

# Retroactividad de las cláusulas suelo

## *Doctrina del Supremo y Sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016*

Ricard TÀSIES

Abogado

Diario La Ley, Nº 8887, Sección Tribuna, 22 de Diciembre de 2016, Editorial Wolters Kluwer

LA LEY 9828/2016

### Comentarios

#### Resumen

Después de un período de incertidumbre, por fin el TJUE ha dictado sentencia sobre la irretroactividad de los efectos de la nulidad en las cláusulas suelo, fallo que da un giro radical a la doctrina del Tribunal Supremo. El autor nos desgana en este artículo los precedentes jurisprudenciales, a la vez que analiza este trascendental fallo.

#### I. INTRODUCCIÓN

En algunas ocasiones (pocas, por cierto) la jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo se caracteriza por dar respuesta a situaciones jurídicas que van en contra de su propia jurisprudencia, mediante razonamientos descontextualizados, e interpretando la norma legal bajo una genérica referencia al «cajón de sastre» del [artículo 7 CC \(LA LEY 1/1889\)](#) o a otros preceptos sectoriales del ordenamiento.

Esto es lo que ha ocurrido con la sentencia (y resoluciones posteriores) dictada sobre la nulidad de las cláusulas suelo y la irretroactividad de los efectos restitutivos. Después de un período de incertidumbre, finalmente el TJUE ha dictaminado, en [sentencia de 21 de diciembre de 2016 \(LA LEY 179803/2016\)](#), que la jurisprudencia española que limita en el tiempo los efectos de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo contenidas en los contratos de préstamo hipotecario es incompatible con el Derecho de la Unión.

Esta resolución da un giro radical a las tesis del TS, que deberá revisar su propia doctrina, con unas consecuencias jurídico-económicas muy importantes. La finalidad de este trabajo es dilucidar cómo y bajo qué premisas el TS llegó a las conclusiones a las que llegó, y analizar los argumentos de la sentencia del TJUE para considerar aquéllas contrarias al Derecho de la Unión. Destaquemos, de entrada, que el principal argumento de la sentencia del TJUE para admitir la retroactividad es el restablecimiento del equilibrio contractual.

#### II. DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LA IRRETROACTIVIDAD DE LOS EFECTOS RESTITUTORIOS DERIVADOS DE LA NULIDAD DE LA CLÁUSULA SUELO

##### 1. STS de 9 de mayo de 2013. Precedentes

La litigiosidad sobre este tipo de cláusulas originó, a partir del 9 de mayo de 2013, el fenómeno no deseado de sentencias contradictorias entre las audiencias provinciales que habían interpretado hasta entonces, de forma pacífica y uniforme, el alcance de los efectos del [artículo 1303 CC \(LA LEY 1/1889\)](#), aunque por vías argumentativas dispa-

Podemos compartir, hasta cierto punto, el deseo del alto tribunal de que el fenómeno de la «contratación en masa» y la particularidad de las cláusulas suelo (elaboradas exclusivamente por el predisponente, entidad financiera), demandase una postura clara sobre los efectos de su nulidad, con la mirada puesta en la legislación protectora de los consumidores en materia de incorporación de cláusulas nulas por abusivas; es decir, en el marco de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios ([LGDCU \(LA LEY 11922/2007\)](#)) y la Ley de Condiciones Generales de la Contratación ([LCGC \(LA LEY 1490/1998\)](#)). Deseo, sin embargo, no tan evidente cuando la acción ejercitada es individual, y desde luego algo forzado cuando la acción es una acción colectiva de cesación sin trascendencia patrimonial concreta.

Es en este marco concreto que el [Pleno del TS dictó el 9 de mayo de 2013 \(LA LEY 34973/2013\)](#) la sentencia que resolvía el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal, y los recursos extraordinarios por infracción procesal y casación interpuestos por Ausbanc contra la SAP de Sevilla de 7 de octubre de 2011.

La sentencia daba respuesta a una demanda colectiva de cesación de condiciones generales de la contratación en defensa de los intereses de los consumidores y usuarios, dirigida contra varias entidades bancarias, declarando abusivas las cláusulas suelo y condenando a eliminar dichas cláusulas del contrato por crear la apariencia de un contrato de interés variable y por falta de información suficiente por parte de la entidad bancaria. La sentencia declaraba que no ha lugar a la retroactividad de la misma y que ello no afectaba a situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos ya efectuados en la fecha de su publicación.

En síntesis la sentencia de 9 de mayo de 2013 establecía que las cláusulas suelo son condiciones generales de la contratación y que son cláusulas impuestas y no negociadas de forma individual por el consumidor; por ello, a pesar de que afecte al objeto esencial del contrato (1) y sea una cláusula lícita, debe someterse al control de abusividad a que puede ser abusiva por falta de transparencia.

Se trata, en definitiva, de la doctrina del doble control de transparencia: el primero como control de incorporación sobre la necesaria inteligencia de la cláusula, y el segundo centrado en si el contratante conocía las consecuencias jurídicas y económicas reales de su incorporación al contrato (control de incorporación de oficio del [artículo 5.5 LCGC \(LA LEY 1490/1998\)](#) y control de abusividad del [artículo 80.1 LGDCU \(LA LEY 11922/2007\)](#)). (2)

## 2. La STS de 25 de marzo de 2015

Junto con otras resoluciones dictadas durante el año 2014 (3) el Pleno del Tribunal Supremo dictó [sentencia el 25 de marzo de 2015 \(LA LEY 30006/2015\)](#) resolviendo un recurso de infracción procesal y fijando doctrina sobre los efectos restitutorios de la cláusula suelo (4) . La misión de esta sentencia era la de despejar las dudas y clarificar el sentido de la sentencia de 9 de mayo de 2013, pero no revisar la doctrina establecida, tal y como nos indica el FJ 8º (5) . La significativa particularidad de esta sentencia es la de que contiene dos votos particulares de los magistrados Don Francisco Javier Orduña Moreno y Don Xavier O'Callaghan Muñoz disintiendo del parecer de la mayoría en el sentido de otorgar efectos restitutorios a la nulidad de la cláusula y cuya argumentación compartimos sustancialmente.

## 3. Crítica de la doctrina del Tribunal Supremo. Fundamentación técnico-jurídica de la sentencia sobre la no eficacia ex tunc de las cláusulas declaradas nulas

Esta última sentencia sigue «*ad pedem litterae*» el grueso de la STS de 9 de mayo de 2013 en lo que atañe a la calificación de las cláusulas, a su control de transparencia y a su nulidad intrínseca, lo que si bien nos parece acertado no podemos compartir, sin más, el criterio sustentado respecto a los efectos de la ineficacia de la cláusula suelo de no admitir la devolución de las cantidades entregadas a partir de la fecha de publicación de aquella sentencia, sobre todo por cuanto sus argumentos, al margen de haber sido dictada en un proceso sin efectos de cosa juzgada, no se compadecen con la doctrina clásica de la nulidad, efectuando una serie de circunloquios poco convincentes para justificar la irretroactividad.

**A) Fundamentación jurídica sobre la indiferencia de que la acción ejercitada (y que sirve de soporte esencial al dictado de la sentencia) sea una acción colectiva de cesación o una acción individual**

Esta tesis se encuentra en el FJ 7º de la sentencia que remite directamente al párrafo 282 de la sentencia de 9 de mayo de 2013. El razonamiento no atiende a la distinta naturaleza de las acciones ejercitadas en ambas sentencias, la primera de ellas colectiva de cesación —en la que no se solicitaba ninguna devolución de las cantidades abonadas en aplicación de la cláusula nula— y la segunda individual.

A pesar de ello, el TS entendió que el conflicto jurídico era idéntico en ambos tipos de acciones y, siguiendo la tesis del Ministerio Fiscal (6), consideraba que la diferencia de acciones ejercitadas no resulta trascendente «*puesto que el conflicto jurídico es el mismo*» y que la doctrina sentada para los supuestos de abusividad de la cláusula suelo era la misma en cualquier caso. Nos parece obvio, por el contrario, que una cosa es la expulsión del contrato de la cláusula abusiva declarada nula (y la prohibición de usarla en el futuro) y otra el efecto restitutorio de la nulidad en un caso concreto e individualizado. Son acciones diferentes, sin puntos de identidad material entre ambas clases de procesos, por lo que no es correcto aplicar la misma doctrina a situaciones disímiles.

**B) El principio de seguridad jurídica**

Otro argumento para frenar la retroactividad de estas cláusulas lo constituye una genérica remisión al «principio de seguridad jurídica» consagrado en el artículo 9.3 CE (LA LEY 2500/1978) (7). Tampoco en este aspecto nos parece convincente el argumento, mero *flatus vocis*, por cuanto la seguridad jurídica no reside en aplicar una norma interpretándola de forma estandarizada a todos los supuestos (incluso diferentes entre sí) sino en asegurar una respuesta efectiva para el ciudadano, ajustada a su caso particular y a la luz de lo previsto en el ordenamiento jurídico.

La seguridad jurídica —sin duda deseable también en las resoluciones de los tribunales, aunque en un plano diferente— se concreta eficazmente en la creación de las normas jurídicas, en los supuestos que éstas prevén y su permanencia en el tiempo. La doctrina que emana de jueces y tribunales respeta la seguridad jurídica en tanto que aplica las normas, pero sus resoluciones no pertenecen a la esfera de la norma en sí sino a la de su utilización o aplicación. Es la norma jurídica lo que debe ser estable y no confuso, no el resultado de un litigio concreto a causa de la multiplicidad de presupuestos fácticos que operan en él, a veces difícilmente homologables (8).

**C) La limitación de los efectos de la nulidad o ineficacia de los contratos. Algunos apoyos legales «exóticos» del TS para justificar la limitación de la retroactividad**

Y con el fin de justificar esta limitación de la retroactividad —en el sentido de que no constituye ninguna tesis novedosa o extravagante en propias palabras de la sentencia— la sentencia de 25 de marzo de 2015 se remitía textualmente a la sentencia anterior de 9 de mayo de 2013.

Es suficientemente conocida la doctrina del artículo 1303 CC (LA LEY 1/1889) (por ejemplo la STS de 13 de marzo de 2012) por la cual, una vez declarada la nulidad de una obligación, los contratantes han de restituirse recíprocamente lo que hubiese sido objeto del contrato con sus frutos e intereses, y ello en base a que la consecuencia natural de una obligación nula es no producir ningún efecto (*quod nullum est nullum effectum producit*). Incluso el IC 2000 se pronuncia sin género de dudas sobre la abusividad de una cláusula y su nulidad retro trayendo sobre sus efectos al momento de la conclusión del contrato (efectos *ex tunc*) (9).

**a') Apoyatura en la ley de procedimiento administrativo.**

La referencia de la sentencia a la Ley 30/1992 de 26 de noviembre (LA LEY 3279/1992) de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC (LA LEY 3279/1992)), en concreto a su artículo 106, no es especialmente afortunada (10). La limitación retroactiva del precepto se refiere a la revisión de disposiciones y actos nulos en vía administrativa y se fundamenta en la ne-

cesidad de garantizar que una determinada situación jurídica consolidada no pueda ser alterada en el futuro cuando tales actos han creado derechos a favor de terceros.

Es obvio que esta remisión a la [LRJPAC \(LA LEY 3279/1992\)](#) para justificar la limitación de la nulidad se encuadra en un marco normativo muy distinto y afecta a unas situaciones jurídicas completamente diferentes al ejercicio de la acción de nulidad de la cláusula suelo; y no es suficiente, como hace la sentencia, referirse genéricamente al respeto a los principios generales de derecho.

*b') Apoyatura en la ley de patentes.*

Por otra parte la referencia a la [Ley 11/1986 de 20 de marzo \(LA LEY 674/1986\)](#) de régimen jurídico de patentes de invención y modelos de utilidad tampoco resulta especialmente afortunada [\(11\)](#) . El artículo 114 de la ley hoy derogada establecía que la declaración de nulidad implica que la patente no fue nunca válida y que no ha tenido efecto alguno. Pero la acción retroactiva no afectaba a resoluciones que hubiesen adquirido fuerza de cosa juzgada. Nada nuevo, por otra parte.

*c') Apoyatura en la ley de marcas, la de diseño industrial y en una enmienda de un Grupo Parlamentario.*

En el mismo orden de cosas, la sentencia también se refiere a la limitación de la retroactividad de la [Ley 17/2001 de 7 de diciembre \(LA LEY 1635/2001\)](#) de marcas, en concreto a su artículo 54.2, cuyos fundamentos jurídicos sobre la nulidad de una marca son, *mutatis mutandis*, los mismos que los del [artículo 114.2 de la Ley 11/1986 \(LA LEY 674/1986\)](#) [\(12\)](#) . Otro tanto cabe decir del [artículo 68 de la Ley 20/2003 \(LA LEY 1167/2003\)](#) de Protección Jurídica del Diseño Industrial. Respecto a la enmienda número 2 al proyecto de Ley de contratos de crédito al consumo presentada por el grupo parlamentario Esquerra Republicana, Izquierda Unida e Iniciativa per Catalunya-Verds, creemos que se trata de una digresión algo dispersa que nada tiene que ver con los contratos anulables ni con su causalización

*d') Apoyatura en el Tribunal Constitucional.*

En cuanto a los efectos limitativos de la retroacción establecidos por el TC en base al principio de seguridad jurídica, hay que tener presente que tales efectos se refieren a una declaración de inconstitucionalidad, sin relación directa con la declaración de nulidad de cláusulas abusivas. El alcance temporal de las declaraciones de inconstitucionalidad sufrió una corrección doctrinal en 1989 en el sentido de que, con fundamento en el principio de autotutela, podrían limitarse «los efectos temporales de las sentencias de inconstitucionalidad» pero todo ello sin trascendencia en las sentencias dictadas en la aplicación del derecho privado [\(13\)](#) .

*e') La teoría del enriquecimiento injusto.*

Finalmente, el TS argumentaba la imposibilidad de una *restitutio in integrum* en el hecho de evitar el enriquecimiento sin causa de una parte a costa de la otra, interpretando, de forma sesgada y poco convincente, tanto la sentencia del TJUE de 21 de marzo de 2013 como los principios generales de derecho relativos a la seguridad jurídica, a la buena fe y al riesgo de trastornos graves de la economía por vulneración de lo que conocemos como orden público económico.

### III. LA POSTURA DEL TS SOBRE LA RESTITUTIO IN INTEGRUM.

La *restitutio in integrum*, como su propio nombre indica, pretende la restitución, completa y efectiva, de las prestaciones cuando se produce la anulación de un contrato y como una consecuencia natural de la nulidad, siempre y cuando esta restitución sea posible. Se trata de un instituto con raíces en el derecho romano y encaminado a restablecer la situación preexistente cuando el contrato o negocio jurídico, que era inicialmente válido, produce consecuencias no queridas y efectos injustos o perjudiciales [\(14\)](#) . Como veremos luego esta es la tesis fundamental de la sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016.

1. *La doctrina clásica sobre los efectos de la nulidad contractual.*

Tanto en su vertiente de nulidad radical o absoluta como de anulabilidad o nulidad relativa, en la doctrina civilista tradicional ha prevalecido la idea de la ineficacia como sinónimo de «carencia de efectos del negocio jurídico». La ineficacia del contrato —o de cualquiera de sus cláusulas— es la derivada de su propia inexistencia, de acuerdo con el [artículo 1261 CC \(LA LEY 1/1889\)](#); y la ineficacia determina la falta de producción de las consecuencias normales del contrato ([artículos 6.3 \(LA LEY 1/1889\)](#) y [1300 CC \(LA LEY 1/1889\)](#)) aunque no haya lesión para los contratantes.

Este es el marco general de nuestro código civil, un tanto confuso y asistemático ciertamente, pero muy elaborado por la doctrina [\(15\)](#). Por lo tanto, la nulidad radical o absoluta determina la inexistencia del contrato y toda la jurisprudencia hasta hoy sostiene que lo inexistente es «lo que no ha tenido lugar». La nulidad afecta a los pactos contrarios a la Ley y lo anulable —que no es nulo en sí mismo ni inexistente— puede convalidarse por el transcurso del tiempo y por la rehabilitación convenida entre las partes [\(16\)](#). La inexistencia y la nulidad, en realidad, tienen los mismos efectos: el contrato es «destruido» y su consecuencia inmediata es la ineficacia contractual y los efectos recuperatorios del [artículo 1303 CC \(LA LEY 1/1889\)](#), es decir, la devolución de las mutuas contraprestaciones, con las únicas excepciones de los [artículos 1305 \(LA LEY 1/1889\)](#) y [1306 CC \(17\)](#).

## *2. La limitación de los efectos restitutorios según el Tribunal supremo*

### *A) Razonamientos del TS que no pueden ni deben aplicarse en una acción individual de nulidad y resarcimiento*

Uno de los fundamentos importantes —al que se refiere tanto la STS de 9 de mayo de 2013 como la de 25 de marzo de 2015— para limitar la eficacia retroactiva de los efectos devolutivos consiste en la imposible revisión de la «cosa juzgada». Téngase presente, en primer lugar, que la sentencia de 2013 fue dictada en un proceso de «acción colectiva de cesación», y no equivale, en modo alguno, a la acción individual que puede ejercitar cualquier persona afectada por la cláusula suelo.

La acción colectiva de cesación de la primera sentencia, en la forma que fue planteada, determinó que el TS condenase a las entidades predisponentes al cese en la incorporación de dichas cláusulas desde el momento del pronunciamiento y para el futuro; pero en este proceso de cesación no se ejercitó —ni se solicitó siquiera— la restitución de las sumas indebidamente percibidas por las entidades financieras. Es decir, esta petición —y a pesar de que el Ministerio Fiscal se refiriese a ella en sus escritos alegatorios— no fue objeto inicial del proceso y, por lo tanto, quedó fuera del mismo, por lo que, obviamente, no podía decretarse la retroactividad de sus efectos en cuanto no fue una materia sometida a discusión.

La evocación que se hace en la STS de 9 de marzo de 2013 (LA LEY 20186/2013) a la irretroactividad de sus efectos debe ser entendida, única y exclusivamente, «para esta sentencia», pero no para otras. No existe el efecto de cosa juzgada [\(18\)](#) ni su posible toma en consideración en otras demandas en las que se ejercite una acción de individual de nulidad. Este tipo de acciones a ejercer por los consumidores —particulares o sociedades—, necesitarán de una demanda ceñida a cada caso concreto, en cuyo pleito se resolverá una pretensión específica y no acumulable a otras parecidas o similares. Y el tribunal, en definitiva, resolverá lo que proceda en cada caso, después de pasar el filtro del doble control de transparencia, cuyo pronunciamiento, si es que así lo solicitan las partes —y con plena soberanía del juzgador—, alertará sobre sus efectos retroactivos.

De ahí que la doctrina del TS resulte inconsistente porque, a pesar de reconocer la ausencia de los efectos de cosa juzgada, utiliza este argumento para limitar los efectos *ex tunc* de la nulidad de la cláusula suelo, siendo indiscutible que la falta de retroactividad deriva de la propia naturaleza de la acción colectiva de cesación pero no de la nulidad en sí de la cláusula «en esta acción concreta» [\(19\)](#).

### *B) Las verdaderas razones de la falta de retroactividad*

Por más que analizamos las sentencias vemos que el único o verdadero motivo de declarar la irretroactividad de los efectos devolutivos se basa en el posible riesgo de trastornos graves en el sistema financiero: el llamado orden público económico (20) .

Tratándose de acciones individuales de reclamación de cantidad y de devolución de contraprestaciones, por muchas demandas en cifras absolutas que se planteen, no puede basarse la irretroactividad en «la alteración del orden público económico», porque ni se sabe cuántas demandas existen ni cuántas se pueden deducir en el futuro, ni cuántas tendrán o no éxito en las pretensiones de los demandantes.

Todo ello es una hipótesis sin base fáctica demostrable. Además, dicho sea de paso, las entidades financieras ya han obtenido los saneamientos precisos después de la crisis sistémica del sistema financiero y provisionado los riesgos de una devolución retroactiva, por lo que nada hay que prever en este sentido.

Puesto que el peso del argumento del trastorno del orden público económico es quizás el más importante, no podemos perder de vista que el mismo podría en todo caso aplicarse a una acción colectiva de cesación pero no a las demandas individuales. Pero el TS maneja este argumento como si se tratara de una verdad apodíctica, evidente por sí misma, y no dedica ni una sola línea, no ya a demostrar, sino ni siquiera a poner en evidencia este supuesto trastorno del orden público económico. Algunas sentencias lo han puesto especialmente de relieve (21) .

#### *C) Argumentos utilizados también por el TS: la buena fe y la prohibición de moderación*

Con el fin de agotar el análisis de los razonamientos contenidos en ambas sentencias hemos de mencionar el recurso al principio de «buena fe de los círculos interesados» – contenido básicamente en la STS de 25 de marzo de 2015–. No nos aclara el TS cómo debe aplicarse esta buena fe a los círculos interesados, si bien entendemos que debe ser a través del [artículo 7.1 CC \(LA LEY 1/1889\)](#) o del 1258 CC. El primer precepto obliga al ejercicio de los derechos de acuerdo con la buena fe y que las consecuencias del contrato sean también conformes a esta buena fe, mientras que el [artículo 1258 CC \(LA LEY 1/1889\)](#) posibilita la llamada «integración del contrato» (22) . En cualquier caso, la buena fe contractual atañe a la entidad financiera que es la autora de la cláusula declarada nula, y, obviamente, esta buena fe no puede depender de la fecha de publicación de ninguna sentencia porque carece de lógica que solo pueda exigirse buena fe en el futuro ya que esta es exigible por el contratante afectado por una cláusula nula tanto antes como después del dictado de una sentencia concreta.

#### **IV. LA POSICIÓN DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA.**

La sentencia del TJUE ha vuelto a poner las cosas en su cauce al declarar que el artículo 6 apartado 1 de la directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril 1993 (LA LEY 4573/1993), debe interpretarse en el sentido de que la jurisprudencia del TS, al limitar en el tiempo los efectos restitutorios del carácter abusivo de la cláusula suelo, es contraria al Derecho de la Unión. Lo que, a efectos prácticos, equivale a decir que el TS ha de revisar su propia doctrina adaptándose a la dictada por el TJUE, y admitir la restitución total de las cantidades pagadas en un contrato que contenga una cláusula suelo declarada nula y desde el momento de su formalización.

Inicialmente las conclusiones del Abogado General, en el informe presentado el 13 de julio de 2016, sostenía que la limitación en el tiempo de los efectos de la nulidad de las cláusulas suelo eran compatibles con el Derecho de la Unión ya que éste nada establecía sobre la sanción aplicable, es decir, sobre su efecto retroactivo y que tal previsión no existía en aquella directiva (23) .

El TJUE sostiene, en cambio, que la norma del artículo 6 apartado 1 en relación con las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional no vinculan a aquél, tratándose esta norma de una disposición de orden público, es decir, de una norma imperativa cuya finalidad primordial es mantener un equilibrio real entre los derechos y obligaciones de las partes contratantes. El TJUE recuerda que la protección de los consumidores es materia de interés público y que la obligación de los estados miembros es cuidar de que existan los medios adecuados para que no se

establezcan cláusulas abusivas y, en concreto, las cláusulas suelo. El interés u orden público determina que los jueces de los estados miembros han de dejar sin efecto las cláusulas suelo abusivas y que esto no produzca ningún efecto vinculante, porque la misión del juez es la de restablecer el equilibrio entre las partes que se ha visto vulnerado por la abusividad de la cláusula, cosa que puede hacer incluso de oficio (24) .

La posición del TJUE es clara: si se aprecia abuso en una cláusula contractual, ésta no ha existido nunca, por lo que carece de efectos jurídicos para el consumidor. Y esta inexistencia temporal de la cláusula comporta el restablecimiento de la situación fáctica y jurídica que correspondería si la misma no existiese. La consecuencia inevitable de este razonamiento es la restitución total de las cantidades indebidamente satisfechas por el consumidor, es decir la *restitutio in integrum*, cuya inobservancia supondría una vulneración del artículo 6 apartado 1 de la directiva 93/13 (LA LEY 4573/1993).

La sentencia reconoce abiertamente que corresponde al derecho nacional sentar y determinar las bases de la declaración como abusiva de una cláusula contractual, así como instaurar los efectos jurídicos de tal declaración. Pero es incuestionable que el derecho interno debe permitir el restablecimiento de la situación anterior como si no hubiese existido, y permitir también la restitución íntegra de todos los pagos efectuados.

No es menos cierto que los tribunales nacionales pueden limitar la eficacia *ex tunc* en aquellas situaciones ya juzgadas por resoluciones anteriores a la fecha del dictado de la sentencia del TS y que fuesen firmes y tuviesen la autoridad de cosa juzgada. Pero ello es simplemente una cuestión procesal —ajena al Derecho de la Unión— y que no afecta a la norma general de la restitución íntegra de las prestaciones del contrato declarado nulo allá donde no exista la fuerza de cosa juzgada.

Lo cierto es que, como visiblemente advierte la sentencia, la limitación temporal y la irretroactividad institucionalizada por el TS en la sentencia de 9 de mayo de 2013 obstruye de modo inadmisiblemente la restitución de las cantidades abonadas indebidamente y, con ello, vulnera el artículo 6 apartado 1 de la directiva 93/13 (LA LEY 4573/1993), dejando al consumidor desprotegido frente a la actuación del predisponente de la cláusula declarada nula.

Si admitimos —como no puede ser de otra manera— que es el propio TJUE el único que puede pronunciarse e interpretar una norma concreta del Derecho de la Unión, las consecuencias de esta importante doctrina jurisprudencial son demoledoras: no cabe otra solución que el mismo TS cambie radicalmente su doctrina en el sentido de que los tribunales nacionales no podrán limitar, en forma alguna, los efectos retroactivos de la nulidad de la cláusula suelo ya que cualquier limitación —arguméntese ésta como se quiera— es contraria al Derecho de la Unión (25) .

De esta postura jurisprudencial retenemos dos importantes cuestiones: la primera es que el TJUE se mantiene muy respetuoso con la protección al consumidor en concordancia con la acreditada preocupación del Derecho de la Unión en este aspecto desde hace ya tiempo; y otra, que la sentencia es, desde luego, acorde con la doctrina clásica tradicional en el derecho continental sobre la nulidad contractual y sus efectos, aunque no se haga ninguna referencia a ello (ni siquiera *obiter dicta*) en el texto de la sentencia, en la cual late de manera claramente perceptible el efecto restitutorio de la nulidad contractual tal y como viene siendo entendido desde hace siglos.

## V. CONCLUSIONES

De forma sintética pueden establecerse las siguientes conclusiones.

- 1.- El TS ha utilizado en sus resoluciones limitadoras de la eficacia *ex tunc* de la nulidad por abusivas de las cláusulas suelo argumentos forzados y nada convincentes.
- 2.- La eficacia retroactiva no puede afectar a las situaciones ya consolidadas y con resoluciones que gocen de la eficacia de cosa juzgadas.

- 3.- La irretroactividad de los efectos de la nulidad de las cláusulas suelo es incompatible con el Derecho de la Unión.
- 4.- La sentencia del TJUE es conforme a la doctrina clásica sobre los efectos de la nulidad contractual.
- 5.- La potestad interpretativa del TJUE implica que el TS ha de revisar su doctrina y favorecer la interpretación de la nulidad de las cláusulas suelo por los tribunales nacionales en el sentido de reconocer el derecho a la devolución del total de las cantidades pagadas.

(1)

Sobre el objeto principal del contrato de la cláusula y su no consideración de elemento esencial véase los fundamentos jurídicos de la STS de 9 de mayo, números 184 a 190.

(2)

Aspectos interpretativos que se detallan en el punto 225 del FJ 13º de la STS de 9 de mayo de 2013.

(3)

STS de 16 de julio de 2014.

(4)

En concreto la doctrina es la siguiente: «Que cuando en aplicación de la doctrina fijada en la sentencia de Pleno de 9 de mayo de 2013, ratificada por la de 16 de julio de 2014 [...] se declare abusiva y, por ende, nula la denominada cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo con tipo de interés variable, procederá la restitución al prestatario de los intereses que hubiese pagado en aplicación de dicha cláusula a partir de la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013».

(5)

Textualmente: «[T]eniendo como guía el respeto a nuestra doctrina, a la unificación que debe hacerse de ella en su aplicación y, a la postre, la seguridad jurídica, principio informador del ordenamiento jurídico ([art. 9.3 CE \(LA LEY 2500/1978\)](#)), entendemos necesario ofrecer respuesta a tan debatida cuestión, no revisando la fijada sino despejando dudas y clarificando su sentido».

(6)

Véase parágrafo 282 de la STS de 9 de mayo de 2013 y el FJ 7º de la STS de 25 de marzo de 2015.

(7)

Punto 3 del FJ 9º de la STS de 23 de marzo de 2015.

(8)

El Consejo de Estado en su Memoria de 1992 señala que «la seguridad jurídica garantizada en el [art. 9.3 CE \(LA LEY 2500/1978\)](#) significa que todos, tanto los poderes públicos como los ciudadanos, sepan a qué atenerse, lo cual supone por un lado un conocimiento cierto de las leyes vigentes y, por otro, una cierta estabilidad de las normas y de las situaciones que en ella se definen.» Por su parte el



TC, en su sentencia del Pleno de 15 de marzo de 1990 declaraba que la exigencia del [artículo 9.3 CE \(LA LEY 2500/1978\)](#) «implica que el legislador debe perseguir la claridad y no la confusión normativa, debe procurar que acerca de la materia sobre la que se legisle sepan los operadores jurídicos y los ciudadanos a qué atenerse, y debe huir de provocar situaciones objetivamente confusas».

(9)

Se trata del Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 (LA LEY 4573/1993), sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, conocido como IC 2000. Textualmente dice el informe, en su página 20, que «[A]demás, la decisión judicial por la que se declare abusiva una cláusula determinada debe retrotraer sus efectos al momento de la conclusión del contrato (ex tunc). Por último, el juez debe poder conocer de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual, en la medida en que ello fuera necesario para su decisión».

(10)

Ley derogada por la Ley 30/2015 de 1 de octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y la [Ley 40/2015 de 1 de octubre \(LA LEY 15011/2015\)](#) de Régimen Jurídico del Sector Público. No obstante, el artículo 106 de la antigua ley ha sido escasamente modificado por la nueva disposición. La anulabilidad del antiguo artículo 63, sustituido hoy por el 48, declara anulables los actos que infrinjan el ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder; y en cuanto a los actos con defecto de forma solo serán anulables cuando la ausencia de requisitos formales impidan alcanzar su fin o dé lugar a indefensión de los interesados.

(11)

También esta ley está hoy derogada por la [disposición derogatoria única de la Ley 24/2015 de 24 de julio \(LA LEY 12259/2015\)](#) de Patentes.

(12)

El precepto dice textualmente: «Sin perjuicio de la indemnización de daños y perjuicios a que hubiere dado lugar cuando el titular de la marca hubiere actuado de mala fe, el efecto retroactivo de la nulidad no afectará: a) A las resoluciones sobre violación de la marca que hubieran adquirido fuerza de cosa juzgada y hubieran sido ejecutadas antes de la declaración de nulidad. b) A los contratos concluidos antes de la declaración de nulidad en la medida en que hubieran sido ejecutados con anterioridad a la misma. Esto no obstante, por razones de equidad, y en la medida en que lo justifiquen las circunstancias, será posible reclamar la restitución de sumas pagadas en virtud del contrato».

(13)

Hoy es pacífica la doctrina de que los efectos erga omnes de la declaración de institucionalidad de una norma no tienen carácter retroactivo ni se pueden revisar situaciones consolidadas al amparo de una ley declarada inconstitucional.

(14)

En el derecho romano clásico, restituere significaba volver a poner las cosas en su estado anterior considerando inexistente el negocio jurídico por ser contrario a la equidad. La consecuencia era, pues, la devolución íntegra de las prestaciones (integri restitutio est redintegrandae rei vel causae actio, Paulo, Sent., I, 7, 1-2).

(15)

Véase, por ejemplo, el clásico trabajo de *Díez-Picazo y Ponce de León, Luis*, «Eficacia e ineficacia del negocio jurídico», en Anuario de Derecho Civil, octubre-diciembre de 1961, págs. 819 y ss.

(16)

Véase *De Los Mozos, José Luis*, «La inexistencia del negocio jurídico», Revista General de Legislación y Jurisprudencia, abril 1960, pág. 498.

(17)

Pueden verse estas conclusiones en la doctrina civilista más solvente como, por ejemplo, *Castán Tobeñas, José*, en Derecho civil español común y foral, Derecho de obligaciones, Editorial Reus, S.A., Madrid, 1967, pág. 505; en *Valpuesta Fernández, María del Rosario*, en Derecho Civil, Derecho de obligaciones y contratos, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 281 y ss; y en *Díez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio*, en Sistema de Derecho Civil, vol. 2, Editorial Tecnos, Madrid, 2005, pág. 105 y ss.

(18)

No existe cosa juzgada ya que la acción es de diferente naturaleza y los pedimentos en el proceso son distintos, además de que no hay identidad de sujetos ni identidad de causa de pedir ni son iguales los efectos derivados de la estimación de la acción.

(19)

Véase lo que hemos dicho antes sobre la STJUE de 21 de marzo de 2013, recogida en el párrafo 286 de la sentencia y los precedentes legales «exóticos» en los que basa su decisión.

(20)

Respecto del trastorno grave del orden público económico la STS de 9 de mayo de 2013, en la letra k) del párrafo 293, afirma que: «Es notorio que la retroactividad de la sentencia generaría el riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico, al extremo que el Ministerio Fiscal, pese a recurrir la sentencia de apelación, se pronuncia en el sentido de que no procede reconocer efectos retroactivos a la decisión de nulidad de las cláusulas controvertidas.» Lo que repite sin nada omitir la STS de 25 de marzo de 2015, añadiendo y remachando en el punto 4. del FJ 9º, que «[P]retender que en la acción individual no se produzca meritado riesgo no se compadece con la motivación de la sentencia, pues el conflicto de naturaleza singular no es ajeno al conjunto de procedimientos derivados de la nulidad de las cláusulas suelo incorporadas en innumerables contratos origen de aquellos, como es notorio y constatable por la abundante cita de sentencias que sobre tal objeto se hace en la presente causa. Y esa fue la razón que retuvo la Sala en su sentencia. La afectación al orden público econó-

mico no nace de la suma a devolver en un singular procedimiento, que puede resultar ridícula en términos macroeconómicos, sino por la suma de los muchos miles de procedimientos tramitados y en tramitación con análogo objeto».

(21)

Este criterio sobre el orden público económico ha sido analizado en diversas sentencias de diferentes Audiencias Provinciales, entre ellas la de Albacete, Sección 1ª, de 23 de septiembre de 2014; Las Palmas, de 26 de noviembre de 2014 y de Lleida, de 24 de septiembre de 2014.

(22)

El llamado «criterio de integración contractual» como función de integración propiamente interpretativa, de acuerdo con lo sostenido por *Díez-Picazo y Ponce de León, Luís*, en *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, tomo I, Editorial Civitas, Madrid, 1989, pág. 236.

(23)

Ni tampoco en la modificación de la Directiva efectuada por la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011 (LA LEY 21601/2011).

(24)

Parágrafos 58 y 59 de la Sentencia.

(25)

Véase la STJUE de 19 de abril de 2016 cuando dice: «En estas circunstancias, debe precisarse que la exigencia de interpretación conforme incluye la obligación de los órganos jurisdiccionales nacionales de modificar, en caso necesario, su jurisprudencia reiterada si ésta se basa en una interpretación del Derecho nacional incompatible con los objetivos de una Directiva (sentencia *Centrosteeel*, C-456/98, EU:C:2000:402, apartado 17)». O la de 5 de octubre de 2010: «De las consideraciones anteriores se desprende que el juez nacional, que haya ejercido la facultad que le otorga el [artículo 267 TFUE \(LA LEY 6/1957\)](#), párrafo segundo, está vinculado, a la hora de resolver el litigio principal, por la interpretación de las disposiciones de que se trate realizada por el Tribunal de Justicia y debe, en su caso, dejar de lado las valoraciones del órgano jurisdiccional superior si, habida cuenta de la antedicha interpretación, estima que las referidas valoraciones no son compatibles con el Derecho de la Unión».