

## ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL RÉGIMEN GENERAL DE LAS CLÁUSULAS SUELO Y LA FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DE LA OBLIGACIÓN DE RESTITUIR LAS CANTIDADES INDEBIDAMENTE COBRADAS POR LOS BANCOS

### ¿Derecho de contratos o cobro indebido?

*Leticia Bello Torres*  
Abogada

*Rebeca Fariña Fariña*  
Investigadora predoctoral de Derecho civil  
Universidad de Navarra

---

TITLE: *Some considerations about the general arrangements of «floor» clauses and the legal basis of the restitution claim to recover the undue payments from the banks. Contract law or mistaken payment?*

RESUMEN: La cuestión de las cláusulas suelo incorporadas a los préstamos hipotecarios, desde hace unos años tema de debate doctrinal y razón de controversias judiciales, ha cobrado de nuevo una viva actualidad desde la sentencia de 21 de diciembre de 2016 en que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea corrige la doctrina mantenida hasta entonces por el Tribunal Supremo. En este artículo presentamos primeramente una perspectiva general del tratamiento jurídico que han recibido en España las cláusulas suelo para centrarnos, a continuación, en la fundamentación jurídica de la pretensión restitutoria y en la posibilidad y ventajas para los deudores hipotecarios de hacerla valer invocando una norma distinta del art. 1303 CC. Proponemos como cauce jurídico para estas situaciones la figura del cobro indebido (art. 1895 CC).

ABSTRACT: *For several years, the matter of the «floor clause» which were inserted in mortgage loans has been under debate and has become the reason of disagreements between the Courts. Since the decision of 21<sup>st</sup> December of the Court of Justice of the European Union were published, it is once again an issue of topicality given that this sentence mend the doctrine being maintained in this regard for the spanish Supreme Court. In this paper, we firstly present one general view about the legal treatment of «floor clauses» in Spain and then we focus our study on the legal basis of the claim of restitution in order to analyze if there is another alternative to the art. 1303 CC. We suggest the mortgagors to ask for restitution throught the legal category of mistaken payment (art. 1895 CC).*

PALABRAS CLAVE: Cláusulas abusivas, cláusulas suelo, control de transparencia, restitución, cobro indebido, enriquecimiento sin causa.

KEYWORDS: *Unfair terms, «floor clauses», review of transparency, restitution, mistaken payment, unjust enrichment*

SUMARIO: 1. CLÁUSULAS LIMITATIVAS DE LA VARIABILIDAD DEL TIPO DE INTERÉS EN LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS: CLÁUSULAS SUELO Y CLÁUSULAS TECHO. 2. LAS CLÁUSULAS SUELO: LICITUD Y ABUSIVIDAD. 3. LA FALTA DE TRANSPARENCIA COMO CRITERIO DETERMINANTE DEL CARÁCTER ABUSIVO DE LAS CLÁUSULAS SUELO. 4. EFECTOS DEL CONTROL DE TRANSPARENCIA: LA DECLARACIÓN DE ABUSIVIDAD. 5. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA DECLARACIÓN DE ABUSIVIDAD POR FALTA DE TRANSPARENCIA: CESACIÓN EN EL USO, NULIDAD Y RESTITUCIÓN. 5.1 *Alcance de los efectos restitutorios en la jurisprudencia del Tribunal Supremo.* 5.2 *Alcance de los efectos restitutorios según la STJUE de 21 de*

*diciembre de 2016. 6. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DE LA OBLIGACIÓN DE RESTITUIR: ART. 1303 CC O ART. 1895 CC. 6.1 La obligación de restituir fundamentada en el art. 1303 CC. 6.2. La obligación de restituir fundamentada en el art. 1895 CC. El cobro indebido como instrumento de protección de los intereses de los deudores hipotecarios. 7. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.*

---

## 1. CLÁUSULAS LIMITATIVAS DE LA VARIABILIDAD DEL TIPO DE INTERÉS EN LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS: CLÁUSULAS SUELO Y CLÁUSULAS TECHO

Ha sido una práctica generalizada por parte de las entidades financieras en las últimas décadas, en aras de salvaguardar su solvencia, incorporar en los préstamos con garantía de hipoteca inmobiliaria cláusulas limitativas de los intereses a pagar por el prestatario<sup>1</sup>.

Dichas cláusulas vendrían a modular las eventuales oscilaciones del interés de referencia, tanto a la baja como al alza mediante la inclusión de un tope mínimo (las llamadas «cláusulas suelo»), de un tope máximo (las menos conocidas «cláusulas techo»), o de ambas a la vez. Las cláusulas suelo y las cláusulas techo establecen mínimos y máximos a la variación del tipo de interés aplicable al préstamo que viene a generar una desactivación eventual de la variabilidad pactada. De este modo, el préstamo operará como de interés fijo mínimo a pesar de las variaciones que pueda experimentar el interés de referencia, siempre que sea inferior o superior al interés establecido por la cláusula suelo y techo respectivamente.

Desde el punto de vista del consumidor, su introducción lleva aparejada la consecuencia de impedir que se beneficie de las variaciones del interés de referencia que resulten a la baja; desde el punto de vista de la entidad bancaria, las cláusulas suelo cumplen una función económica que viene a garantizar la obtención de unos rendimientos mínimos, ya que mediante su inclusión se garantiza que las entidades de crédito obtengan unos ingresos mínimos ante la bajada de los tipos de interés.

<sup>1</sup> Un préstamo con garantía de hipoteca inmobiliaria celebrado entre una entidad de crédito y un consumidor es un préstamo retribuido, es decir, el prestatario se obliga a restituir el capital prestado junto con unos intereses que, en función de lo pactado, podrán ser fijos o variables. Se hace necesario advertir que el tipo de interés variable viene configurado por dos sumandos: por un lado el tipo de interés de referencia -normalmente, el EURIBOR- y, por otro lado, el tipo de interés diferencial o porcentaje fijo. *Cfr. AA.VV., Cláusulas suelo en la contratación bancaria. Vencimiento anticipado, liquidación unilateral de deuda, intereses moratorios y cláusulas suelo*, Bosch, Barcelona, 2014.

## 2. LAS CLÁUSULAS SUELO: LICITUD Y ABUSIVIDAD

Como hemos anticipado, la cláusula suelo es, en definitiva, una estipulación en la que se limita a la baja la variabilidad del tipo de interés de referencia aplicable. Se configura como límite mínimo de los intereses a pagar de forma que, de producirse una reducción de los tipos de interés por debajo de lo establecido en ellas, el beneficio por la reducción (el pago de unos intereses más bajos) no se traslada al cliente. Éste continúa satisfaciendo los intereses correspondientes al tope mínimo estipulado en el contrato. Por esta razón, ha sido en los últimos años, debido al drástico descenso sufrido por el EURIBOR cuando muchos prestatarios, para su sorpresa, han sufrido las consecuencias de la implantación de esta cláusula en sus préstamos hipotecarios<sup>2</sup>. De aquí que, frente a las cláusulas techo que apenas han tenido virtualidad alguna en la práctica, las cláusulas suelo cuentan con una importante proyección en nuestro panorama actual<sup>3</sup>. Con todo, es de rigor poner de manifiesto que las cláusulas suelo son lícitas siempre que las entidades de crédito cumplan con una serie de requisitos de transparencia e información exigibles legalmente en su comercialización<sup>4</sup>.

Partiendo, como hemos anticipado, de la licitud de estas cláusulas siempre que cumplan ciertas exigencias normativas, cabe preguntarse cuándo una cláusula suelo reviste el carácter de ilícita. Sobre la ilicitud de las cláusulas suelo, resulta clarificador el análisis exhaustivo que sobre ellas lleva a cabo el Tribunal Supremo en la sentencia de 9

<sup>2</sup> CORDERO LOBATO, E., «Cláusula suelo en préstamos hipotecarios: condiciones de validez y efectos de la nulidad (STS, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2013)», *Diario La Ley*, nº 8090, año XXXIV, 2013, pp. 1-4; CAÑIZARES LASO, A., «Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo», *Revista de Derecho civil*, v.2, nº 3, 2015, pp. 67-105; MORENO GARCÍA, L., *Cláusulas suelo y control de transparencia. Tratamiento sustantivo y procesal*, Marcial Pons, 2015, pp. 47 y ss.; CAÑIZARES LASO, A., «Efectos restitutorios de la nulidad de la cláusula suelo. STJUE de 21 de diciembre de 2016», *Revista de Derecho civil*, v.3, nº 4, 2016, pp. 103-123.

<sup>3</sup> Las cláusulas techo se incorporan a los contratos en aras de ofrecer al usuario una contraprestación atractiva a la cláusula suelo, toda vez que, de subir el tipo de interés por encima de lo pactado, tendría la garantía de que no deberá desembolsar más que la cantidad estipulada en la cláusula techo. Sin embargo, en la práctica, estas situaciones no llegan a producirse por lo elevado del techo fijado.

<sup>4</sup> Las condiciones que han de reunir cláusulas suelo para ser lícitas se recogen principalmente en tres disposiciones normativas: la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (derogatoria de la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994); la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social; y la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial. Esta última será objeto de transposición al ordenamiento jurídico español a través del que se dio a conocer como Anteproyecto de Ley XX/2016, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

de mayo de 2013<sup>5</sup>. Este pronunciamiento tiene una relevancia significativa en el marco de la litigación bancaria por haber sentado doctrina jurisprudencial sobre el control de las cláusulas financieras de los préstamos hipotecarios y, especialmente, sobre el control de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato.

En este contexto, el Alto Tribunal partió del análisis pormenorizado de la naturaleza jurídica y características esenciales de estas estipulaciones, cuestión que se hace necesaria a la hora de determinar cuál es el grado de control que la ley articula respecto de las mismas. Así las cosas, la cláusula suelo, tal como ha manifestado el Tribunal Supremo, es una condición general de la contratación que describe y define el objeto principal del contrato al formar parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario. Afirmación que resulta un tanto controvertida a efectos de aplicar sobre la misma un control de abusividad, toda vez que, como regla de principio, no es susceptible de tal control, tal como se deduce de la dicción del considerando decimonoveno y del artículo 4.2 respectivamente de la Directiva 93/13/CEE «[...] la apreciación del carácter abusivo no debe referirse ni a cláusulas que describan el objeto principal del contrato ni a la relación calidad/precio de la mercancía o de la prestación», y «[...]la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá ni a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible». El TJUE pareció matizar la precisión de la Directiva en la sentencia de 3 de junio de 2010 al sostener que no se puede impedir a un Estado Miembro que adopte normas más estrictas que las establecidas en la Directiva referenciada, dentro del ámbito de aplicación de la misma, siempre que pretendan garantizar con ello al consumidor un mayor nivel de protección; con todo, esta línea jurisprudencial no ha tenido continuidad. En definitiva, según algunos venía a reconocer la posibilidad de que la normativa nacional autorizase un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren al objeto principal del contrato. Sin embargo, en España, el Tribunal Supremo, aun a pesar de no haber sido transpuesto al Derecho

<sup>5</sup> La STS de 9 de mayo de 2013 (RJ 2013/3088) pone fin a un proceso que trae causa de la acción colectiva de cesación ejercida por una asociación de consumidores contra varias entidades financieras por haber incluido en los contratos de préstamo condiciones generales de la contratación abusivas debido a su falta de transparencia.

español el art. 4.2 de la Directiva, entiende en la sentencia de 18 de junio de 2012<sup>6</sup> que el control de contenido que puede llevarse a cabo en orden al posible carácter abusivo de la cláusula no puede extenderse al equilibrio de las contraprestaciones; es decir, queda sustraído a este control el contenido referido a las partes contratantes, las prestaciones y la equivalencia de las mismas, así como a la finalidad o causa del contrato<sup>7</sup>.

No obstante, en la sentencia de 9 de mayo de 2013<sup>8</sup> se indica que la circunstancia de no poder examinarse, como regla general, el contenido de una condición general que defina el objeto principal de un contrato, no supone que el sistema no las someta al doble control de transparencia que seguidamente se expone<sup>9</sup>.

### 3. LA FALTA DE TRANSPARENCIA COMO CRITERIO DETERMINANTE DEL CARÁCTER ABUSIVO DE LAS CLÁUSULAS SUELO<sup>10</sup>

Cumple comenzar advirtiendo que la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación (en adelante LCGC) somete a las estipulaciones no pactadas individualmente a dos tipos de control: por un lado, el llamado control de incorporación e inclusión; y, por otro, el control de contenido o de abusividad.

En lo que se refiere al control de incorporación e inclusión (control, en principio, formal) regulado en los artículos 5.5 y 7 en su apartado b) de la LCGC, el legislador viene a sancionar con la no incorporación al contrato de las cláusulas que no se ajusten a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez; y por consiguiente, resulten ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles. Esto, salvo que el adherente

<sup>6</sup> RJ 2012/8857.

<sup>7</sup> MIQUEL GONZÁLEZ, J. M<sup>a</sup>, «Disposición adicional 1<sup>a</sup>, 3 (art. 10 bis 1, apdos. 1<sup>o</sup>, 4<sup>o</sup>)», *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación* (ALFARO ÁGUILA-REAL, J., coord.), Civitas, Madrid, 2002, p. 911.

<sup>8</sup> RJ 2013/3088.

<sup>9</sup> PERTÍÑEZ VÍLchez, F., «Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario», *InDret*, 3/2013, disponible en <http://www.indret.com/es/index.php>.

<sup>10</sup> CARRASCO PERERA, Á., CORDERO LOBATO, E., «El espurio control de transparencia sobre condiciones generales de la contratación», *Revista CESCO de Derecho de consumo*, 7, 2013, pp. 164-183, disponible en <https://cesco.revista.uclm.es/index.php/cesco/issue/view/57>; CAÑIZARES LASO, «Control de incorporación y transparencia...», *op. cit.*, pp. 67-105; BOTANA GARCÍA, G. A., «La protección del consumidor como cliente bancario», *Actualidad Civil*, nº 5, mayo 2016, pp. 1-25; CAÑIZARES LASO, «Efectos restitutorios de la nulidad...», *op. cit.*, pp. 103-106.

acepte expresamente su incorporación, y dando cumplimiento a las exigencias de transparencia establecidas en la normativa.

En lo que se refiere al control de contenido o abusividad (control material), la LCGC (artículo 8.2) se remite, en cuanto a su regulación, a lo dispuesto en el artículo 82 de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (adelante LGDCU) aprobada por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, solo para aquellos contratos celebrados con consumidores. Este artículo advierte que las cláusulas que, en contra de las exigencias de la buena fe, causen en perjuicio del consumidor un desequilibrio objetivo entre los derechos y obligaciones de las partes contratantes, serán consideradas abusivas y, por ende, sancionadas con la nulidad.

Pues bien, junto al control de incorporación e inclusión y el control de contenido o abusividad, el Alto Tribunal consagra en la sentencia de 9 de mayo de 2013 un tercer control específico de las cláusulas relativas al objeto principal —de construcción eminentemente jurisprudencial— vinculado a los anteriores, no referido a un eventual desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes, sino a la falta de información considerada suficiente para que el consumidor pueda identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y hacerlo conocedor del real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos, es decir, el cómo incide o puede incidir la alteración del tipo de referencia en el contenido de su obligación de pago. Es el llamado doble control material de transparencia o doble filtro de transparencia.

Este doble control de transparencia tiene por objeto corroborar que la información que se facilita al tiempo de celebrarse el contrato y los términos en los que se suministra dicha información al adherente cubren las exigencias positivas de oportunidad real de su conocimiento y las negativas de no ser ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles.

En consecuencia, a juicio del Alto Tribunal, la cláusula ha de someterse a una doble exigencia de transparencia: por un lado, a unos requisitos de transparencia formales o documentales propios del control de inclusión a las que se ven sometidas todas las condiciones generales de la contratación por aplicación de los artículos 5.5 y 7 de la LCGD. Por otro lado, y una vez superada la incorporación de la cláusula al contrato,

debe pasar un segundo control de transparencia reforzado o específico de aplicación a los elementos esenciales del contrato<sup>11</sup>. Este segundo control de transparencia, considerado por el Alto Tribunal como un 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, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo».

A mayor abundamiento, esta sentencia aclara que las cláusulas analizadas no son transparentes porque:

- a) Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.
- b) Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas.
- c) No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar.
- d) No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad —caso de existir— o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas.
- e) (...) se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor.

La sentencia conlleva un salto cualitativo muy importante en el modo de entender el deber de información en la contratación bancaria en España<sup>12</sup>. La no superación del

<sup>11</sup> Es cierto que para algunos autores todas las cláusulas están sometidas al control de transparencia material, pero no podemos detenernos aquí en esta cuestión.

<sup>12</sup> Es interesante la afirmación del Tribunal Supremo en la STS de 8 de septiembre de 2014 (RJ 2014/4660) (FJº2º): «...el control de transparencia responde a un previo y especial deber contractual de transparencia del predisponente que debe quedar plasmado en la comprensibilidad real de los aspectos básicos del contrato que reglamenten las condiciones generales». A este respecto, reconocerá el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en las sentencias de 30 de abril de 2014 (TJCE 2014/105, *Caso*

doble control de falta de transparencia conlleva la declaración de la cláusula como abusiva, de acuerdo con el art. 82 LGDCU, y la consiguiente nulidad.

#### 4. EFECTOS DEL CONTROL DE TRANSPARENCIA: LA DECLARACIÓN DE ABUSIVIDAD<sup>13</sup>

A la hora de tratar esta cuestión se hace necesario delimitar el concepto de cláusula abusiva. Podemos tomar como definición de las cláusulas abusivas, la legal preceptuada en el art. 82 de la LGDCU: «Son cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato». Concepto al que se remite la propia LCGC por lo que cabría afirmar que dicho concepto se circunscribe al ámbito de los contratos celebrados con consumidores. A la luz del texto legal referenciado, podemos observar que el art. 82 viene a consagrar una regla general de abusividad de las cláusulas predispuestas en los contratos celebrados con consumidores. En ella se establecen los presupuestos que han de concurrir para que sean declaradas abusivas. Así las cosas, y como ya anticipamos, serán abusivas cuando contravengan las exigencias del principio de la buena fe contractual y, además, originen un desequilibrio entre los derechos y prestaciones de las partes contratantes. Por otro lado, en los arts. 85 a 90 del texto legal referenciado se recoge un compendio de cláusulas que han de ser consideradas abusivas en todo caso. Sin embargo, según el Tribunal Supremo español este concepto de abusividad no se aplica a las condiciones generales de la contratación que describen

---

*Kásler*) y de 26 de febrero de 2015 (TJCE 2015/93, *Caso Mater*) que las cláusulas sobre el objeto principal del contrato deben someterse no sólo a un control de transparencia material, sino también formal ex art. 4.2 de la Directiva.

<sup>13</sup> Acerca de la abusividad por falta de transparencia: PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2004; LÓPEZ JIMÉNEZ, J. M<sup>a</sup>., «Nuevo marco jurídico para la protección de los consumidores en la contratación de préstamos y créditos hipotecarios, y en la intermediación de préstamos y créditos», *Diario La Ley*, nº 7204, 2009; SÁNCHEZ GARCÍA, J. M<sup>a</sup>., «El control de transparencia sobre los elementos esenciales en los contratos de crédito al consumo», *Revista de Derecho vLex*, nº 112, 2013; PORTILLO CABRERA, E.; ROJAS ABASCAL, T., «El concepto de consumidor y la aplicación del control de transparencia en los procedimientos de cláusulas suelo», *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 5, 2014, pp. 151-160; CÁMARA LAPUENTE, S., «Transparencias, desequilibrios e ineficacias en el régimen de las cláusulas abusivas (un resumen crítico)», *El Notario del siglo XXI*, 61, mayo-junio 2015, pp. 152-157; AGÜERO ORTIZ, A., «El Control de Transparencia tan sólo es aplicable a consumidores, no a empresarios ni profesionales», *Revista CESCO de Derecho de consumo*, nº 18, 2016 disponible en <https://cesco.revista.uclm.es/index.php/cesco/issue/view/125>.

el objeto principal del contrato. Para el Alto Tribunal y un sector de la doctrina, el carácter abusivo lo determina aquí de manera directa la falta de transparencia<sup>14</sup>.

Hemos de matizar, sin embargo, que algunos autores, siguiendo la tesis alemana, entienden que constatada la falta de transparencia deberá todavía examinarse si existe o no un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes que contravenga las exigencias de la buena fe; y, sólo entonces, cabría declarar la abusividad de las cláusulas. Se argumenta en apoyo de esta opinión, que la transparencia respecto a los elementos esenciales garantiza el conocimiento por parte del consumidor acerca de la carga económica que va a implicar para él el contrato, y de las prestaciones asumidas por las partes, pero no es suficiente para que la adhesión del mismo pueda equipararse al consentimiento contractual; no hay un control sobre el equilibrio de las prestaciones<sup>15</sup>.

## 5. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA DECLARACIÓN DE ABUSIVIDAD POR FALTA DE TRANSPARENCIA EN LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO: CESACIÓN EN EL USO, NULIDAD Y RESTITUCIÓN

### 5.1. Alcance de los efectos restitutorios en la jurisprudencia del Tribunal Supremo

Con todo, el aspecto más controvertido en esta materia ha sido el de las consecuencias jurídicas de la declaración de abusividad de las cláusulas examinadas tras haber sido sometidas al doble control de transparencia. En la sentencia de 9 de mayo de 2013<sup>16</sup> se

<sup>14</sup> MORENO GARCÍA, *Cláusulas suelo y control de transparencia...*, *op. cit.*, pp. 115 y ss.

<sup>15</sup> Al respecto indica la STJUE de 26 de enero de 2017 (TJCUE 2017/31, *Caso Primus*) que: « El artículo 3, apartado 1, y el artículo 4 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que: El examen del eventual carácter abusivo de una cláusula de un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor implica determinar si ésta causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes del contrato. Este examen debe realizarse teniendo en cuenta las normas nacionales aplicables cuando no exista acuerdo entre las partes, los medios de que dispone el consumidor en virtud de la normativa nacional para hacer que cese el uso de ese tipo de cláusulas, la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato en cuestión, y todas las circunstancias que concurren en su celebración.» (FJ<sup>o</sup> 76.3). En este sentido en la doctrina española, entre otros: MIQUEL GONZÁLEZ, «Disposición adicional 1<sup>a</sup>, 3...», *op. cit.*, pp. 913 y ss; CAÑIZARES LASO, «Control de incorporación y transparencia...», *op. cit.*, pp. 67-105. Resulta también de interés el comentario que hace PAZOS CASTRO en «Un nuevo pronunciamiento sobre la interpretación de la Directiva de cláusulas abusivas. Comentario a la STJUE de 26 de enero de 2017 (Banco *Primus*)», *Revista de Derecho civil*, v.4, n<sup>o</sup> 1, enero-marzo, 2017, pp. 163-181.

<sup>16</sup> RJ 2103/3088.

proyectan en dos sentidos: la obligación de cesar en su uso y la declaración de nulidad de las mismas.

El primer aspecto no plantea problema alguno. En el caso discutido, los demandantes habían interpuesto una acción colectiva de cesación que resulta estimada, de manera que se condena a las entidades bancarias a eliminar las cláusulas en la forma y modo en que las habían utilizado, y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo en los mismos términos (art. 7.2 Directiva 93/13/CEE, art. 12.2 LCGC, art. 57 LGDCU). El segundo, en cambio, suscitó opiniones encontradas<sup>17</sup>.

El efecto que el Tribunal atribuye, como regla general, a la falta de transparencia en una sentencia que da respuesta a una acción colectiva es la nulidad de pleno derecho de las cláusulas manteniendo, siempre que sea posible, la vigencia del contrato: «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». Por tanto, de acuerdo con el principio *favor negotii*, los contratos de préstamo con garantía hipotecaria que contengan cláusulas suelo no transparentes mantendrán su vigencia y seguirán siendo de obligatorio cumplimiento para las partes, con eliminación de las cláusulas disconformes con la transparencia requerida<sup>18</sup>.

<sup>17</sup> No entramos a analizar la posible incongruencia de la decisión judicial señalada por algunos autores al pronunciarse el Tribunal Supremo sobre un aspecto, la nulidad de las cláusulas, que queda al margen de la pretensión de los demandantes. Pues, el ejercicio de una acción de cesación busca únicamente obtener del juez la condena del demandado a cesar en su conducta y a prohibir su reiteración futura (art. 53 LGDCU). Al respecto *cfr.* PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., «La restitución de las cantidades indebidamente cobradas en virtud de cláusulas suelo en contratos de préstamo hipotecario tras la STS de 9 de mayo de 2013», *Diario La Ley*, nº 8154, 2013. No coincidimos plenamente con este parecer, pues la condena a cesar en el uso de las mismas solo procede si estas han sido reputadas nulas. Por tanto, el Juez que estime la acción, necesariamente ha de pronunciarse acerca de este punto para fundamentar su decisión. Sobre este aspecto, *cfr.* considerando 59 de la STJUE de 21 de diciembre de 2016.

<sup>18</sup> La consecuencia jurídica que tienen las cláusulas abusivas por falta de transparencia entronca con lo previsto en el art. 8 LCGC respecto a las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en la Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva salvo que se prevea un efecto distinto para el caso de contravención; y con el art. 83 LGDCU que establece la nulidad de pleno derecho de las cláusulas abusivas por no haber superado el control de contenido a que hemos hecho referencia en el cuerpo del texto. La nulidad de las cláusulas abusivas y la nulidad parcial del contrato es también el criterio de la normativa europea. La Directiva 93/13/CEE declara en el art 6 que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor y que siempre que el contrato pueda subsistir sin estas, continuará siendo obligatorio para las partes. Sin embargo, no podemos dejar de señalar que este criterio, el mantenimiento de la obligatoriedad del contrato tras la declaración de nulidad de algunas de sus cláusulas, nos parece cuestionable en este caso. A nuestro parecer, dado que las cláusulas suelo

Por aplicación a la nulidad de las cláusulas suelo de los efectos que el art. 1303 CC prevé para el caso de nulidad de los contratos, el Alto Tribunal dispone que, declarada éstas nulas, procederá la *restitutio in integrum* de la cantidades cobradas «como resultado natural de la propia nulidad de la reglamentación negocial que impuso el cumplimiento de la prestación debida por el adherente» ya que «al haber quedado sin validez el título de la atribución patrimonial a que dieron lugar [...] esta se queda sin causa que la justifique». Nulidad *ex tunc* confirmada por la Comisión en el informe de 27 de abril del 2000 sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CEE al afirmar que el pronunciamiento en que se declare abusiva una cláusula debe retrotraer sus efectos al momento de la conclusión del contrato.

Esto, no obstante, señala acto seguido el Tribunal Supremo que, de comportar los efectos retroactivos de la declaración de nulidad consecuencias contrarias a principios generales como el de seguridad jurídica, estaría justificada la limitación de los mismos. La miscelánea de pronunciamientos judiciales y normas en que sustenta esta posibilidad no resulta en absoluto convincente por no guardar relación con el conflicto que aquí se plantea. Quizá el argumento más destacado de los esgrimidos es el que pretende amparar la irretroactividad en la posibilidad excepcionalmente reconocida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia de 21 de marzo de 2013<sup>19</sup> de limitar que «los interesados invoquen una disposición por él interpretada» en aplicación del principio de seguridad jurídica y siempre que concurra buena fe en las partes contratantes y el riesgo de trastornos graves. Como han señalado los autores, no parece plausible justificar la limitación de los efectos propios de la nulidad de pleno derecho bajo el pretexto de salvaguardar el principio de seguridad jurídica, en relación a la confianza de las entidades bancarias en el marco normativo establecido. Es más bien esa limitación la que vulnera la protección que el ordenamiento debe ofrecer a los

---

definen el objeto principal del contrato, la consecuencia debería ser la nulidad del negocio por vicio del consentimiento sobre un elemento esencial. Pues, aunque se haya dicho que «el control de transparencia no pretende satisfacer exigencias sobre la libre y consciente prestación del consentimiento» (BOTANA GARCÍA, «La protección del consumidor...», *op. cit.*, p. 2) es innegable que un conocimiento deficiente acerca del alcance jurídico-económico de las cláusulas repercute directamente en la prestación del consentimiento. En este sentido, *cfr.* MORENO GARCÍA, *Cláusulas suelo y control de transparencia...*, *op. cit.*, pp. 130 y ss. Afirma la autora que la nulidad parcial del contrato tan solo tiene sentido si estas estipulaciones no se consideran referidas al objeto principal del mismo, sino como una cláusula accesorio, por ser esta la percepción que el consumidor tiene de la importancia de la misma en el momento de la contratación.

<sup>19</sup> Asunto C-92/11, STJCE 2013/93, (*Caso RWE Vertrieb*).

ciudadanos que actúan confiando legítimamente en la previsión normativa de los efectos de un acto o de un comportamiento<sup>20</sup>.

En todo caso, la argumentación ofrecida hasta aquí por el Tribunal Supremo se basa, en realidad, en razonamientos generales desconectados del caso discutido. Cuando desciende al caso particular sometido a su enjuiciamiento lo hace para pronunciarse acerca del momento temporal de la sentencia, en respuesta a la petición del Ministerio Fiscal y dispone, como es sabido, su irretroactividad. Aquí se encuentra la piedra angular de la sentencia, ya que la decisión acerca de su eficacia incide directamente en el alcance de la declaración de nulidad y, por consiguiente, en las consecuencias económicas para las entidades bancarias de la utilización de cláusulas-suelo abusivas. La irretroactividad supone la no restitución de los intereses cobrados con anterioridad a la publicación de la sentencia y el reconocimiento de carácter vinculante de las mismas<sup>21</sup>.

El argumento esencial en que sustenta la eficacia no retroactiva no consiste en una eventual contravención de la seguridad jurídica, como cabría deducir de las afirmaciones anteriores, sino en el riesgo de graves trastornos con trascendencia para el orden público económico que conllevaría la obligación de las entidades bancarias de restituir la cantidad total cobrada; efecto que tendría lugar de reconocerse la eficacia retroactiva del pronunciamiento. Sin perjuicio de otros aspectos enumerados en el párrafo 293 (FJº 17º) queremos destacar el siguiente:

«k) Es notorio que la retroactividad de la sentencia generaría el riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico, al extremo que el Ministerio Fiscal, pese a recurrir la sentencia de apelación, se pronuncia en el sentido de que no procede reconocer efectos retroactivos a la decisión de nulidad de las cláusulas controvertidas».

<sup>20</sup> MORENO GARCÍA, *Cláusulas suelo y control de transparencia...*, *op. cit.*, pp. 132 y ss.; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, «La restitución de las cantidades...», *op. cit.*, p. 7.

<sup>21</sup> PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, «La restitución de las cantidades...», *op. cit.*, p. 7; CAÑIZARES LASO, «Efectos restitutorios de la nulidad...», *op. cit.*, p. 112. En este sentido, la STJUE de 21 de diciembre de 2016 (TJCE 2016/309) equipara la limitación de los efectos derivados de la declaración de nulidad con la privación al consumidor del derecho a la restitución de las cantidades abonadas en virtud de las cláusulas (FJº72).

No es de extrañar que la decisión, cual manzana de la discordia, hubiese desatado numerosas críticas doctrinales<sup>22</sup> y nuevas controversias judiciales. A lo que hemos de añadir que ya entonces entraba en pugna con los criterios mantenidos tanto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea como por la Comisión, favorables ambos a la eficacia retroactiva de la declaración de nulidad de las cláusulas abusivas, de acuerdo con la regla de que «no vincularán al consumidor» del art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE<sup>23</sup>. Los Tribunales inferiores que debieron resolver posteriormente casos idénticos se encontraban con el dilema de aplicar el criterio establecido por el Tribunal Supremo en la sentencia de 9 de mayo de 2013, o bien apartarse de la decisión por considerarla injusta<sup>24</sup>. No llegó a adoptarse un criterio unánime<sup>25</sup>. Algunos optaron por

<sup>22</sup> Entre otros: CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO, «El espurio control de transparencia sobre condiciones generales de contratación...», *op. cit.*, pp. 17 y ss.; CORDERO LOBATO, E., «Nulidad de cláusulas suelo no transparentes: ¿Puede el consumidor recuperar los pagos excesivos? (STS, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2013)», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 6, 2013, pp. 129-133 disponible en <https://cesco.revista.uclm.es/index.php/cesco/issue/view/55>; HERNÁNDEZ 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 de consumo*, nº 6, 2013, pp. 134-169 <https://cesco.revista.uclm.es/index.php/cesco/issue/view/55>; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, «La restitución de las cantidades...», *op. cit.*, p. 7; MORENO GARCÍA, *Cláusulas suelo y control de transparencia...*, *op. cit.*, pp. 132 y ss; ANCHÓN BRUÑÉN, M<sup>a</sup> J., «Posibles efectos de la espera sentencia del TJUE sobre cláusulas suelo», *Diario La Ley*, nº 8767, mayo 2016, pp. 1-15; MUÑOZ GARCÍA, «La función del TJUE...», *op. cit.*, pp. 9-15.

<sup>23</sup> El Tribunal de Justicia de la Unión Europea se había pronunciado favorablemente acerca de los efectos retroactivos de la nulidad de cláusulas abusivas en varias ocasiones. Así, en las sentencias de 14 o 26 de abril de 2012; y en la sentencia de 10 de enero de 2006, aunque en relación a un caso distinto, había indicado que la regla general es la aplicación retroactiva de la interpretación que haya realizado de una norma (en este caso, el art 6.1 de la Directiva 93/13/CEE) mientras que la Comisión Europea ha afirmado en los Informes de 27 de abril del año 2000 sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CEE y de 13 de julio de 2015 que la declaración de abusividad ha de surtir efectos *ex tunc*. De ahí también que hubiesen sembrado cierto desconcierto las conclusiones de 13 de julio de 2016 del Abogado General de la Unión Europea, Paolo Mengozzi, sobre las cuestiones prejudiciales que han dado lugar a la STJUE de 21 de diciembre de 2016. Resumidamente, afirma que los Estados miembros no están obligados a reconocer la nulidad retroactiva. *Cfr.* CAÑIZARES LASO, «Efectos restitutorios de la nulidad...», *op. cit.*, pp. 115-116.

<sup>24</sup> Acerca del valor jurisprudencial de la STS de 9 de mayo de 2013 *cfr.* PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, «La restitución de las cantidades...», *op. cit.*, pp. 2 y ss. Es frecuente que en las propias resoluciones judiciales posteriores a la sentencia e incluso en algunos trabajos científicos se haga referencia a las consideraciones en ella realizadas por el Tribunal Supremo como «doctrina jurisprudencial». Hemos de recordar sin embargo que, si bien ha sido reiterada la valoración de la naturaleza de las cláusulas suelo como condiciones generales de la contratación y también los parámetros y objeto del doble control de transparencia, no lo ha sido la decisión acerca del carácter irretroactivo de la sentencia. Y la reiteración es una nota necesaria para que lo decidido por el Tribunal Supremo en un caso adquiera el rango de doctrina jurisprudencial vinculante (*cfr.* art. 1.6CC). Al respecto, PUIG BRUTAU, J., «Cómo ha de ser invocada la doctrina civil del Tribunal Supremo», *Medio siglo de estudios jurídicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 189-209.

<sup>25</sup> Acerca de la jurisprudencia dispar a la STS de 9 de mayo de 2013 *cfr.*: GARCÍA MONTORO, L. «Contra la sentencia del TS sobre cláusulas suelo: hay que devolver las prestaciones», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 6, 2013, pp. 300-305 disponible en <https://cesco.revista.uclm.es/index.php/cesco/issue/view/55>; AGÜERO ORTIZ, A., «¿Retroactividad o irretroactividad de la eliminación de las cláusulas suelo? O

reconocer el derecho de los consumidores a obtener la restitución íntegra de los intereses pagados a los bancos en aplicación de las cláusulas limitativas a la baja de la variabilidad de los tipos<sup>26</sup>; otros, en cambio, se pronunciaron a favor de la restitución con efectos irretroactivos<sup>27</sup>. Con carácter general, aquellos órganos jurisdiccionales que se decidían por la irretroactividad, lo hacían en supuestos en que la acción ejercitada por los demandantes era una acción colectiva. En casos de ejercicio de una acción individual la tendencia era considerar inaplicable la pauta establecida por el Tribunal Supremo al entender que la *restitutio in integrum* no supondría trastorno grave alguno de la economía nacional.

Por lo que respecta a la jurisprudencia posterior del Tribunal, en la STS de 25 de marzo de 2015<sup>28</sup>, en que intenta clarificar la doctrina sentada por la STS de 9 de mayo de 2013, se adoptó un nuevo criterio en cuanto al alcance de la restitución. Este pronunciamiento establece la eficacia retroactiva de las sentencias que declaran la abusividad de las cláusulas suelo desde la fecha de 9 de mayo de 2013 y condena a las entidades prestamistas a devolver a los consumidores las cuotas percibidas desde esa fecha. Justifica este razonamiento en la consideración de que, tras la publicación de la citada sentencia, no cabe presumir la buena fe de las entidades bancarias «pues una mínima diligencia permitía conocer las exigencias jurisprudenciales en materias propias del objeto social» (FJº8º)<sup>29</sup>. Por otra parte, y frente a la línea de actuación seguida por

---

de la rebelión de los juzgados y audiencias provinciales», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 6, 2013, pp. 291-298 disponible en <https://cesco.revista.uclm.es/index.php/cesco/issue/view/55>; MORENO GARCÍA, *Cláusulas suelo y control de transparencia...*, op. cit., pp. 132 y ss.; MUÑOZ GARCÍA, C., «La función del TJUE en el control de la cláusula suelo en España (1)», *Diario La Ley*, nº 8799, julio de 2016.

<sup>26</sup> En este sentido, entre otras: SAP de Álava de 9 de julio de 2013; SAP de Málaga de 21 de marzo de 2014; SAP de Huelva de 21 de marzo de 2014; SJM nº 1 Bilbao de 19 de junio de 2013; SJM de nº 10 de Barcelona de 7 de julio de 2013; SJM nº 5 de Barcelona de 17 de junio de 2013, SJM nº 1 de Santander de 15 de abril de 2016.

<sup>27</sup> En este sentido, entre otras: SSAP de Cáceres de 22 de mayo de 2013 y de 18 de noviembre de 2013; SAP de Córdoba de 18 de junio de 2013; SAP Granada de 18 de octubre de 2013; SJM nº 1 de Murcia de 12 de noviembre de 2013.

<sup>28</sup> RJ 2015/735.

<sup>29</sup> Al nuevo criterio de irretroactividad establecido en la STS de 25 de marzo de 2015 mencionado en el texto, formuló voto particular el Magistrado ORDUÑA MORENO al que se adhiere O'CALLAGHAN MUÑOZ. Distintamente a lo decidido por los restantes magistrados, pone de manifiesto el autor respecto a la cuestión que señalamos en el texto, que el carácter «no vinculante» de la cláusula abusiva declarado en el art. 6 Directiva 93/13 conlleva la necesaria eficacia *ex tunc* de la obligación de restitución de la entidad prestamista respecto de los intereses cobrados en exceso. Con todo, el citado criterio ha sido reiterado en la SSTS de 29 de abril de 2015 (RJ/ 2015/2042) (FJº1 5º) y de 23 de diciembre de 2015 (RJ 2015/5714) (de nuevo con voto particular de ORDUÑA MORENO). Entre los Tribunales inferiores ha sido secundado puntualmente, por ejemplo, por el Juzgado de lo Mercantil nº 11 de Madrid en la sentencia de 7 de abril

los órganos jurisdiccionales inferiores, la sentencia también significa que la limitación de los efectos de la declaración de nulidad decidida respecto a acciones colectivas se hace extensiva, con el nuevo límite (más flexible pero igualmente arbitrario), a las acciones individuales. «No resulta trascendente, al efecto aquí debatido», argumenta el Alto Tribunal, «que se trate de una acción colectiva o de una individual, puesto que el conflicto jurídico es el mismo y estamos en presencia de una doctrina sentada por la repetida sentencia para todos aquellos supuestos en que resulte, tras su examen, el carácter abusivo de una cláusula suelo inserta en un préstamo de interés variable» (FJº9º).

En ambas decisiones, el Tribunal Supremo resuelve el caso concreto en sentido contrario a lo que previamente ha declarado que debe hacerse. Proclama como criterio general la nulidad *ex tunc* y sentencia, posteriormente, una limitación al alcance de sus efectos incongruente y débilmente justificada. Así las cosas, el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Granada en Auto de 25 de marzo de 2015 y la Audiencia Provincial de Alicante en auto de 25 de junio de 2015 presentaron al Tribunal de Justicia de la Unión Europea sendas peticiones de decisión prejudicial en que planteaban diversas cuestiones para que se pronunciase respecto al criterio a seguir. Además de otros puntos, ambos órganos jurisdiccionales plantean si es compatible con el principio de no vinculación reconocido en el art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE que los efectos derivados de la declaración de nulidad, por su carácter abusivo, de una cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo, no se retrotraigan a la fecha de la firma del contrato, sino que se limiten a las cantidades pagadas con posterioridad al pronunciamiento en que se declara la abusividad de la cláusula.

---

de 2016. En las restantes resoluciones en que el conflicto a resolver versa también sobre la eventual abusividad de las cláusulas, no llega a pronunciarse acerca del alcance de la declaración de nulidad. Así: en la STS de 8 de septiembre de 2014 (RJ 2014/ 4660) no entra a valorar los efectos sobre el contrato de la declaración de abusividad puesto que la parte demandante se había aquietado en este extremo con la sentencia de primera instancia quedando esta firme; en la STS de 24 de marzo de 2015 (RJ 2015/845) se limita a denegar el recurso de casación de la entidad demandante contra la sentencia de apelación en que se confirmaba la sentencia de 1ª Instancia. En esta se declaraba la nulidad de las cláusulas suelo y se obligaba a la demandante a eliminarlas del contrato y a abstenerse de utilizarlas de nuevo y, por último, en la STS de 3 de junio de 2016 (RJ 2015/2306), el Tribunal concluye que las cláusulas suelo cuya nulidad solicita la demandante no han de ser sometidas al doble control de transparencia porque este no se extiende a los contratos bajo condiciones generales en que el adherente no tiene la condición legal de consumidor.

## 5.2. Alcance de los efectos restitutorios según la STJUE de 21 de diciembre de 2016<sup>30</sup>

En la sentencia de 21 de diciembre de 2016 dictada en respuesta a las cuestiones prejudiciales del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Granada y de la Audiencia de Provincial de Alicante, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea corrige una doctrina jurisprudencial que, inevitablemente hería «nuestra sensibilidad ante lo injusto»<sup>31</sup> no solo por la injusticia que destilaba, sino también por la inseguridad que generaba.

El Alto Tribunal europeo afirma en el pronunciamiento que art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo la eficacia retroactiva de la declaración del carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato celebrado con consumidores, «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» (FJº 75º).

Entre las consideraciones en que apoya su respuesta queremos destacar, por lo que aquí interesa, tres: en primer lugar, se indica en la sentencia que el principio de no vinculación proclamado en el art. 6.1 de la Directiva, «no vincularán al consumidor...», supone que la cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido, «de manera que no podrá tener efectos para el consumidor» (FJº 61º). Por tanto, la consecuencia jurídica de la declaración de nulidad de la misma consiste en el «restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que el consumidor se encontraría de no haber

<sup>30</sup> (C 307/2015, C 308/2015) (TJCE 2016/309, *Caso Gutiérrez Naranjo*). Acerca de este pronunciamiento cfr: CAÑIZARES LASO, «Efectos restitutorios de la nulidad...», *op. cit.*, pp. 114 y ss; MUÑOZ GARCÍA, C., «Cláusula abusiva nula y su no vinculación. Excesos y rigores del TJUE en la sentencia de 21 de diciembre de 2016», *Diario La Ley*, nº 8903, 2017, pp. 1-6; ANCHÓN BRUÑÉN, Mª J., «Efectos de la STJUE de 21 de diciembre de 2016: supuestos en que va a ser posible reclamar todas las cantidades indebidamente pagadas por aplicación de las cláusulas suelo y los casos en que no», *Diario La Ley*, nº 8904, enero 2017, 1-25; MAGRO SERVET, V., «Consecuencias de la sentencia del TJUE sobre cláusulas abusivas. Retroactividad de los efectos restitutorios de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo», *Diario La Ley*, nº 8901, 2017, pp. 1-3; PAZOS CASTRO, R., «Retroactividad de la nulidad de la cláusula suelo. A propósito de la STJUE de 21 de diciembre de 2016 (Gutiérrez Naranjo)», *Diario La Ley*, nº 8888, diciembre 2016; CÁMARA LAPUENTE, S., «Doce tesis sobre la STJUE de 21 de diciembre de 2016: su impacto en la jurisprudencia del TJUE y del TS, no solo sobre la retroactividad de la nulidad de las cláusulas suelo», *InDret 1/2017*, pp. 1-32 disponible en <http://www.indret.com/es/index.php>; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ F., «Algunas notas sobre la STJUE 21 de diciembre de 2016», *InDret*, 1/2017 disponible en <http://www.indret.com/es/index.php>.

<sup>31</sup> CAHN, E.N., *The Sense of Injustice*, Nueva York, 1949, pp. 14 y ss.

existido dicha cláusula» (FJº 61º y 66º). En segundo lugar, indica que la reconstrucción de la situación fáctica y jurídica asociada a la nulidad de la cláusula genera, respecto al juez que la declara: la obligación de dejarla sin aplicación; y, respecto al consumidor, la constitución «de un derecho a obtener la restitución de los importes indebidamente pagados en base a tales cláusulas» (FJº 62º y 66º). En tercer lugar, expone otras razones por las que la línea jurisprudencial del Tribunal Supremo español entra en pugna con el Derecho de la Unión, más allá del hecho de colisionar con la interpretación señalada del art. 6.1 de la Directiva. En este sentido, indica el Tribunal de Justicia que la limitación en el tiempo de los efectos restitutorios «equivale a privar a todo consumidor del derecho a obtener la restitución íntegra de las cantidades que haya abonado indebidamente a la entidad bancaria [...] durante el período anterior a la sentencia de 9 de mayo de 2013» (FJº 72º); consiguientemente conlleva, de una parte: una mengua en la protección que el Estado debe garantizar a los consumidores, resultando ésta «limitada [...] incompleta e insuficiente» (FJº 73º); y, de otra, el peligro de poner en cuestión el efecto disuasorio que la Directiva pretende atribuir a la declaración del carácter abusivo de la cláusula contenida en los contratos celebrados con consumidores, respecto al cese en el uso de dichas cláusulas (FJº 63º y 73º). Finalmente, y como consecuencia de las consideraciones desarrolladas a lo largo de la resolución, concluye que la doctrina fijada por el Tribunal Supremo en la sentencia de 9 de mayo de 2013 «resulta incompatible con el Derecho de la Unión» y conmina a los Tribunales inferiores a no aplicarla en el ejercicio de su propia autoridad (FJº 74º).

Con esta esperada sentencia pareció quedar zanjada la polémica acerca de las consecuencias jurídicas del carácter abusivo de las cláusulas suelo por falta de transparencia. Con objeto de facilitar el proceso de devolución de las cantidades correspondientes, el Gobierno aprobó el 20 de enero el Real Decreto-ley 1/2017 de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusula suelo en que prevé un procedimiento de solución extrajudicial<sup>32</sup>. Este procedimiento consiste, sucintamente, en un sistema de reclamación previa a la interposición de una demanda judicial mediante el que los consumidores, voluntariamente, podrán solicitar a los

<sup>32</sup> Cfr. CONDE FUENTES, J., «El procedimiento extrajudicial para la restitución de las cantidades pagadas en aplicación de las cláusulas suelo», *Revista de Derecho Civil*, v.4, nº 1, enero-marzo, 2017, pp. 219-233; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, E., «Algunas consideraciones respecto al Real Decreto-Ley 1/2017 de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo», *Diario La Ley*, nº 8924, febrero, 2017; VILAPLANA RUIZ, J., «Espejismos normativos: apuntes críticos al Real Decreto-Ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo», *Diario La Ley*, nº 8929, febrero, 2017.

bancos la devolución de las cantidades pagadas en aplicación de las cláusulas suelo. Además, ante el coste fiscal que pueden tener las devoluciones, los bancos están planteando alternativas como la renegociación de las condiciones de la hipoteca. Supone esto que quienes se encuentren en un proceso en curso pueden optar por acogerse al procedimiento extrajudicial (disposición transitoria única), o por continuar la vía judicial.

En definitiva, ha quedado abierto el camino para los deudores hipotecarios que quieran reclamar a partir de ahora el reintegro del importe pagado en aplicación de cláusulas-suelo nulas. Respecto a aquellos que, de acuerdo con la STS de 25 de marzo de 2015, hubiesen solicitado la devolución desde el 9 de mayo de 2013 y la hubiesen obtenido, plantean algunos autores que quizá puedan solicitar las cuantías restantes amparándose en el art. 400 LEC<sup>33</sup>. Por nuestra parte, nos aventuramos a considerar que incluso respecto a los procesos que concluyeron con un dictamen firme desestimatorio, una distinta fundamentación de la pretensión restitutoria, como la que aquí proponemos, ahora respaldada por la decisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, podría fundar una nueva causa de pedir que abriese la vía para instar un nuevo proceso (siempre, claro está, que no hubiese prescrito la acción restitutoria). Recordemos que el mencionado art. 400 LEC, si bien extiende los efectos de cosa juzgada material a los hechos jurídicos en que se fundó la pretensión, no incluye los *nova reperta* que, conocidos con posterioridad a los actos de alegación en el proceso, puedan conformar una distinta *causa petendi*. A la hora de valorar esta posibilidad habría que tener en cuenta, a nuestro juicio, junto a los aspectos procesales implicados, las consecuencias de no tomarla en consideración<sup>34</sup>.

<sup>33</sup> Así, CAÑIZARES LASO, «Efectos restitutorios de la nulidad...», *op. cit.*, pp. 119-120; en contra, CÁMARA LAPUENTE, «Doce tesis sobre la STJUE de 21 de diciembre de 2016...», *op. cit.*, p. 26.

<sup>34</sup> Nos referimos a que pueden darse casos en que, habiendo concluido varias personas un contrato de préstamo hipotecario con la misma entidad y en idénticas condiciones, unas obtengan la restitución de las cantidades indebidamente cobradas por la entidad, y otras no por haberse tramitado el proceso de éstas con anterioridad a la STJUE. En el considerando 68 de la mencionada sentencia, el Tribunal de Justicia señala que el Derecho de la Unión no obliga a un Tribunal nacional a inaplicar «las normas procesales internas que confieren fuerza de cosa juzgada a una resolución, aunque ello permitiera subsanar la infracción de una disposición, cualquiera que sea su naturaleza, contenida en la Directiva 93/13». Quiere esto decir que es compatible con el Derecho de la Unión entender que la STJUE de 21 de diciembre de 2016 no afecta a una resolución judicial firme que hubiese aplicado incorrectamente el art. 6.1 de la Directiva, ahora bien, no impide la posibilidad contraria. Deja la decisión en manos de los órganos jurisdiccionales internos. Y, a nuestro parecer los argumentos de la sentencia permiten construir una nueva fundamentación de la pretensión restitutoria con la que, en calidad de nueva *causa petendi*,

En los meses que han transcurrido hasta ahora, el Tribunal Supremo ha dictado dos sentencias sobre la materia y, si bien los casos enjuiciados no coinciden con los que a nosotros nos plantean dudas, no dejan de tener interés.

La primera es la STS de 24 de febrero de 2017<sup>35</sup>. En ella el Tribunal se pronuncia acerca del recurso de casación interpuesto por el BBVA contra la sentencia dictada en apelación en que la Audiencia, tras el fallo desestimatorio de primera instancia, estima la demanda del consumidor. Solicitaba éste la declaración de nulidad de la cláusula suelo controvertida y la devolución de todas las cantidades abonadas en aplicación de la misma. La entidad bancaria formuló recurso de casación cuya resolución había quedado en suspenso, en espera de que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunciase acerca de las cuestiones prejudiciales antes mencionadas. Publicada la sentencia de 21 de diciembre de 2016, se concedió a las partes un trámite de alegaciones. La recurrente alega en su favor la existencia de cosa juzgada respecto a la STS de 9 de mayo de 2013, puesto que había sido parte en el proceso que dio lugar a dicha resolución firme. La parte recurrida, se acoge a la nueva doctrina contenida en la STJUE de 21 de diciembre de 2016. A la vista de los hechos, el Tribunal concluye que la sentencia de 9 de mayo de 2013 no produce efecto de cosa juzgada respecto al presente caso por tres razones: entiende que tal efecto se circunscribe a cláusulas idénticas a las declaradas nulas, pero tal identidad no se da aquí ya que la cláusula enjuiciada tiene una redacción diferente a la de aquellas; en segundo lugar, en cuanto a la requerida identidad subjetiva estima el Tribunal que, si bien es cierto que el BBVA es parte en ambos procedimientos, respecto a este último, aunque ocupa la situación procesal de la predisponente, no fue quien incorporó la cláusula al contrato, de manera que no cabe apreciar identidad en el sujeto; por último, en lo que se refiere a la identidad objetiva arguye el Tribunal que «entre acciones colectivas y acciones individuales no existe identidad objetiva puesto que tiene objeto y efectos jurídicos diferentes» (FJº 3º). En definitiva, al Alto Tribunal desestima el recurso de la entidad financiera y, siguiendo la línea jurisprudencial ahora indicada por el TJUE confirma la

---

podrían sortearse situaciones injustas como la descrita a las que conduciría la rigurosa prevalencia del principio de seguridad jurídica en que se funda la eficacia negativa de la cosa juzgada material. El límite a la protección de los consumidores que se ha esgrimido para defender la eficacia de cosa juzgada de los procesos anteriores a la sentencia se encuentra, según creemos, en el propio plazo de prescripción de la acción restitutoria.

<sup>35</sup> RJ 2017/602.

sentencia de apelación. El banco queda obligado a devolver al consumidor el total de las cantidades pagadas en virtud de la misma.

Distinto cariz tiene la sentencia de 9 de marzo de 2017<sup>36</sup>. El Tribunal resuelve también en este pronunciamiento un recurso de casación interpuesto por los deudores hipotecarios contra la estipulación contenida en el préstamo suscrito con una entidad bancaria en la que se limita la variabilidad del tipo de interés tanto a la baja, mediante una cláusula suelo, como al alza, mediante una cláusula techo. Fundan el recurso en un motivo único que consiste en haber infringido la Audiencia la doctrina jurisprudencial establecida en la STS de 9 de marzo de 2013 respecto a los parámetros exigidos para realizar el control de transparencia de este tipo de cláusulas. Sin embargo, el Tribunal deduce de las razones expuestas por la Audiencia que la cláusula se adecúa a los requisitos de transparencia exigidos, y que el control de transparencia llevado a cabo en apelación fue respetuoso con dicha doctrina. Las razones esgrimidas consisten en: no figurar la cláusula enmascarada diluyendo la atención del consumidor, sino que se muestra con claridad e incluso con el texto resaltado en negrilla; en haber quedado acreditado que la cláusula fue individualmente negociada entre los deudores y la entidad bancaria (afirmación que, dicho sea de paso, nos resultan un tanto desconcertante porque si ha sido individualmente negociada, no podría decirse que se trata de una condición general de la contratación), y, por último, en haber resultado suficientemente probado que estos conocían el alcance y consecuencias jurídicas y económicas de la aplicación de la cláusula de la que expresamente fueron advertidos por la Notaria autorizante (FJ<sup>os</sup>1<sup>o</sup> y 2<sup>o</sup>). En consecuencia, entiende el Tribunal que la cláusula cumple los requisitos de transparencia exigidos y no cabe estimar el recurso. Si en la sentencia anterior el Tribunal se alinea, sin reparos, con la nueva doctrina jurisprudencial establecida por el TJUE, en este otro pronunciamiento parece tender una mano a los bancos. Y paradójicamente lo hace, según entendemos, invirtiendo la perspectiva desde la que venía enjuiciando este tipo de conflictos. En la STS de 9 de mayo de 2013, si bien las consecuencias jurídicas de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo quedan neutralizadas al establecer la irretroactividad del pronunciamiento que contiene dicha declaración, el Tribunal parece tomar como punto de partida una suerte de presunción de falta de transparencia que requiere de la entidad bancaria probar que sí reúnen las condiciones de transparencia exigidas. En la

<sup>36</sup> RJ 2017/977.

STS de 9 de marzo de 2017, en cambio, afirma que «no cabe variar la valoración jurídica realizada por la Audiencia sin alterar los hechos probados de los que parte», lo cual supone, según entendemos, enjuiciar el caso desde una presunción de transparencia. Ante la alarma suscitada entre las entidades bancarias por la STJUE, el Tribunal Supremo español parece haber querido ofrecer un bálsamo mostrando que es posible probar la transparencia de las cláusulas suelo. Lo cierto es que, por nuestra parte, nos parece sumamente difícil poder afirmar a día de hoy, que hace cinco, diez o quince años, en el momento de haberse suscrito el contrato, «la información suministrada» al consumidor, generalmente lego en Derecho, le permitió «percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago, y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato» (STS de 9 de mayo de 2013), salvo que se trate de un profesional.

En todo caso, entre las diversas cuestiones que quedan abiertas, queremos centrar nuestra atención en una: el fundamento de la obligación de restituir. Reconocido el derecho a la restitución por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ¿deberán fundamentarse las nuevas pretensiones restitutorias en la propia sentencia de 21 de diciembre de 2016 o en la normativa interna? En ese caso, ¿procede alegar la aplicación del art. 1303 CC relativa a los efectos de la nulidad del contrato o cuenta nuestro ordenamiento con otra norma que pueda sustentar la pretensión?

#### 6. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DE LA OBLIGACIÓN DE RESTITUIR: ART. 1303 CC O ART. 1895 CC

Sin entrar en un análisis profundo del tema que no procede aquí, la restitución de las atribuciones patrimoniales indebidas por falta de causa negocial que las justifique recibe en España un tratamiento dual mediante las reglas específicamente previstas en el Derecho de contratos de una parte, y mediante el cobro indebido de otra. La línea de separación entre uno y otro ámbito ha venido tradicionalmente trazada por la concurrencia de error en la persona de quien realiza la atribución patrimonial. Sin embargo, podrían haber recibido un tratamiento unitario a través de la *condictio indebiti*<sup>37</sup> puesto que ambos ámbitos se ocupan de daciones sin causa y en ellos actúa

<sup>37</sup> Se llama *condictio indebiti* a la acción, de raigambre romana, que canaliza la pretensión de restitución por cobro indebido.

el mismo principio general: la prohibición de enriquecerse injustificadamente<sup>38</sup>. Así ocurre, por ejemplo, en Alemania donde la *condictio indebiti* se invoca tanto en los supuestos de liquidación de los contratos, como de pagos realizados por error. En España, en cambio, la restitución derivada de nulidad, anulabilidad, rescisión o resolución del contrato es un ámbito propio de la normativa contractual, mientras que el ámbito de aplicación de las reglas restitutorias derivadas del cobro indebido ha quedado reducido, en principio, a los pagos indebidos por error<sup>39</sup>. Esto no obstante, la ordenación dual de las reglas restitutorias de las daciones sin causa no impide que el cobro indebido, en cuanto modalidad de enriquecimiento sin causa, pueda servir de manera subsidiaria para colmar las lagunas del Derecho de contratos<sup>40</sup>. En qué concretas situaciones la figura del cobro de lo indebido pueda desempeñar esta función complementaria del Derecho de contratos no ha sido estudiado en profundidad por la doctrina, de manera que nos situamos sobre arenas movedizas. Con todo, a nuestro parecer, la restitución de las cantidades indebidamente cobradas por parte de la entidad prestamista en virtud de cláusulas suelo abusivas por falta de transparencia constituye uno de esos supuestos en los que el cobro indebido podría colmar un vacío en la normativa contractual. Exponemos las razones que sustentan nuestra opinión.

<sup>38</sup> LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La nulidad de los contratos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 55 y ss.

<sup>39</sup> Algunos autores, a partir de una interpretación extensiva del art. 1901CC han situado en este precepto el fundamento de una *condictio sine causa generalis* válida para la restitución de todo caso de enriquecimiento sin causa. Otros, manteniendo una interpretación igualmente flexible de las reglas que disciplinan el cobro indebido, pero más contenida, han valorado la posibilidad de que la *condictio indebiti* opere también en España como *condictio* de prestación que abarcaría no solo los supuestos de pagos indebidos por error, sino todas las transmisiones carentes de causa (no así las intromisiones injustificadas) ya consistan en un dar, hacer o no hacer. Por ejemplo, las atribuciones realizadas *credendi* causa. Más dudas plantean las realizadas anticipadamente, en atención a un futuro negocio jurídico que no llega a celebrarse. Cfr. Díez PICAZO, L., «La doctrina del enriquecimiento injustificado», *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, Civitas, Madrid, 1988, pp. 111y ss.; BASOZÁBAL ARRUE, X., «Art. 1895CC», *Comentarios al Código Civil* (DOMÍNGUEZ LUELMO, A., coord.), Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 2040 y ss.

<sup>40</sup> En este sentido, con matices: DELGADO ECHEVERRÍA, J., «La anulabilidad», *ADC*, v. 29, nº 4, 1976, pp. 1021-1045; BASOZÁBAL ARRUE, X., *Enriquecimiento injustificado por intromisión*, Tecnos, Madrid, 1998, pp. 203 y ss.; del mismo autor, *ut supra*; Díez PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho civil I*, Civitas, Cizur Menor, 2009, 6ªed., p. 475; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *La nulidad contractual...*, *op. cit.*, pp. 55 y ss.; CARRASCO PERERA, Á., *Derecho de contratos*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, pp. 707 y ss.

### 6.1. *La obligación de restituir fundamentada en el art. 1303 CC*<sup>41</sup>

Hemos de comenzar recordando que, a pesar de la consabida restricción temporal de los efectos restitutorios, tanto en la sentencia de 9 de mayo de 2013 como en la sentencia de 25 de marzo de 2015, el Tribunal Supremo reconoce como regla el derecho de los deudores hipotecarios a la *restitutio in integrum* de las cantidades pagadas como consecuencia de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo de que traían causa. «Se trata», señala el Tribunal, «del resultado natural de la propia nulidad de la reglamentación negocial que impuso el cumplimiento de la prestación debida por el adherente» (FJº 17º).

Sin embargo, hemos de llamar la atención sobre el hecho de que este resultado no se encuentra expresamente previsto en la normativa de protección de consumidores y usuarios. Los arts. 8LCGC y 83LGDCU sancionan la nulidad de las condiciones generales de la contratación que hubiesen sido declaradas abusivas (y, en todo caso, como consecuencia de la realización de un control de contenido), pero no prevén las consecuencias jurídicas de la nulidad de las cláusulas respecto a las prestaciones ejecutadas en aplicación de las mismas, más allá de señalar que se tendrán por no puestas<sup>42</sup>. La obligación de restituir las prestaciones realizadas en virtud de una cláusula-suelo nula carece de previsión legal expresa en nuestro ordenamiento. La invocación del art. 1303 CC responde al intento del Tribunal Supremo, también presente en la doctrina, de colmar una laguna normativa haciendo extensiva a la nulidad de la cláusula abusiva por falta de transparencia la norma dictada para los supuestos de nulidad contractual. «Como regla, nuestro sistema parte de que la ineficacia de los contratos —o de alguna de sus cláusulas, si el contrato subsiste<sup>43</sup>—, exige destruir sus consecuencias y borrar sus huellas como si no hubiese existido y evitar así que, de los mismos se deriven efectos, de acuerdo con la regla clásica *quod*

<sup>41</sup> Algunas consideraciones acerca de la nulidad de las cláusulas suelo y la restitución de los intereses, entre otros, en: PERTÍÑEZ VÍLCHEZ «La restitución de las cantidades...», *op. cit.*, pp. 1 y ss.; MORENO GARCÍA, *Cláusulas suelo y control de transparencia...*, *op. cit.*, pp. 125 y ss.; MARTÍNEZ DE TORO, S., «Valor y eficacia de las cláusulas suelo en las operaciones bancarias», *Práctica de los Tribunales*, nº 118, enero-febrero, 2016.

<sup>42</sup> La LCGC se remite en diversas ocasiones a las reglas generales de la nulidad contractual, pero no en el aspecto mencionado en el texto, sino en cuanto al concepto de cláusula contractual abusiva, a la reclamación procesal de la nulidad de las cláusulas generales no conformes a la Ley, o al ejercicio de acciones individuales de nulidad (considerandos II, III y IV de la Exposición de Motivos).

<sup>43</sup> Esta es una adición del Tribunal Supremo que, como decimos, carece de fundamento normativo.

*nullum est, nullum effectum producit*. Así lo dispone el artículo 1303 del Código Civil, a cuyo tenor declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes» (FJº 17º de la STS de 9 mayo de 2013).

Entendemos que, al aplicar el Tribunal Supremo a la nulidad de alguna o algunas condiciones generales de la contratación manteniéndose vigente el contrato las consecuencias jurídicas previstas para el caso de nulidad del mismo, ha optado por la *analogía legis*. Y, el recurso a este instrumento de autointegración de las lagunas requiere justificar la necesaria identidad de razón que ha de darse entre el supuesto de hecho previsto en la ley y aquel otro similar al que se quieren atribuir idénticas consecuencias jurídicas, a falta de previsión legal expresa (art. 4.1 CC). El Alto Tribunal ha obviado este extremo. Vamos a intentar abordarlo aquí sucintamente<sup>44</sup>.

1.º En primer lugar, el art. 1303 CC ubicado en el capítulo que lleva por rúbrica «De la nulidad de los contratos» dispone la restitución íntegra de las prestaciones como consecuencia de la nulidad (o anulación) y consiguiente ineficacia de un contrato. No es éste el problema ante el que nos encontramos. Atendiéndonos a lo establecido en la STS de 9 de mayo de 2013, las cláusulas suelo son condiciones generales de la contratación referidas al objeto del contrato (FJº 10º), pero no cabe entender «que formen parte inescindible de la definición contractual del tipo de interés aplicable al contrato de préstamo y con ello de su objeto y causa». Dejando al margen lo paradójico de esta afirmación (pues el objeto es elemento esencial del contrato en el sentido del art. 1261 CC), concluye el Tribunal Supremo que el resultado de no haber superado las

<sup>44</sup> No es cuestión sencilla deslindar con claridad la aplicación analógica de una norma de la interpretación extensiva de la misma, toda vez que ambos métodos de autointegración se basan en la fuerza expansiva del Derecho. Algunos autores han definido la analogía como una «aplicación extensiva de la norma [...] a un caso no previsto en ella», *cfr.* CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español común y foral 1, I*, Civitas, Madrid, 1988, pp. 568 y ss. Se apunta como criterio diferenciador el de referirse la primera a la aplicación de un supuesto no previsto en ella, y la segunda a una intelección del significado de la norma de manera más amplia al que se deduce de su tenor literal, *cfr.* GARCÍA RUBIO, Mª P., «Artículo 4», *Comentarios al Código Civil* (DOMÍNGUEZ LUELMO, A., coord.), Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 57-61). La diferencia es sutil. A nuestro entender, podría decirse que toda aplicación analógica de una norma no es sino la consecuencia práctica de una previa interpretación extensiva del precepto que se aplica. Por tanto, y dado que el aspecto que aquí nos interesa es la aplicación de la consecuencia jurídica del art. 1303CC a un caso distinto de la nulidad del contrato, entendemos que el Tribunal Supremo ha acudido a la analogía y, en torno a esta premisa, desarrollamos nuestra argumentación.

cláusulas el control de transparencia es la «nulidad parcial» del préstamo hipotecario. Es decir, de acuerdo con los arts. 83 LGDCU y 6.1 de la Directiva 93/13/CEE, y en aplicación del principio *favor negotii*, el contrato continuará siendo obligatorio para las partes sin aplicación de las cláusulas nulas. No se trata, por tanto, de solicitar la restitución de los pagos realizados en atención a un contrato nulo, sino a una condición general de la contratación nula, manteniéndose vigente el contrato en su contenido restante<sup>45</sup>. Dicho de otra manera, la condición de aplicación del art. 1303 CC es la nulidad del íntegro contrato. Un caso de nulidad de una cláusula contractual no reúne las condiciones de aplicación de la norma, y solo forzando la interpretación del artículo se puede sostener su aplicación.

2.º Por otra parte, la primera y principal consecuencia de la nulidad de un contrato es su ineficacia: el contrato nulo no produce efecto alguno. Se deshace el vínculo jurídico y las atribuciones patrimoniales realizadas en cumplimiento de las obligaciones que se creía haber contraído y que en realidad no llegaron a nacer, deben restituirse. La nulidad del contrato supone la nulidad de las obligaciones contractuales e, inexistentes éstas, las atribuciones a que hubiesen dado lugar deberán valorarse como producidas sin causa. «Declarada la nulidad de la obligación», comienza el art. 1303 CC, «los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato». La nulidad de las obligaciones contractuales es, a nuestro juicio, el presupuesto que permitiría hablar de identidad de razón. En relación a las cláusulas suelo, siguiendo el hilo argumental del Tribunal Supremo, éstas inciden en la obligación de pago de los intereses por cuanto establecen el tipo mínimo a pagar («describen y definen el objeto principal del contrato», FJº 10º). Sin embargo, no queda «establecida» en ellas la obligación de pago; no puede decirse que son, en sentido

<sup>45</sup> En alguna ocasión anterior, el Tribunal Supremo ya había admitido la invocación del art. 1303CC para fundamentar la obligación de restituir cuando la nulidad afectaba a la cláusula en aplicación de la cual se realizó la prestación que se reclamaba, y no al íntegro contrato. Así, en la STS de 22 de abril de 2005 (RJ 2005/3751), relativa a un caso de nulidad parcial de un contrato de compraventa, de la que queremos destacar la siguiente afirmación: «y a la misma conclusión conduce la aplicación del principio que veda el enriquecimiento injusto, complementario del sistema liquidatorio de las consecuencias de la nulidad negocial (STS 26 julio 2000), pues de no acordarse el efecto examinado se aprovecharía la otra parte, precisamente quién dio lugar a la patología contractual» (FJº 6º). Parece que en estas hipótesis el Tribunal Supremo tiene claro el efecto jurídico que ha de derivarse de la declaración de nulidad de la cláusula y reconoce que se trata de un supuesto de enriquecimiento sin causa. Sin embargo, no se atreve a optar por la aplicación de esta figura, sino que reconduce el caso al art. 1303CC.

propio, fuente de dicha obligación<sup>46</sup>. Quiere esto decir que su nulidad no conlleva la nulidad de obligación contractual alguna: los deudores hipotecarios quedaron obligados al pago de los intereses desde la suscripción del préstamo. No estaban obligados a pagar, en cambio, el interés mínimo establecido en la hipoteca desde el momento en que el tipo de referencia se situó por debajo de ese umbral; pues la consecuencia de la nulidad de las cláusulas consiste en la pérdida de fuerza jurídica de su contenido respecto a la obligación de pago sobre la que no tenían que incidir. En relación a la nulidad de las cláusulas abusivas, dice el 83 LGDCU que «se tendrán por no puestas», mientras que el art. 6.1 de la Directiva 91/13/CEE indica que no «vincularán al consumidor»; es decir, no pueden producir efectos respecto al mismo (STJUE de 21 de diciembre de 2016, FJº 61º). Las realizadas en aplicación de esas cláusulas son atribuciones sin causa, de la misma manera que lo son las realizadas en cumplimiento de un contrato nulo, pero no por razón de la nulidad de una obligación, sino por exceso en el pago realizado al cumplirlas (*indebitum ex re*), al quedar privada de eficacia la disposición en que se fundaban.

3.º En tercer lugar, dificulta la *analogía legis* la exigencia de reciprocidad que contiene el art. 1303 CC. Esta norma, que conmina a los contratantes a una restitución recíproca de las prestaciones que hubiesen sido objeto del contrato, ha sido redactada en atención a un contrato sinalagmático que produce obligaciones correlativas a cargo de ambas partes. El contrato de préstamo, en cambio, es un contrato unilateral que crea obligaciones únicamente a cargo del prestatario<sup>47</sup>. La precisión nos parece importante ya que, de haber prescindido de ella, el art. 1303 CC podría invocarse analógicamente para solicitar la restitución de toda atribución patrimonial realizada en virtud de un acto o disposición nula, por ejemplo, una donación pura. Se podría contra-argumentar que, a efectos restitutorios, la reciprocidad sirve simplemente «como medio para reinstaurar la situación anterior al contrato»<sup>48</sup> y que en ese sentido se ha pronunciado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la reciente STJUE 21 de diciembre de

<sup>46</sup> Además, en caso contrario, es decir, de considerarse que la obligación de pago se encuentra definida en las cláusulas suelo, ineludiblemente quedaría malbaratada toda la argumentación desarrollada en la sentencia respecto a su naturaleza jurídica. Por contener un elemento esencial, la declaración de nulidad afectaría al contrato en su totalidad.

<sup>47</sup> Recordemos que los caracteres básicos de un contrato del préstamo simple o mutuo son: la temporalidad, la normal gratuidad salvo pacto expreso de pagar de intereses (art. 1755CC) y la unilateralidad de la obligación de restituir lo recibido en virtud del mismo.

<sup>48</sup> LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *La nulidad de los contratos...*, op. cit., pp. 74 y ss.

2016 (FJº 61º). Sin embargo, sí nos parece relevante en cuanto a la valoración acerca de la existencia de identidad de razón.

4.º Un cuarto aspecto a tener en cuenta es la circunstancia que origina la obligación de restituir. Mientras que en los supuestos a que se refiere el art. 1303 CC la restitución se origina por la nulidad del contrato en que se fundamentan las recíprocas prestaciones de las partes, en las situaciones litigiosas de las que hablamos, a nuestro entender, la obligación de restituir no deriva de la nulidad de la disposición contractual, sino de la invalidez intrínseca de una cláusula abusiva para justificar tanto la realización de la atribución patrimonial, como la retención por el *accipiens* del enriquecimiento recibido en virtud de la misma. El elemento que aporta a estos casos la declaración de nulidad es la constatación sobrevenida de la concurrencia de un error en los deudores acerca del alcance de la obligación de pago. En consecuencia, las cantidades abonadas en aplicación de las cláusulas nulas respondieron al *animus solvendi* de los consumidores, pero han resultado ser no debidas en cuanto al exceso en el pago, y en cuanto pagadas bajo la creencia errónea de estar cumpliendo la obligación contraída.

A las razones anteriores, que llevan a dudar acerca de la existencia de identidad de razón, sumamos un último argumento relativo a los otros dos requisitos necesarios para acudir a la analogía, según el art. 4.1 CC: la inexistencia de una disposición legal que contemple expresamente el supuesto enjuiciado, y la existencia de un precepto que regule otro semejante. Pues bien, entendemos que el Código Civil sí contempla un supuesto específico que se corresponde con las situaciones litigiosas de que tratamos: precisamente las normas del cobro de lo indebido (arts. 1895-1901 CC)<sup>49</sup>.

En nuestra opinión, las consideraciones expuestas nos hacen pensar que la invocación analógica del art. 1303 CC resulta infundada en relación a los efectos restitutorios ligados a cláusulas suelo abusivas por falta de transparencia y que el fundamento normativo de la pretensión restitutoria se encuentra en el art. 1895 CC.

<sup>49</sup> El propio Tribunal Supremo menciona la *condictio indebiti* al referirse a la obligación de restituir: «Se trata, como afirma la STS 118/2012, de 13 marzo, RC 675/2009 [...] de una propia *restitutio in integrum* [...] al modo de lo que sucedía con la *condictio indebiti*» (FJº 17, parágrafo 284).

## 6.2. La obligación de restituir fundamentada en el art. 1895 CC. El cobro de lo indebido como instrumento de protección de los intereses de los deudores hipotecarios<sup>50</sup>

El cobro de lo indebido se regula en los arts. 1895 a 1901 CC<sup>51</sup>. Si bien se incluyó en el Código civil bajo la rúbrica «De los cuasi-contratos», son cada vez más los autores que entienden que se trata de un supuesto de enriquecimiento sin causa<sup>52</sup>; opinión que compartimos. Esta figura jurídica comprende aquellas situaciones en que una persona realiza una atribución patrimonial a favor de otra bajo la errónea creencia de estar obligada a ello. Aunque el art. 1895 CC habla de «entrega», es decir, se refiere a prestaciones de dar, para algunos autores ha de interpretarse en un sentido extensivo, dándose también cabida a las prestaciones de hacer e incluso a obligaciones de *non facere*<sup>53</sup>. En todo caso, a los efectos que aquí nos interesa, nos referiremos a la entrega o pago de una cantidad de dinero.

<sup>50</sup> Acerca de la eventual aplicación en el ámbito de la contratación bancaria de las figuras consideradas tradicionalmente como cuasicontratos *cfr.* DE LA TORRE OLID, F., «Actualidad de los cuasi contratos. Revitalización del artículo 1891 del Código Civil para la tutela de los consumidores-inversores en el sector financiero (Un estudio necesario en tiempos de crisis)», *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, año LXXXIX, Sept-Oct, nº 739, 2013, pp. 2951-2982. El autor propone la gestión de negocios ajenos como instrumento para que los consumidores de productos financieros puedan exigir responsabilidad civil a la entidad financiera (gestor) por extralimitación en su actuación respecto a los términos del contrato.

<sup>51</sup> El Código civil español, siguiendo la tradición romanista, sitúa el centro de gravedad de la institución en la persona del adquirente y habla de cobro. Otros códigos, como el italiano, hablan de pago indebido; e igual denominación se utilizaba en el *Code civil* antes de la reforma que ha entrado en vigor el 1 de enero de 2017. Ahora se dedica al antiguo *paiement de l'indu* los artículos 1376 a 1381 ubicados, juntamente con las normas que regulan la gestión de negocios ajenos, en el capítulo que lleva por rúbrica «Des quasi-contrats» (capítulo primero, del título IV del Libro III). Y en ellos no se habla tanto de «lo recibido» como de «lo pagado».

<sup>52</sup> Así, entre otros: CASTÁN TOBEÑAS, en el Prólogo a *El enriquecimiento sin causa en Derecho español* (NÚÑEZ LAGOS), Reus, Madrid, 1934, p. XIV; PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho civil II*, 3º, Bosch, Barcelona, 1983, pp. 30 y ss.; ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, J. A., *El enriquecimiento sin causa en el Derecho español*, Comares, Granada (3ª ed.), 1993, pp. 30 y ss.; DíEZ PICAZO, L., «La doctrina del enriquecimiento injustificado...», *op. cit.*, 103 y ss.; D'ORS, Á., «Del enriquecimiento sin causa», *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales* (ALBADEJO GARCÍA Y DÍAZ ALABART, dir.), t. XXXVIII, v. 2, EDERSA, 2002, pp. 51-73; BASOZÁBAL ARRUE, «Arts. 1895 CC...», *op. cit.*, p. 2039; BADOSA COLL, F., «El enriquecimiento injustificado. La formación de su concepto», *Nuevas perspectivas del Derecho contractual* (BOSCH CAPDEVILA, E., coord.), BOSCH, Barcelona, 2012, pp. 111 y ss.; DE ANDRÉS HERRERO, A., «Del cobro de lo indebido», *Código Civil. Jurisprudencia sistematizada*, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 1882 y ss. En otros ordenamientos jurídicos se incluye en el Código como tipo de enriquecimiento sin causa. Así, en Alemania (parágrafo 812 I BGB), Suiza (art. 63 OR) o Portugal (arts. 476-478). No así en el *Code Civil* en que, como hemos indicado, se incluye en la cuestionada categoría de los cuasicontratos también después de la reforma operada por la Ordenanza de febrero de 2016, que entró en vigor el 1 de octubre del mismo año.

<sup>53</sup> Entre otros: ROCA SASTRE, R. Mª, «Pago de lo indebido», *Estudios de Derecho Privado I*, EDERSA, Madrid, 1948; GULLÓN BALLESTEROS, A., «Cobro de lo indebido», *Estudios de Derecho civil en honor del Prof. Batlle Vázquez*, EDERSA, Madrid, 1978, p. 383; SANTOS BRIZ, J., «Cuasi-contratos», *Comentarios al Código civil y*

El pago es indebido en la medida en que no exista una obligación de pagar a cargo del *solvens* o *tradens* y a favor del *accipiens*, quedando éste último obligado a restituir lo recibido: no tiene derecho a recibir, ni a retener. Se ha enriquecido sin causa, siendo la inexistencia de vínculo jurídico entre uno y otro la circunstancia que determina la falta de causa de la atribución, es decir, su carácter indebido. Doctrina y jurisprudencia vienen exigiendo la concurrencia de tres requisitos para que prospere la *condictio indebiti*<sup>54</sup>:

- en primer lugar, un pago efectivo realizado con la finalidad de extinguir una deuda que se cree existente o de cumplir un deber jurídico;
- en segundo lugar, la inexistencia de una relación obligatoria entre quien paga y quien recibe que corresponda a los términos de la prestación realizada. Se suelen distinguir tres situaciones: el *indebitum ex causa* con que se alude al pago de una deuda que nunca existió, o que habiendo existido se extinguió con anterioridad al pago; el *indebitum ex persona* que tiene lugar cuando se realiza el pago de una obligación que, si bien existe, no media entre quien realizó el pago y quien lo recibió, sino entre personas distintas: o bien el *accipiens* no es el acreedor, o bien el *solvens* no es el deudor; y, por último, el *indebitum ex re* referido a la situación en que existiendo la obligación, se realiza el pago de una cosa distinta a la pactada como objeto de la prestación o de una cantidad mayor a la debida;
- en tercer lugar, el error del *solvens*, de hecho o de derecho, consistente en la equivocada creencia de realizar la prestación en cumplimiento de una obligación propia. Tradicionalmente, se ha considerado como requisito

---

*compilaciones forales* t. XXIV, arts. 1887-1929 (ALBALADEJO, M., dir.), Edersa, Madrid, 1984, p. 74; LACRUZ BERDEJO, J.L., «El pago de lo indebido», *Derecho Privado Común y Foral II*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Zaragoza, 1992, pp. 329y ss; del mismo autor: «Pago indebido y transmisión de la propiedad», *Derecho Privado Común y Foral II*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Zaragoza, 1992, pp. 343 y ss.; CAPILLA RONCERO, F., «Cuasicontratos y enriquecimiento injustificado», *Derecho de obligaciones y contratos* (VALPUESTA FERNÁNDEZ, M<sup>a</sup> R. coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 449 y ss; BASOZÁBAL ARRUE, «Arts. 1895 CC...», *op. cit.*, pp. 2039 y ss.; DE ANDRÉS HERRERO, «Del cobro de lo indebido...», *op. cit.*, pp. 1882 y ss.

<sup>54</sup> En la jurisprudencia reciente mencionan explícitamente los requisitos enumerados en el cuerpo del texto, por ejemplo: las SSTs de 30 de julio de 2010 (RJ 2010/6948) y de 23 de marzo de 2011 (RJ 2011/3327).

constitutivo de la pretensión de restitución, si bien el Tribunal Supremo ha admitido en algunas ocasiones la *condictio indebiti* a pesar de no haber error en el autor del pago<sup>55</sup>. En la doctrina no hay unanimidad acerca de la relevancia del error. Algún sector ha llegado a admitir la facultad de repetir el pago que, a pesar de ser hecho sin error, carece de causa que lo justifique<sup>56</sup>. Y una corriente más reciente defiende que su ausencia no priva al *solvens* del derecho a solicitar la restitución, puesto que lo que determina el carácter indebido del pago es que la prestación se haya realizado contra derecho, ya sea por falta de relación obligatoria, o por falta de título o razón que la justifique. Esta posición, representada por Díez-Picazo<sup>57</sup>, parece mantener que es el carácter indebido y no el error el factor que, en último término, determina la falta de causa de la prestación y el nacimiento de la obligación de restituir lo recibido.

Estos tres elementos configuran el supuesto de hecho genérico del cobro indebido que, en su sentido más restringido, se puede describir como «la recepción de alguna cosa que no hay derecho a cobrar, y que por error ha sido indebidamente entregada, sin que la entrega encuentre fundamento en el ánimo de liberalidad del *solvens* o en otra justa causa»<sup>58</sup>. Este sentido restringido nos vale para nuestro caso. Nos parece claro que el cobro de intereses en aplicación de cláusulas suelo nulas queda subsumido en esta definición. Suscrito el contrato de préstamo hipotecario, el consumidor queda

<sup>55</sup> Así, en las SSTs de 31 de octubre de 1984 (RJ 1984/5158) y 8 de enero de 2007 (RJ 2007/812).

<sup>56</sup> NÚÑEZ LAGOS, R., «Cobro de lo indebido. Enriquecimiento sin causa», en MUCIUS SCAEVOLA, Q., *Código Civil*, t. XXX-II, Reus, Madrid, 1961, pp. 723-726; DE LOS MOZOS, J. L., «Pago o cobro de lo indebido», *RDP*, nº 7-8, 1988, p. 659; Díez PICAZO, «La doctrina del enriquecimiento injustificado...», *op. cit.*, pp. 111 y ss.; también en «Las atribuciones patrimoniales injustificadas», *Fundamentos de Derecho civil patrimonial I*, Civitas, Cizur Menor, 2009, 6ªed., pp. 107 y ss.; LACRUZ BERDEJO, «El pago de lo indebido...», *op. cit.*, p. 334 y también en LACRUZ BERDEJO, *Elementos de derecho civil II-2ª...*, *op. cit.*, pp. 409-410; ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, *El enriquecimiento sin causa...*, *op. cit.*, pp. 76 y ss.; BASOZÁBAL ARRUE, «Arts. 1895 CC...», *op. cit.*, pp. 2039s; ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, «Cuasi-contratos», *Jurisprudencia civil comentada III* (PASQUAU LIAÑO, M., dir.), Comares, Granada, 2009, p. 3865. SANTOS BRIZ, («Cuasi-contratos...», *op. cit.*, p. 78) admite la acción de repetición en los casos en que el *solvens* realizó el pago bajo la influencia de consideraciones extrajurídicas que le fuerzan a pagar, como vicios del consentimiento distintos del error. También LETE DEL RÍO Y LETE ACHIRICA, (*Derecho de obligaciones I*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2005, pp. 626-627) parecen admitir la repetición, aunque no haya habido error en el pago.

<sup>57</sup> Díez PICAZO, «La doctrina del enriquecimiento injustificado...», *op. cit.*, p. 115. Con todo, hemos de matizar que se aprecian ciertas contradicciones en la argumentación. *Cfr.* de la misma obra, por ejemplo, las pp. 107 y 108.

<sup>58</sup> BALLARÍN HERNÁNDEZ, R., «Del cobro de lo indebido. Arts. 1895 a 1901», *Comentario del Código Civil II*, Secretaría General Técnica Centro de Publicaciones, Madrid, 1993, pp. 1955 y ss.

obligado, además de a la devolución en cuotas periódicas de la cantidad prestada, al pago de los intereses pactados cuyo mínimo ha sido establecido en la cláusula. Ahora bien, y retomamos aquí parte de la explicación expuesta en el apartado anterior, declarada la nulidad de la misma, queda ésta privada de fuerza jurídica vinculante en el marco del contrato celebrado, de manera que su contenido no llegó a incidir en la obligación de pago (arts. 83 LGDCU, art. 6.1 de la Directiva y FJº 61º de la STJUE de 21 de diciembre de 2016). En consecuencia, como hemos expuesto anteriormente, las cantidades que se hubieran entregado en aplicación de las mismas, privadas éstas de eficacia quedaron fuera de la relación obligacional entre el banco y el cliente, fuera del contrato y desprovistas de fundamento jurídico o, lo que es lo mismo, de causa: constituyen un *indebitum ex re* por cobro excesivo<sup>59</sup>. En definitiva, la aplicación del art. 1895 CC permite delimitar con precisión el alcance del objeto de la restitución y conduce exactamente a la consecuencia jurídica que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha establecido que debe derivarse de la nulidad de las cláusulas suelo: el restablecimiento de la situación en la que el deudor hipotecario se encontraría de no haberse incorporado las cláusulas al contrato, mediante el reintegro de las cantidades cobradas en exceso —esto es, desde el umbral mínimo que marcaba realmente el índice de referencia— en virtud de las mismas. El exceso constituye lo indebidamente cobrado o pagado (*vid.* FJº 62º, 66º, 72º STJUE de 21 de diciembre de 2016), el enriquecimiento sin causa que debe ser restituido.

Por las razones expuestas consideramos que la pretensión restitutoria de los consumidores debe fundamentarse en el art. 1895 CC (junto con el art. 53 LGDCU) y no en el art. 1303 CC. Por otra parte, mientras que en la normativa contractual la condición subjetiva del obligado a restituir no desempeña papel alguno toda vez que basa la medida de la restitución en parámetros objetivos, el cobro indebido sí permitiría tener en cuenta, a efectos restitutorios, la mala fe de las entidades bancarias. Recordemos que el propio Tribunal Supremo reconoció en la STS de 25 de marzo de 2015 que, desde la publicación de la resolución de 9 de mayo de 2013, no podía presumirse la buena fe de los bancos respecto a la presencia de cláusulas suelo no transparentes en los préstamos hipotecarios (FJº 8º). A nuestro juicio, podría

<sup>59</sup> El Tribunal Supremo ha admitido la acción de cobro indebido para reclamar el pago de una cantidad superior a la debida en las SSTS de: 18 de abril de 1941 (RJ 1941/503), 21 de noviembre de 1957 (RJ 1957/3632), 21 de mayo de 1980 (RJ 1980/1957), 30 de enero de 1986 (RJ 1986/41), 17 de julio de 1995 (RJ 1995/5709), 20 de julio de 1995 (RJ 1995/5727).

entenderse que el banco actuó de mala fe en aquellos casos en que, tras la publicación de la mencionada sentencia, no advirtió a los clientes afectados, de la presencia de cláusulas suelo no transparentes en sus contratos; advertencia que habría comportado la posibilidad de suprimirlas o de renegociar las condiciones del préstamo. Tal actitud conllevaría la consiguiente agravación de la obligación restitutoria ex art. 1896 CC.

Retomamos en este punto la mención que hacíamos al comienzo a los consumidores que habían obtenido de los Tribunales un fallo favorable respecto al reintegro de los intereses cobrados en estas hipótesis desde el 9 de mayo de 2013, y también a aquellos cuyos procesos se encuentran extintos. Pues bien, creemos que estos consumidores podrían tener en la invocación del art. 1895 CC, bajo el amparo del art. 400 LEC, una posible vía para reclamar las cantidades correspondientes en un caso, e incluso para intentar comenzar un nuevo proceso en el otro. La fundamentación de la pretensión restitutoria en el cobro indebido vendría respaldada por el criterio interpretativo de los efectos de la nulidad de las cláusulas suelo establecido por el Tribunal de Luxemburgo en la citada sentencia de 21 de diciembre de 2016, el cual bien podría considerarse un *novum repertum* que permite fundamentar una nueva *causa petendi* en la medida en que crea un estado de la cuestión que difiere al que existía con anterioridad.

## 7. CONCLUSIONES

No proponemos, ni mucho menos, desplazar las normas que reglamentan las consecuencias jurídicas de la nulidad de los contratos por la figura del enriquecimiento sin causa, en este caso, en la modalidad de la *condictio indebiti*. Siguiendo la opinión mayoritaria de la doctrina española, entendemos que la relación entre los remedios restitutorios de naturaleza contractual y el enriquecimiento sin causa ha de estar regida, en nuestro Derecho, por el principio de subsidiariedad<sup>60</sup>. Sí consideramos oportuno, en cambio, hacerle espacio en nuestro ordenamiento jurídico de manera que pueda desempeñar la función de corregir los vacíos legales de los distintos ámbitos del Derecho allí donde los haya. Una apertura que requiere de los juristas, ya pertenezcan al ámbito de la Magistratura, ya al de la Academia, el esfuerzo por perder el temor a

<sup>60</sup> En la STS de 31 de octubre de 1984 (RJ 1984/5158), el Tribunal Supremo aplica el art. 1895CC subsidiariamente respecto al art. 1303CC en un supuesto en que el contrato ha sido anulado y es preciso restituir las prestaciones realizadas.

reconocer la existencia de lagunas en el ordenamiento jurídico; actitud a la que tradicionalmente hay una notable resistencia, especialmente por cuanto se refiere al Derecho de contratos.

De estas páginas podría concluirse que el Derecho de contratos tiene un vacío legal en materia de cláusulas no negociadas individualmente, toda vez que no prevé las consecuencias jurídicas de la declaración de nulidad de las mismas. Entendemos que es éste un supuesto en que debe acudir a la figura del cobro indebido para solicitar la restitución de las atribuciones patrimoniales que se hubiesen realizado en virtud de las mismas. Y consideramos que la laguna normativa se hace extensiva, en general, a los supuestos de extralimitación o exceso en el cumplimiento de las obligaciones contraídas cuando la razón que obliga al *accipiens* a restituir no afecta a la vigencia del contrato<sup>61</sup>. En estas situaciones, la pretensión restitutoria debida a esta nulidad parcial debería recibir un tratamiento autónomo respecto a las pretensiones restitutorias derivadas de la nulidad del contrato, mediante el cobro de lo indebido.

Quizá sea el momento de replantear con claridad el modo en que debe articularse la relación entre la figura jurídica del cobro de lo indebido y el Derecho de contratos.

## BIBLIOGRAFÍA

AA.VV., *Cláusulas suelo en la contratación bancaria. Vencimiento anticipado, liquidación unilateral de deuda, intereses moratorios y cláusulas suelo*, Bosch, Barcelona, 2014.

AGÜERO ORTIZ, A.,

- «¿Retroactividad o irretroactividad de la eliminación de las cláusulas suelo? O de la rebelión de los juzgados y audiencias provinciales», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 6, 2013, pp. 291-298. Disponible en <https://cesco.revista.uclm.es/index.php/cesco/issue/view/55>.
- «El control de transparencia tan sólo es aplicable a consumidores, no a empresarios ni profesionales», *Revista CESCO de Derecho de consumo*, nº 18, 2016. Disponible en <https://cesco.revista.uclm.es/index.php/cesco/issue/view/125>.

<sup>61</sup> Acerca de la *condictio indebiti* en el Derecho administrativo en casos de «extralimitación contractual», *cfr.* REBOLLO PUIG, M., *El enriquecimiento injusto de la Administración pública*, Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. 417 y ss.

ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, J.A.,

- *El enriquecimiento sin causa en el Derecho español*, Comares, Granada, 1993, 3ª ed.
- «Cuasi-contratos», *Jurisprudencia civil comentada III* (PASQUAU LIAÑO, M., dir.), Comares, Granada, 2009.

ANCHÓN BRUÑÉN, Mª J.,

- «Posibles efectos de la esperada sentencia del TJUE sobre cláusulas suelo», *Diario La Ley*, nº 8767, mayo 2016, pp. 1-15.
- «Efectos de la STJUE de 21 de diciembre de 2016: supuestos en que va a ser posible reclamar todas las cantidades indebidamente pagadas por aplicación de las cláusulas suelo y los casos en que no», *Diario La Ley*, nº 8904, enero 2017, pp. 1-25.

BADOSA COLL, F., «El enriquecimiento injustificado. La formación de su concepto», *Nuevas perspectivas del Derecho contractual* (BOSCH CAPDEVILA, E., coord.), Bosch, Barcelona, 2012.

BALLARÍN HERNÁNDEZ, R., «Del cobro de lo indebido. Arts. 1895 a 1901», *Comentario del Código Civil II*, Secretaria General Técnica Centro de Publicaciones, Madrid, 1993, pp. 1955-1970.

BASOZÁBAL ARRUE, X.,

- *Enriquecimiento injustificado por intromisión*, Tecnos, Madrid, 1998.
- «Art. 1895 CC», *Comentarios al Código Civil* (DOMÍNGUEZ LUELMO, A., coord.), Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 2038-2046.

BOTANA GARCÍA, G. A., «La protección del consumidor como cliente bancario», *Actualidad Civil*, nº 5, mayo 2016, pp. 1-25.

CAHN, E.N, *The Sense of Injustice*, Nueva York, 1949, pp. 14 ss.

CÁMARA LAPUENTE, S.,

- «Transparencias, desequilibrios e ineficacias en el régimen de las cláusulas abusivas (un resumen crítico)», *El Notario del siglo XXI*, 61, mayo-junio 2015, pp. 152-157.
- «Doce tesis sobre la STJUE de 21 de diciembre de 2016: su impacto en la jurisprudencia del TJUE y del TS, no solo sobre la retroactividad de la nulidad de las cláusulas suelo», *InDret* 1/2017, pp. 1-32 disponible en <http://www.indret.com/es/index.php>.

CAÑIZARES LASO, A.,

- «Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo», *Revista de Derecho civil*, v. 2, nº 3, 2015, pp. 67-105.
- «Efectos restitutorios de la nulidad de la cláusula suelo. STJUE de 21 de diciembre de 2016», *Revista de Derecho civil*, v. 3, nº 4, 2016, pp. 103-123.

CAPILLA RONCERO, F., «Cuasicontratos y enriquecimiento injustificado», *Derecho de obligaciones y contratos* (VALPUESTA FERNÁNDEZ, M<sup>a</sup>. R. coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 449-467.

CARRASCO PERERA, Á., *Derecho de contratos*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010.

CARRASCO PERERA, Á., CORDERO LOBATO, E., «El espurio control de transparencia sobre condiciones generales de la contratación», *Revista CESCO de Derecho de consumo*, 7, 2013, pp. 164-183, disponible en <https://cesco.revista.uclm.es/index.php/cesco/issue/view/57>.

CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español común y foral 1, I*, Civitas, Madrid, 1988.

CONDE FUENTES, J., «El procedimiento extrajudicial para la restitución de las cantidades pagadas en aplicación de las cláusulas suelo», *Revista de Derecho Civil*, v.4, nº 1, enero-marzo, 2017, pp. 219-233.

CORDERO LOBATO, E.,

- «Cláusula suelo en préstamos hipotecarios: condiciones de validez y efectos de la nulidad (STS, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2013)», *Diario La Ley*, nº 8090, año XXXIV, 2013, pp. 1-4.
- «Nulidad de cláusulas suelo no transparentes: ¿Puede el consumidor recuperar los pagos excesivos? (STS, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2013)», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 6, 2013, pp. 129-133 disponible en <https://cesco.revista.uclm.es/index.php/cesco/issue/view/55>.

D'ORS, Á., «Del enriquecimiento sin causa», *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales* (ALBADEJO GARCÍA y DÍAZ ALABART, dir.), t. XXXVIII, v. 2, Edersa, 2002, pp. 51-73.

DE ANDRÉS HERRERO, A., «Del cobro de lo indebido», *Código Civil. Jurisprudencia sistematizada*, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 1882-1886.

DE LA TORRE OLID, F., «Actualidad de los cuasi contratos. Revitalización del artículo 1891 del Código Civil para la tutela de los consumidores-inversores en el sector financiero (Un estudio necesario en tiempos de crisis)», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LXXXIX, Sept-Oct, nº 739, 2013, pp. 2951-2982.

DE LOS MOZOS, J. L., «Pago o cobro de lo indebido», *RDP*, nº 7-8, 1988.

DELGADO ECHEVERRÍA, J., «La anulabilidad», *ADC*, v. 29, nº 4, 1976, pp. 1021-1045.

DÍEZ PICAZO, L.,

- «La doctrina del enriquecimiento injustificado», *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, Civitas, Madrid, 1988.
- *Fundamentos de Derecho civil I*, Civitas, Cizur Menor, 2009, 6ªed.
- «Las atribuciones patrimoniales injustificadas», *Fundamentos de Derecho civil patrimonial I*, Civitas, Cizur menor, 2009, 6ªed., pp. 107-130.

GARCÍA MONTORO, L., «Contra la sentencia del TS sobre cláusulas suelo: hay que devolver las prestaciones», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 6, 2013, pp. 300-305 disponible en <https://cesco.revista.uclm.es/index.php/cesco/issue/view/55>.

GARCÍA RUBIO, Mª P., «Artículo 4», *Comentarios al Código Civil* (DOMÍNGUEZ AUELMO, A., coord.), Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 57-61.

GULLÓN BALLESTEROS, A., «Cobro de lo indebido», *Estudios de Derecho civil en honor del Prof. Batlle Vázquez*, EDERSA, Madrid, 1978.

HERNÁNDEZ 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 de consumo*, nº 6, 2013, pp. 134-169 disponible en <https://cesco.revista.uclm.es/index.php/cesco/issue/view/55>.

LACRUZ BERDEJO, J. L., «El pago de lo indebido», *Derecho Privado Común y Foral II*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Zaragoza, 1992

LETE DEL RÍO, J. M. Y LETE ACHIRICA, J. *Derecho de obligaciones I*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2005.

LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La nulidad de los contratos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

LÓPEZ JIMÉNEZ, J. Mª, «Nuevo marco jurídico para la protección de los consumidores en la contratación de préstamos y créditos hipotecarios, y en la intermediación de préstamos y créditos», *Diario La Ley*, nº 7204, 2009.

MAGRO SERVET, V., «Consecuencias de la sentencia del TJUE sobre cláusulas abusivas. Retroactividad de los efectos restitutorios de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo», *Diario La Ley*, nº 8901, 2017.

MARTÍNEZ DE TORO, S., «Valor y eficacia de las cláusulas suelo en las operaciones bancarias», *Práctica de los Tribunales*, nº 118, enero-febrero, 2016.

MIQUEL GONZÁLEZ, J. Mª, «Disposición adicional 1ª, 3 (art. 10 bis 1, apdos. 1º, 4º)», *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación* (ÁLFARO ÁGUILA-REAL, J., coord.), Civitas, Madrid, 2002, pp. 892-964.

MORENO GARCÍA, L., *Cláusulas suelo y control de transparencia. Tratamiento sustantivo y procesal*, Marcial Pons, Madrid, 2015, pp. 47 y ss.

MUÑOZ GARCÍA, C.,

- «La función del TJUE en el control de la cláusula suelo en España (1)», *Diario La Ley*, nº 8799, julio de 2016.
- «Cláusula abusiva nula y su no vinculación. Excesos y rigores del TJUE en la sentencia de 21 de diciembre de 2016», *Diario La Ley*, nº 8903, enero 2017.

NÚÑEZ LAGOS, R.,

- *El enriquecimiento sin causa en Derecho español*, Reus, Madrid, 1934.
- «Cobro de lo indebido. Enriquecimiento sin causa», en MUCIUS SCAEVOLA, Q., *Código Civil*, t. XXX-II, Reus, Madrid, 1961.

PAZOS CASTRO, R.,

- «Retroactividad de la nulidad de la cláusula suelo. A propósito de la STJUE de 21 de diciembre de 2016 (Gutiérrez Naranjo)», *Diario La Ley*, nº 8888, diciembre 2016.
- «Un nuevo pronunciamiento sobre la interpretación de la Directiva de cláusulas abusivas. Comentario a la STJUE de 26 de enero de 2017 (Banco Primus)», *Revista de Derecho civil*, v.4, nº 1, enero-marzo, 2017, pp. 163-181.

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F.,

- *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2004.
- «Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario», *InDret*, 3/2013, disponible en <http://www.indret.com/es/index.php>.
- «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*, nº 8154, 2013.
- «Algunas notas sobre la STJUE 21 de diciembre de 2016», *InDret*, 1/2017, disponible en <http://www.indret.com/es/index.php>.

PORTILLO CABRERA, E.; ROJAS ABASCAL, T., «El concepto de consumidor y la aplicación del control de transparencia en los procedimientos de cláusulas suelo», *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 5, 2014, pp. 151-160;

PUIG BRUTAU, J.,

- *Fundamentos de Derecho civil II*, 3º, Bosch, Barcelona, 1983.
- «Cómo ha de ser invocada la doctrina civil del Tribunal Supremo», *Medio siglo de estudios jurídicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 189-209.

REBOLLO PUIG, M., *El enriquecimiento injusto de la Administración pública*, Marcial Pons, Madrid, 1995.

ROCA SASTRE, R. M<sup>a</sup>, «Pago de lo indebido», *Estudios de Derecho Privado I*, Edersa, Madrid, 1948.

SÁNCHEZ ÁLVAREZ, E., «Algunas consideraciones respecto al Real Decreto-Ley 1/2017 de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo», *Diario La Ley*, nº 8924, febrero, 2017.

SÁNCHEZ GARCÍA, J. M<sup>a</sup>, «El control de transparencia sobre los elementos esenciales en los contratos de crédito al consumo», *Revista de Derecho vLex*, nº 112, 2013.

SANTOS BRIZ, J., «Cuasi-contratos», *Comentarios al Código civil y compilaciones forales t. XXIV*, arts. 1887-1929 (ALBALADEJO GARCÍA, M., dir.), Edersa, Madrid, 1984.

VILAPLANA RUIZ, J., «Espejismos normativos: apuntes críticos al Real Decreto-Ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo», *Diario La Ley*, nº 8929, febrero, 2017.

Fecha de recepción: 15.06.2017

Fecha de aceptación: 29.09.2017