRJPAC ni los artículos de las leyes de Régimen jurídico de Patentes de Invención y Modelos de Utilidad (artículos 114.2), de Marcas (artículo 54.2) y de Protección Jurídica del Diseño Industrial (art. 68), justifican la retención de las cantidades cobradas por aplicación de la cláusula abusiva. De los límites señalados en el art. 106 LRJPAC solamente puede operar el derivado de la prescripción, pero obviamente ni la equidad, ni la buena fe pueden justificar lo cobrado indebidamente por los Bancos a los consumidores. En cuanto el límite de los derechos de los particulares, que también menciona el citado artículo, es evidente que está fuera de lugar su aplicación, pues es el derecho de los consumidores el que se pretende limitar con la irretroactividad. Los artículos de las otras leyes citadas admiten la restitución de las cantidades cobradas antes de la declaración de nulidad, por lo que su alegación es improcedente».

No era posible estar de acuerdo con una decisión que impidiera la devolución de las cantidades que indebidamente se cobraron. Con independencia de que la restitución, de acuerdo con el art. 1303 CC es la consecuencia necesaria de la nulidad, se trata de no colaborar en la legitimación de consecuencias injustas. Si no debieron cobrarse cantidades porque la cláusula de acuerdo con la que procedía su cobro era nula, no se puede sostener que con posterioridad el que las cobra pueda quedarse con las cantidades injustamente cobradas y no devolverlas. Se reconoce, como dice con toda razón PERTIÑEZ<sup>18</sup>, efectos vinculantes a las cláusulas suelo cuando son abusivas, lo que es absolutamente sorprendente.

A partir de la mencionada sentencia las resoluciones judiciales de Juzgados y Audiencias adoptaron distintas soluciones a casos esencialmente iguales. Nulidad de la cláusula y restitución de las cantidades indebidamente cobradas en virtud de la misma, o bien nulidad de la cláusula con restitución de las cantidades a partir del 9 de mayo de 2013, por tanto y en estos casos dotando de unas consecuencias distintas a las generales de la nulidad que no son otras que la restitución de las prestaciones, efectos *ex tunc* de la declaración de nulidad.

En medio de toda esta complicación judicial se esperaba algún pronunciamiento claro por parte del Tribunal Supremo, lo esperaban los particulares y lo esperaban los jueces que debían resolver los casos concretos. Sin embargo, el Tribunal Supremo lo complicó aún más. En su sentencia de 25 de marzo de 2015, también del Pleno, el Tribunal Supremo confirma el fallo de la de 9 de mayo de 2013 y sostiene que no se pueden recuperar los intereses cobrados por los bancos en virtud de cláusulas-suelo que se hubieran devengado y pagado antes de la Sentencia del Supremo de 9 de mayo de 2013. En el caso se trataba de determinar si el banco, en este caso el BBVA sólo está obligado a eliminar la cláusula y a devolver los intereses cobrados en exceso desde mayo de 2013 o debía devolver todos los intereses cobrados desde que el «suelo» empezó a aplicarse.

En el fallo el TS señala, lo que por otra parte se fija como doctrina:

«Que cuando en aplicación de la doctrina fijada en la sentencia de Pleno de 9 de mayo de 2013, ratificada por la de 16 de julio de 2014, Rc. 1217/2013 y la de 24 de marzo de 2015, Rc. 1765/2013 se declare abusiva y, por ende, nula la denominada cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo con tipo de interés variable, procederá la restitución al prestatario de los intereses que hubiese pagado en aplicación de dicha cláusula a partir de la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013».

El núcleo de la sentencia, en un intento por parte del Tribunal Supremo de coherencia con la de 9 de mayo de 2013, se encuentra en la justificación que realiza de la eficacia

<sup>18</sup> «La restitución de cantidades indebidamente cobradas en virtud de cláusulas suelo en contratos de préstamo hipotecario tras la STS 9 de mayo de 2013», en *Diario La Ley nº 8154*, 23 de septiembre de 2013. «Una cláusula es abusiva y, por lo tanto contraria a la buena fe, o no lo es, pero no puede ser sólo un poco abusiva como parece querer justificar la sentencia, de manera que en atención a esta supuesta abusividad atenuada se dulcificuen los efectos de la declaración de abusividad.»

*ultra partes* de dicha sentencia de 2013<sup>19</sup>, lo que a nuestro juicio resultaría admisible directamente en un sistema de *common law* con los requisitos necesarios por supuesto, pero no en un sistema como el nuestro<sup>20</sup>. El análisis necesariamente debía realizarse respecto de las dos cuestiones, respecto de la nulidad de la cláusula suelo y respecto de la restitución de cantidades.

Pues bien parece que lo que el Tribunal Supremo sostiene es que «la sentencia de 9 de mayo de 2013 no puede ser alegada parcialmente». Si el particular lo que pretende es beneficiarse de los pronunciamientos que hizo el TS en su sentencia de 2013, sin tener que entrar a analizar la falta de transparencia en su caso concreto, el Juez declarará nula la cláusula sin pronunciarse en nada más y en ese caso sólo procederá la restitución de las cantidades indebidamente cobradas a partir de la STS de 9 de mayo de 2013.

Parecía darse a entender entonces que el enfoque a los efectos de obtener la nulidad de este tipo de cláusulas sería doble. Si lo único que se pretende es la declaración de nulidad de la cláusula y recuperar las cantidades indebidamente cobradas a partir del 9 de mayo de 2013 pues sólo habrá que alegar la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 y la de 25 de marzo de 2015<sup>21</sup>. Si lo que se pretende es hacer un verdadero análisis de transparencia de la cláusula en cuestión y obtener la declaración de nulidad y así las consecuencias que deben derivarse de la misma, en ese caso tendremos un pleito completamente distinto. No obstante, no deja de sorprender que las consecuencias que se deriven de la nulidad se hagan finalmente depender de la eficacia *ultra partes* de la sentencia.

Disconforme con la doctrina establecida por el Pleno en esta sentencia de 25 de marzo de 2015, a mi juicio y sin duda con buen criterio, como mantuve en su momento<sup>22</sup>, se formula voto particular por el Magistrado F.J. Orduña Moreno al que se adhiere el Magistrado O'Callaghan Muñoz. En el voto particular se desarrolla: la inexistencia de cosa juzgada respecto del pronunciamiento de la sentencia de mayo de 2013 sobre la cuestión relativa a la restitución o no de los intereses pagados y la necesidad de concretar el fundamento técnico de la cuestión en el ámbito del ejercicio individual de la acción de impugnación por el consumidor adherente; el control de transparencia y la razón de la ineficacia contractual; la diferenciación de la naturaleza y alcance de la ineficacia derivada de la cláusula abusiva respecto de la retroactividad; la concreción de la ineficacia: razón del efecto restitutorio y su alcance *ex tunc* en el ejercicio de acciones individuales; control de transparencia y proyección del principio de buena fe.

<sup>19</sup> De acuerdo con ALFARO, J., Blog *Almacén de Derecho* de 17 de abril de 2015, en el análisis que hace de la STS de 25 de marzo de 2015. Posteriormente en Blog *Almacén de Derecho* de 21 de diciembre de 2016, «La sentencia del Tribunal de Justicia sobre la retroactividad de la nulidad de las cláusulas-suelo».

<sup>20</sup> Como es sabido, la eficacia de una sentencia viene delimitada por la fuerza de la cosa juzgada, una sentencia no es más que un acto de aplicación de la ley y carece de fuerza normativa general.

<sup>21</sup> Vid. ALFARO, J., Blog *Almacén de Derecho* de 17 de abril de 2015. También Blog de 21 de diciembre de 2016, relativo a la retroactividad de la cláusula suelo.

<sup>22</sup> «Control de incorporación...», cit., p. 100.

Magistrados a los que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha venido a darles la razón.

### 3. SENTENCIA DE 21 DE DICIEMBRE DE 2016 DEL TJUE

#### 3.1. *Cuestiones prejudiciales planteadas por el Juzgado nº 1 de Granada y la Audiencia Provincial de Alicante*

En medio de esa situación de complicación judicial de seguimiento que se hizo por Juzgados y Audiencias de la doctrina del Tribunal Supremo, se formulan sendas peticiones de decisión prejudicial planteadas por el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Granada (asunto C-154/15) y por la Audiencia Provincial de Alicante (asuntos C-307/15 y C-308/15) básicamente respecto de si la limitación de los efectos de la declaración de nulidad a partir de la fecha en que se dictó la sentencia del Tribunal Supremo es compatible con la Directiva sobre cláusulas abusivas, ya que, según esta Directiva, tales cláusulas no vincularán a los consumidores.

Como decíamos al principio la causa de la resolución del TJUE se encuentra en la decisión del Juzgado de lo mercantil nº 1 de Granada de suspender el procedimiento iniciado por el Sr. Gutiérrez Naranjo. Se había presentado ante ese juzgado una demanda con objeto de que se declarara la nulidad de una cláusula suelo y se ordenara la restitución de las cantidades indebidamente pagadas con fundamento en esa cláusula. El juzgado suspende el procedimiento y pregunta al Tribunal de Justicia, y se debe decir que en esta ocasión se pregunta bien, y esto debe subrayarse porque a veces la contestación del Tribunal de Justicia no ha sido más clara porque no se han centrado bien las cuestiones. El Juzgado nº 1 de Granada plantea las dos cuestiones prejudiciales siguientes:

- «1) La interpretación de “no vinculación” que realiza el art. 6.1 de la Directiva 93/13, ¿es compatible en estos supuestos 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 entenderá que los efectos que ha producido durante su vigencia no quedarán invalidados o ineficaces.
- 2) El cese en el uso que pudiera decretarse de una determinada cláusula (de conformidad a los apartados primeros de los artículos 6 y 7) en una acción individual ejercitada por un consumidor cuando se declare su nulidad: ¿Es compatible con una limitación de los efectos de dicha nulidad? ¿Es posible moderar (por los tribunales) 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?».

Al planteamiento de las citadas cuestiones prejudiciales se une las planteadas por la Audiencia Provincial de Alicante de entre las que mencionamos dos en concreto:

- «¿Es compatible con el principio de no vinculación reconocido en el artículo 6-1 de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, que los efectos restitutorios derivados de la declaración de nulidad por abusiva de una cláusula suelo inserta en un contrato de

préstamo no se retrotraiga a la fecha de celebración del contrato sino a una fecha posterior?».

- «El riesgo de trastornos graves que opera como fundamento de la limitación de la eficacia retroactiva derivada de una cláusula abusiva, ¿es un concepto autónomo del Derecho de la Unión que deba interpretarse de manera uniforme por el conjunto de los Estados miembros?». De responderse afirmativamente, «el riesgo de trastornos graves, ¿debe valorarse tomando solo en consideración el que se pueda producir para el profesional o también se deben tomar en cuenta el quebranto que se ocasione a los consumidores por la no restitución íntegra de las cantidades abonadas en virtud de dicha cláusula suelo?».

### 3.2. Conclusiones del Abogado General Paolo Mengozzi

El Abogado General del Tribunal de Justicia UE, Paolo Mengozzi, publicó el pasado 13 de julio de 2016 sus conclusiones sobre el asunto que no son vinculantes pero que el tribunal suele seguir en la mayoría de los casos. En ellas, el Abogado General Mengozzi avaló aplicar una retroactividad limitada en el tiempo.

Sobre las cuestiones prejudiciales planteadas, que aborda conjuntamente, el Abogado General centra inicialmente el objeto de la cuestión sobre el que emitirá su Informe:

«si es conforme con el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, el reconocimiento a favor de un órgano jurisdiccional supremo de un Estado miembro, tras haber calificado como abusiva una cláusula contractual incluida en un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional y tras haber declarado la nulidad de esa cláusula, de la facultad de limitar los efectos de esta declaración de modo que sólo se reconozca el derecho a la restitución de las cantidades indebidamente abonadas por el consumidor en virtud de la cláusula abusiva a partir de la fecha de la resolución dictada por ese órgano jurisdiccional en la que se confirma el carácter abusivo de la cláusula en cuestión».

Analiza básicamente dos cuestiones que son preliminares y, a su juicio, esenciales: en primer lugar si el Tribunal Supremo ha actuado más allá del nivel de protección ofrecido a los consumidores por la Directiva 93/13; y en segundo lugar determinar el alcance que el art. 6.1 de esta Directiva impone a los Estados miembros.

Respecto de lo primero porque, según Mengozzi, el Tribunal Supremo había estimado que «al añadir al control de transparencia de las cláusulas un requisito de transparencia material, había superado el nivel de protección ofrecido por la Directiva 93/13». Entiende el Abogado General que al calificar de abusivas las cláusulas «suelo» en atención, en particular, a la falta de información previa suficiente, el Tribunal Supremo no actuó más allá del Derecho de la Unión, ofreciendo al consumidor un nivel de protección más elevado que el que le garantiza la Directiva 93/13. Respecto de lo segundo porque el nudo de la cuestión sin duda se centra en la restitución de las cantidades indebidamente cobradas como consecuencia de la nulidad de la cláusula. El AG parte de la base de que la Directiva 93/13 impone a los Estados miembros la obligación de prever medios adecuados y eficaces para que «cese el uso de cláusulas

abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores», de manera que la eficacia de la sanción de las cláusulas abusivas se aprecia en relación con el objetivo de que cese su utilización; Y de 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 jurisdiccional supremo decide limitar los efectos de sus sentencias, la presente situación queda regida por el ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros en virtud del principio de autonomía procesal. No obstante lo anterior, entiende también que esa regulación debe respetar los principios de equivalencia y de efectividad, esto es, no debe ser menos favorable que la correspondiente a situaciones similares de carácter interno (principio de equivalencia) y no debe estar articulada de tal manera que haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad).

En definitiva, el Abogado General concluye que:

«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.»

### 3.3. *Fundamento y análisis de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de diciembre de 2016*<sup>23</sup>

El Tribunal de Justicia en su sentencia, tras las conclusiones vistas del Abogado General Mengozzi, debe interpretar si el Derecho de la Unión se opone o no a la jurisprudencia nacional relativa a la limitación de los efectos restitutorios vinculados a la nulidad de una cláusula abusiva. La base por tanto de su análisis no es el derecho interno sino si la Directiva se opone a esa jurisprudencia nacional. Es habitual la expresión contraria es decir que el TJUE analiza si el derecho interno se opone a la Directiva. Hay que tener en cuenta, por consiguiente, que lo que se analiza es si la Directiva se opone y no si la normativa estatal se opone a la Directiva porque el TJUE no podría inmiscuirse en el análisis del Derecho interno sólo puede hacerlo en la medida en que su normativa, en este caso la Directiva se oponga a determinadas normas.

<sup>23</sup> En los asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15, que tienen por objeto sendas peticiones de decisión prejudicial planteadas, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Granada (C-154/15), mediante auto de 25 de marzo de 2015, así como por la Audiencia Provincial de Alicante (C-307/15 y C-308/15), mediante autos de 15 de junio de 2015.

Además, es importante poner de manifiesto, dentro de las especialidades que pueden analizarse en la sentencia del TJUE, que el Tribunal de Justicia UE se ocupa de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 que es la «norma nacional» que habría infringido el art. 6.1 de la Directiva. Lo que significa que en esta ocasión no se ocupa de valorar, como es habitual, si la Directiva se opone a alguna o algunas normas del Derecho interno sino que en lo que conocemos procede, en primer lugar, a analizar la interpretación que el Alto Tribunal de un país de la Unión realiza en concreto de las normas del derecho interno del país en cuestión y en segundo lugar si la Directiva se opone a la interpretación realizada por el Tribunal Supremo sobre el derecho interno. Finalmente considera en la sentencia, como análisis a continuación, que el Derecho de la Unión se opone a una jurisprudencia nacional en virtud de la cual los efectos restitutorios vinculados a la nulidad de una cláusula abusiva se limitan a las cantidades indebidamente pagadas con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declare el carácter abusivo de la cláusula. Con esta sentencia el Tribunal de Justicia vuelve a regañar al Estado español, en definitiva, por sus reiteradas infracciones del Derecho europeo en materia de protección de consumidores.

El TJUE analiza, para ello, en primer lugar el art. 6.1 para confrontar la interpretación realizada con la aplicación que hace el Tribunal Supremo en su sentencia de 9 de mayo de 2013. Dicho lo anterior, procede resaltar algunas consideraciones que se hacen en la sentencia al efecto de interpretar el art. 6.1 de la Directiva, cuando establece que las cláusulas abusivas «no vincularán al consumidor». Se entiende por el Tribunal que la norma recogida en el art. 6.1 es equivalente a aquellas disposiciones nacionales con naturaleza de normas de orden público; que se trata de una norma imperativa que reemplaza el equilibrio formal del contrato por un equilibrio real; que siendo de interés público la protección de los consumidores, la Directiva impone a los Estados miembros la obligación de prever medios adecuados «para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores».

A partir de lo anterior se entiende por el TJUE que incumbe al juez nacional, pura y simplemente, dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultado para modificar el contenido de la misma. Así el juez nacional debe apreciar de oficio el carácter abusivo, y una vez que haya apreciado de oficio el carácter abusivo de la cláusula pueda deducir todas las consecuencias de esa apreciación, sin esperar a que el consumidor, informado de sus derechos, presente una declaración por la que solicite que se anule dicha cláusula.

Partiendo de la base de que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 exige que los Estados miembros establezcan que las cláusulas abusivas no vincularán a los consumidores «en las condiciones estipuladas por sus Derechos nacionales»; y con las anteriores consideraciones, entiende el Tribunal de Justicia que el artículo 6.1 debe interpretarse «en el sentido de que procede considerar, en principio, que una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido, de manera que no podrá tener efectos frente al consumidor. Por consiguiente, la declaración judicial del carácter abusivo de tal cláusula debe tener como consecuencia, en principio, el restablecimiento de la situación

de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula». Y así se deduce «que la obligación del juez nacional de dejar sin aplicación una cláusula contractual abusiva que imponga el pago de importes que resulten ser cantidades indebidamente pagadas genera, en principio, el correspondiente efecto restitutorio en relación con tales importes». «En principio» se dice como puede observarse. Por qué en principio, porque entiendo que la cuestión que después se va a valorar es la interpretación que ha hecho el Tribunal del Estado miembro de la Unión, distinto naturalmente del análisis en sí del art. 6.1. de la Directiva.

Ese «en principio» no puede ir más que referido a lo que se reconoce en la propia sentencia. Así, en el punto 66 se dice que «si bien es verdad que corresponde a los Estados miembros, mediante sus respectivos Derechos nacionales, precisar las condiciones con arreglo a las cuales se declare el carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato y se materialicen los efectos jurídicos concretos de tal declaración, no es menos cierto que la declaración del carácter abusivo de la cláusula debe permitir que se restablezca la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido tal cláusula abusiva, concretamente mediante la constitución de un derecho a la restitución de las ventajas obtenidas indebidamente por el profesional en detrimento del consumidor en virtud de la cláusula abusiva».

Ya concretamente y ocupándose de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 es cuando el Tribunal de Justicia hace referencia de una parte a las normas procesales internas que confieren fuerza de cosa juzgada, para decirnos que el Derecho de la Unión no obliga a un tribunal nacional a dejar de aplicarlas; y de otra, a la necesaria distinción entre la aplicación de una regla procesal (como lo sería un plazo razonable de prescripción) de la limitación en el tiempo de los efectos de la interpretación de una norma del Derecho de la Unión. Y ahí aprovecha para, lo que podría entenderse como poner en su sitio al Tribunal Supremo, decir que «procede recordar que, habida cuenta de la exigencia fundamental de una aplicación uniforme y general del Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia es el único que puede decidir acerca de las limitaciones en el tiempo que hayan de aplicarse a la interpretación que él mismo haya hecho de una norma del Derecho de la Unión». Y así entender que «la limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo, que el Tribunal Supremo acordó en la sentencia de 9 de mayo de 2013, equivale a privar con carácter general a todo consumidor que haya celebrado antes de aquella fecha un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula de ese tipo del derecho a obtener la restitución íntegra de las cantidades que haya abonado indebidamente a la entidad bancaria sobre la base de la cláusula suelo durante el período anterior al 9 de mayo de 2013».

Finalmente el Tribunal de Justicia, como ya recogimos en un principio, dispone que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1,

de dicha Directiva, de una cláusula contenida en un contrato celebrado con un consumidor por un profesional, circunscribiendo tales efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión.

#### 4. CONCLUSIÓN

Realmente, la doctrina de la nulidad de pleno derecho poco varía de unos ordenamientos a otros, sin embargo, teniendo en cuenta la flexibilidad del Derecho para anudar consecuencias jurídicas a la infracción de normas imperativas, lleva razón ALFARO<sup>24</sup> cuando sostiene que el Tribunal de Justicia podría haber elaborado en cierta medida una regulación de la nulidad de pleno derecho de la que puede que en un futuro le sea difícil apartarse. Como he dicho en algún momento en estas líneas, el Tribunal de Justicia de la Unión en esta sentencia se ocupa de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 que es la «norma nacional» que habría infringido el art. 6.1 de la Directiva. Lo que significa que en esta ocasión no se ocupa de valorar, como es habitual, si la Directiva se opone a alguna o algunas normas del Derecho interno sino que en lo que conocemos procede, en primer lugar, a analizar la interpretación que el Alto Tribunal de un país de la Unión realiza en concreto de las normas del derecho interno del país en cuestión y en segundo lugar si la Directiva se opone a la interpretación realizada por el Tribunal Supremo sobre el derecho interno., aunque sin duda sea para su comprobación respecto de si la Directiva se opone o no a esa interpretación.

Qué puede ocurrir a partir de ahora. Decíamos al principio de estas líneas que con la sentencia del TJUE parece ponerse punto y final a uno de los problemas en materia de condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas, en concreto, al de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo y a las consecuencias que deben derivarse de dicha declaración, esto es, la restitución de las cantidades indebidamente cobradas en virtud de esta cláusula<sup>25</sup>. No obstante y a partir de este momento se abre el procedimiento de devolución de las cantidades indebidamente cobradas lo que llevará aparejado el análisis de los distintos casos en los que los consumidores se encuentren tras estos años de interposición de procedimientos judiciales y de celebración de acuerdos extrajudiciales al respecto. Habrá que pensar al margen de aquellos préstamos ya extinguidos por su cumplimiento en los que cabría abordar la prescripción de la pretensión de restitución, en los distintos supuestos en los que se haya terminado el procedimiento o bien se encuentre aún en curso.

En principio deberíamos decir que la sentencia del Tribunal de Justicia no afectaría a los procesos ya extintos porque prevalecería la eficacia de cosa juzgada de las resoluciones

<sup>24</sup> Blog *Almacén de Derecho...*, cit., de 21 de diciembre de 2016.

<sup>25</sup> Aunque no se puede olvidar que a las consecuencias de la falta de transparencia que afecte a un elemento esencial le debe ser aplicable el art. 4.2 de la Directiva en el sentido de que deba superar en ese caso un control de contenido, como ya hemos señalado en este trabajo y en «Control de transparencia...» cit. pp. 78 y ss.

firmes<sup>26</sup>. La virtualidad de esta institución y la salvaguarda de la seguridad jurídica han sido reconocidas por el TJUE en Sentencia de 6 de octubre de 2009 (C-40/08, Asturcom Telecomunicaciones). Sin embargo, y respecto de aquellos casos en los que se pidió la devolución desde la fecha de la sentencia de 9 de mayo de 2013 y la obtuvieron, la clave para pedir lo restante puede estar en el art. 400 LEC, que el Tribunal Supremo ha empezado a flexibilizar. La nueva pretensión podría tener fundamento directamente en la sentencia del TJUE que rectifica la del Tribunal Supremo porque con anterioridad pedir la devolución íntegra no era conforme con la doctrina del Tribunal Supremo en su sentencia de 2013.

ALFARO<sup>27</sup> apunta otra posibilidad, la de que pueda quedar abierta la acción de responsabilidad contra el Estado ya que el «daño» que han sufrido deriva de la infracción por un poder público, que lo es el Tribunal Supremo, de una norma de Derecho europeo, aunque duda que se den los requisitos necesarios.

Por lo que se refiere a los procesos declarativos pendientes: los tribunales estarán vinculados por la declaración del TJUE, en cualquier instancia o recurso (casación). El Tribunal de Justicia en su sentencia (74) recoge el siguiente mandato:

«dado que para resolver los litigios principales los órganos jurisdiccionales remitentes están vinculados por la interpretación del Derecho de la Unión que lleva a cabo el Tribunal de Justicia, dichos órganos jurisdiccionales deberán abstenerse de aplicar, en el ejercicio de su propia autoridad, la limitación de los efectos en el tiempo que el Tribunal Supremo acordó en la sentencia de 9 de mayo de 2013, puesto que tal limitación no resulta compatible con el Derecho de la Unión.»

Desde luego, no habrá ningún problema en condenar a la devolución de lo cobrado en virtud de la cláusula suelo desde la fecha de su aplicación si así lo hubiera solicitado el demandante o recurrente. Cuestión diferente es, si el tribunal podría acordar la devolución íntegra si solo se hubiera pedido con efectos desde el 9 de mayo de 2013. Parece que en estos casos, la jurisprudencia del TJUE no puede servir, de forma sobrevenida, para que un tribunal conceda, de oficio, más de lo pedido; de hacerlo, la sentencia sería incongruente (*ultra petitem*)<sup>28</sup>. Quizá cabría pensar en un plazo de ampliación o algo que pudiera obviar esta formalidad siempre que quepa la defensa de la otra parte.

Finalmente puede plantearle a las Audiencias algún problema aquellos casos en los que habiendo recurrido en apelación la entidad financiera, habiéndosele concedido

<sup>26</sup> En este sentido ALFARO, Blog *Almacén de Derecho*, cit. de 21 de diciembre de 2016. En igual sentido: PAZOS CASTRO, R., «Retroactividad de la nulidad de la cláusula suelo. A propósito de la STJUE de 21 de diciembre de 2016 (Gutiérrez Naranjo)», en *Diario La Ley*, Nº 8888, Sección Tribuna, 23 de Diciembre de 2016.

<sup>28</sup> Téngase en cuenta que el pronunciamiento del TJUE favorable a los consumidores no se refiere a una norma (con eficacia general) sino a una práctica jurisprudencial. La diferencia que separa uno y otro caso, es la diferencia que media entre el *iura novit curia* y la vinculación de los tribunales a lo que las partes pretenden (art. 219 LEC).

previamente una retroactividad limitada y no haya recurrido el consumidor. En ese supuesto, ¿podrán aplicar la restitución íntegra sin haber recurrido el consumidor? Aquí los procesalistas tendrán que analizar la cuestión.

En el caso de que aún no se hubiera iniciado ningún procedimiento pues habrá que ver si funciona ese Código de Buenas Prácticas que según las noticias parece que se aprobará como anexo de un Real-Decreto que inmediatamente se publicará. Código de Buenas Prácticas de adhesión voluntaria para las entidades financieras mediante el que se podría acelerar la devolución de las cantidades indebidamente cobradas.

#### BIBLIOGRAFÍA

ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «La sentencia del Tribunal de Justicia sobre la retroactividad de la nulidad de las cláusulas-suelo», Blog *Almacén de Derecho*, 21 de diciembre de 2016 (<http://almacenederecho.org/la-sentencia-del-tribunal-justicia-la-retroactividad-la-nulidad-las-clausulas-suelo/> [consulta: 26-12.2016]).

ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid, 1991.

CÁMARA LAPUENTE, S., «Transparencias, desequilibrios e ineficacias en el régimen de las cláusulas abusivas (un resumen crítico)», en *El Notario del siglo XXI*, 61, mayo-junio 2015, pp. 152-157.

CAÑIZARES LASO, A., «Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo», *Revista de Derecho Civil*, Vol. 2, Núm. 3 (2015), pp. 67-105 (<http://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/149/121>).

DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, Madrid 1985.

GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., «Comentario al artículo 5 y 7», en *Comentario a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, (dir. Bercovitz), Aranzadi, Cizur Menor, 1999.

KIENINGER, E.V., «& 307», en *Münchener Kommentar*, Band 2, 5ª ed., pp. 1116 y ss.

MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., «Comentarios a la Disposición A 1ª de la LCGC», en MENÉNDEZ, A., DÍEZ-PICAZO, L. (dirs.), ALFARO, J. (coord.), *Comentarios a la Ley de condiciones generales de la contratación*, Madrid: Civitas, 2002.

MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., «Comentarios al artículo 8 LCGC», en MENÉNDEZ, A., DÍEZ-PICAZO, L. (dirs.), ALFARO, J. (coord.), *Comentarios a la Ley de condiciones generales de la contratación*, Madrid: Civitas, 2002.

MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., «Comentario al art. 82 TR-LGDCU», en CÁMARA LAPUENTE (dir.), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Madrid 2011, pp. 768-788.

MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., «Comentario al artículo 6», en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid 1993.

MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., «Condiciones generales abusivas en los préstamos hipotecarios», en *RJUAM*, nº 27, 2013-I, pp. 223-252,

MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., «La nulidad de las condiciones generales», en DELGADO ECHEVERRÍA (dir.), *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución*, Aranzadi 2007 pp. 193-223.

MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., «Reflexiones sobre las condiciones generales», en *Estudio Homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, vol. IV.

ORDUÑA MORENO, F.J., «Las cláusulas suelo: el control de transparencia (Comentario a la STS de Pleno, 9 de mayo de 2013, núm. 241/2013)», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel González*, Aranzadi 2014, pp. 2363 y ss.

PASQUAU LIAÑO, M., «Comentario al art. 9 LCGC», en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, R. Bercovitz (cord.), Aranzadi, Cizur Menor, 2000, pp. 271-312.

PASQUAU LIAÑO, M., *Nulidad y anulabilidad del contrato*, Madrid 1997.

PAZOS CASTRO, R., «Retroactividad de la nulidad de la cláusula suelo. A propósito de la STJUE de 21 de diciembre de 2016 (Gutiérrez Naranjo)», en *Diario La Ley*, nº 8888, Sección Tribuna, 23 de Diciembre de 2016.

PERTIÑEZ VILCHEZ, F., «La restitución de cantidades indebidamente cobradas en virtud de cláusulas suelo en contratos de préstamo hipotecario tras la STS 9 de mayo de 2013», en *Diario La Ley nº 8154*, 23 de septiembre de 2013.

PERTIÑEZ VILCHEZ, F., *Las Cláusulas Abusivas por un Defecto de Transparencia*, Aranzadi, Cizur Menor, 2004.

PERTIÑEZ VILCHEZ, F., «Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario», *InDret 2013*.

PERTIÑEZ VILCHEZ, F., «La restitución de cantidades indebidamente cobradas en virtud de cláusulas suelo en contratos de préstamo hipotecario tras la STS 9 de mayo de 2013», en *Diario La Ley nº 8154*, 23 de septiembre de 2013.

SENÉS MOTILLA, C., «Cláusulas abusivas y ejecución hipotecaria», en *Práctica de Tribunales*, Nº 120 (mayo-junio), 2016 (LA LEY 2611/2016).

STADLER, A., *Jauernig BGB Kommentar*, 15 ed., Beck, München 2014 & 307 pp. 361 y ss.

VON THUR, A., *Tratado de las Obligaciones*, t. I, Madrid 1934.

WESTERMANN, H.P., «Das Transparenzgebot ein neuer Oberbegriff der AGB-Inhaltskontrolle?», *Festschrift für Steindorft*, Berlín 1990, pp. 827-856.

Fecha de recepción: 29.12.2016

Fecha de aceptación: 30.12.2016