

## **STJUE 21.12.2016: RETROACTIVIDAD ¿ABSOLUTA? DE EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DE CLÁUSULAS ABUSIVAS<sup>1</sup>**

**Dra. M<sup>a</sup> Carmen González Carrasco**

Profa. Acreditada a Cátedra. Derecho Civil

Centro de Estudios de Consumo

Universidad de Castilla-La Mancha

**Resumen:** Las matizaciones a la retroactividad absoluta que se derivan de los Fundamentos de Derecho de la STJUE de 21.12.2016 hacen necesario interpretar qué tipo de limitaciones temporales a las nulidades ya declaradas, o que se puedan declarar en el futuro, quedarán encomendadas a la soberanía de nuestro sistema procesal interno.

**Palabras clave:** Contratos celebrados con los consumidores, préstamos hipotecarios, cláusulas suelo, cláusulas abusivas, declaración de nulidad, limitación por el juez nacional de los efectos en el tiempo de la declaración de nulidad de una cláusula abusiva.

**Title:** Judgement of the European Court of Justice of 21st December 2016: absolute retroactivity of the effects arisen from the nullity of unfair terms?

**Abstract:** some clarifications are needed to properly understand the terms in which the ground of the judgement of the European Court of 21st December 2016 should be interpreted, especially regarding the kind of temporary limitations of the nullity of unfair terms already ordered, or to be ordered in the future, and if they are going to be addressed to our procedural system sovereignty and in which extent.

**Keywords:** Mortgage loans, "floor clauses", unfair terms, declaration of nullity, limitation by the national court of the temporal effects of the declaration of nullity of an unfair term.

---

<sup>1</sup> Trabajo realizado en el marco de la Ayuda del Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia (Subprograma Estatal de Generación de Conocimiento) del Ministerio de Economía y Competitividad, otorgada al Grupo de investigación y Centro de investigación CESCO, Mantenimiento y consolidación de una estructura de investigación dedicada al Derecho de consumo, dirigido por el Prof. Ángel Carrasco Perera, de la UCLM, ref. DER2014-56016-P.

El pasado 21 de diciembre se hizo pública la esperada Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) sobre la adecuación al Derecho comunitario de protección de los consumidores y usuarios de la limitación de los efectos en el tiempo de la declaración de nulidad de una cláusula abusiva, en concreto, de la cláusula suelo objeto de las archiconocidas limitaciones temporales impuestas por las SSTs 9 de mayo de 2013 (acción colectiva), reiterada posteriormente para el caso de una acción individual por la STS 25 de marzo de 2015 y 29 de abril de 2016.

La STJUE resuelve las cuestiones prejudiciales interpuestas por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Granada por auto de 25 de marzo de 2015 y por la AP de Alicante mediante autos de 15 de junio de 2015, relativas a la conformidad con el Derecho de la UE, en especial con el art. 6.1 de la Directiva 93/13, de la limitación de los efectos de la nulidad de la cláusula suelo (cuestiones acumuladas de los asuntos C- 154/15, C- 307/15 y C- 308/15).

Como se recordará, la limitación de los efectos de la sentencia que declaró la STS de 13 de mayo de 2013 dio lugar a una particular "rebelión de los Juzgados y Tribunales"<sup>2</sup>, que sobre la base de variados argumentos, han venido fundamentando la condena a la devolución de las cantidades cobradas: orden de prelación de las fuentes del derecho que justifica la aplicación del art. 1303 CC prioritariamente a la jurisprudencia sentada por la STS de 9 de mayo; prioridad del Derecho Comunitario y con él la STJUE de 14 de junio de 2012, o simplemente la inexistencia de elementos en el caso enjuiciado que permitieran entender que la seguridad jurídica o el orden público económico pudiera resultar afectado. Este estado de incertidumbre fue seguida de la suspensión acordada por el Auto del TS de 14 de abril de 2016, que dio paso a una proliferación de Autos de suspensión de los procesos seguidos ante las Audiencias Provinciales que tenían entre su objeto la restitución de las cantidades percibidas por las entidades bancarias en virtud de la aplicación de los intereses afectados por la cláusula de suelo en períodos anteriores al 9 de mayo de 2013.

Con motivo del informe evacuado por el Abogado General del TJUE, de cuyo criterio se aparta el TJUE en esta ocasión -prácticamente insólita-, este Centro de Estudios tuvo ocasión de opinar<sup>3</sup> sobre las razones por las cuales el Letrado venía a entender que, pese a todo, la irretroactividad declarada por nuestro Tribunal Supremo estaba justificada y se adecuaba al Derecho de la Unión. El Letrado, en un intento de comprensión con el objetivo de salvar los muebles de la seguridad jurídica<sup>4</sup>, argumentó entonces que:

---

<sup>2</sup> AGÜERO ORTIZ, "¿Retroactividad o irretroactividad de la eliminación de las cláusulas suelo? o de la rebelión de los juzgados y audiencias provinciales". <http://blog.uclm.es/cesco/files/2013/07/RETROACTIVIDAD-O-IRRETROACTIVIDAD-DE-LA-ELIMINACION-DE-LAS-CLASUSULAS-SUELO-Alicia.pdf>.

<sup>3</sup> "CESCO OPINA SOBRE LA POSICIÓN DEL ABOGADO GENERAL DEL TJUE SOBRE LA RETROACTIVIDAD DE LA NULIDAD DE LA CLÁUSULA SUELO" (Conclusiones del Abogado General presentadas el 13 de julio de 2016 en relación a las peticiones de decisión prejudicial planteadas por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Granada (asunto C- 154/15) y por la Audiencia Provincial de Alicante (asuntos C- 307/15 y C- 308/15). En dicho artículo se expresaron las opiniones de los investigadores de CESCO Alicia Agüero Ortiz Ángel Carrasco Perera M<sup>a</sup> Carmen González Carrasco Karolina Lyczkowska Pascual Martínez Espín.

<sup>4</sup> En su Informe, el Abogado General es consciente de que en la STS 9.5.2013, el Tribunal Supremo actuó como legislador, en dos sentidos. En primer lugar, creando un tertium genus intermedio entre la abusividad

- a) No existía una relación sistemática o automática entre el artículo 6, apartado 1, de la Directiva y la nulidad de las cláusulas abusivas, en cuanto la nulidad no representaría para el TJUE “la respuesta jurídica única a la exigencia de que las cláusulas abusivas no deben tener carácter vinculante”.
- b) Que el TJUE no había procedido a subsanar la imprecisión del artículo 6, apartado 1, de la Directiva porque si estableciera que “el juez nacional debe constatar la nulidad de dichas cláusulas y reconocer un correlativo derecho a una *restitutio in integrum*, - es decir, desde el momento de la celebración del contrato- privaría de todo efecto a la remisión expresa a los Derechos nacionales contenida en esa disposición y poca defensa podría oponer frente a quienes le acusaran de haber realizado una armonización jurisprudencial”.
- c) Que el Derecho nacional español se ajusta a lo exigido por la Directiva 93/13 en cuanto aplica la sanción de nulidad a las cláusulas abusivas como nivel máximo de la sanción civil que elimina todos los efectos de las mismas con el correlativo derecho a una restitución íntegra, y puesto que el Derecho de la Unión no armoniza ni las sanciones aplicables en el supuesto del reconocimiento del carácter abusivo de una cláusula ni las condiciones en las que un órgano jurisdiccional supremo decide limitar los efectos de sus sentencias, son los Estados miembros los que deben regular el supuesto en virtud del principio de autonomía procesal, siempre que se respeten los principios de equivalencia y efectividad del Derecho comunitario.
- d) Que con la sentencia de 9 de mayo de 2013 se habría cumplido el objetivo perseguido por la Directiva 93/13, es decir tener efecto disuasorio frente al profesional y restablecer un equilibrio real entre éste y el consumidor en cuanto la misma obliga a los profesionales a no utilizar más las cláusulas «suelo» y a eliminarlas de los contratos existentes.

Frente a los anteriores argumentos, este Centro de Estudios consideró que la limitación temporal de los efectos de la nulidad sí conculcaba el principio de efectividad del Derecho comunitario. Una vez respondida afirmativamente por el TJUE (Sentencia de 30 de mayo de 2013, Jörös (C 397/11, EU:C:2013:340)) la cuestión de si el remedio de la nulidad cumple con el criterio de la no vinculación de las cláusulas abusivas recogido en el art. 6.1 de la Directiva 93/2013, y una vez asumido que el art. 6.1 de la Directiva no impone la nulidad con *restitutio in integrum* como único remedio capaz de dar respuesta a la no vinculación, lo que el informe del Abogado General debía entrar a valorar es si la nulidad perdía su efecto disuasorio de conductas futuras contrarias al consumidor cuando la obligación de restituir las contraprestaciones propia de dicha sanción civil se limitase, como ocurrió tanto en la

---

por razón de fondo similar a la existente en el pár. 370 BGB. En segundo lugar, declarando nulas por abusivas las reproducciones contractuales de las normas sobre transparencia bancaria que formaban parte de nuestro derecho antes (Orden EHA/2899/2011) y después de la STS 20136. El propio informe desvela esta razón en el pár. 20, cuando pone en boca del TS una justificación que no se encuentra en el elenco de las justificaciones de irretroactividad de la STS 9.5.2013: “En atención al hecho de que consideraba haber aplicado ex novo un control reforzado de la transparencia de las cláusulas controvertidas, el Tribunal Supremo, a instancias del ministerio fiscal, limitó los efectos en el tiempo de su sentencia”... En términos muy similares, aunque manifestando dudas -infundadas- sobre el carácter innovador de esta categoría de abusividad, se expresan los pár. 45 y sgts.

propia STS 9.5.2013 como en las posteriores de 25.3.2015 y de 29.4.2015, a las cantidades resultantes de la aplicación de la cláusula discutida posteriores a la fecha de publicación de la STS 9.5.2013. Y entendíamos en este centro de investigación que, desde el momento en que la regla general en materia de nulidad es la contraria, la irretroactividad declarada favorece al “infractor”, limitando el efecto disuasorio de la regla de no vinculación. Además, la decisión del Tribunal Supremo se opondría a la jurisprudencia del TJUE en esta materia, ya que si las cláusulas abusivas han de ser eliminadas sin posibilidad de integración (STJUE 14 junio 2012, Banco Español de Crédito), no debería ser posible el mantenimiento de sus efectos hasta la publicación de la sentencia. La declaración de nulidad irretroactiva del suelo equivaldría, pues, a una moderación judicial de las consecuencias sanción civil de la nulidad que, en virtud de la STJUE citada, le está vedada al Juez.

La STJUE de 21 de diciembre de 2016 es taxativa al respecto: ni siquiera la inseguridad jurídica creada por la reinterpretación del concepto de abusividad “por transparencia material” y la adecuación del proceder de las entidades bancarias a la normativa de protección de la clientela vigente en el momento de la celebración de los contratos –circunstancias tenidas en cuenta por el Abogado General- justifican la limitación de la restitución íntegra exigida por la normativa comunitaria de protección del consumidor. La aplicación uniforme y general del Derecho de la UE, exige que el TJUE sea el único que pueda decidir acerca de las limitaciones en el tiempo que hayan de aplicarse a la interpretación que él mismo haya hecho de una norma del Derecho de la Unión, debiendo los órganos jurisdiccionales nacionales abstenerse de aplicar, en el ejercicio de su propia autoridad, una limitación de los efectos de la nulidad incompatible con el Derecho de la Unión, como es la limitación impuesta por la STS 9 de mayo de 2013, contraria al art. 6.1 de la Directiva 93/13.

## EPÍLOGO

El panorama que se presenta ahora no permite dar por zanjada la cuestión. En primer lugar, se hace necesario interpretar qué tipo de limitaciones temporales de las nulidades ya declaradas o que se puedan declarar en el futuro quedan encomendadas a la soberanía de nuestro sistema procesal interno más allá de la restitución íntegra de las cantidades satisfechas en virtud de la cláusula suelo. Según la STJUE, (FJ 68,69 y 70): *“el Derecho de la Unión no obliga a un tribunal nacional a dejar de aplicar las normas procesales internas que confieren fuerza de cosa juzgada a una resolución, aunque ello permitiera subsanar una infracción de una disposición, cualquiera que sea su naturaleza, contenida en la Directiva 93/13 (véase, en este sentido, la sentencia de 6 de octubre de 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C 40/08, EU:C:2009:615, apartado 37). De ello se deduce que el Tribunal Supremo podía declarar legítimamente, en la sentencia de 9 de mayo de 2013, que esta última no afectaba a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales anteriores con fuerza de cosa juzgada”.... “Del mismo modo, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que la fijación de plazos razonables de carácter preclusivo para recurrir, en interés de la seguridad jurídica, es compatible con el Derecho de la Unión (sentencia de 6 octubre de 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C 40/08, EU:C:2009:615, apartado 41)”...No obstante, es preciso distinguir la aplicación de una regla procesal –como es un plazo razonable de prescripción– de la limitación en el tiempo de los efectos de la interpretación de una norma del Derecho de la Unión*

(véase, en este sentido, la sentencia de 15 de abril de 2010, Barth, C 542/08, EU:C:2010:193, apartado 30 y jurisprudencia citada)”).

Téngase en cuenta que el art. 510 de la L.E.Civ. no contempla entre los motivos de revisión de sentencias firmes que se dicte una sentencia por el TJUE que modifique la jurisprudencia de los Estados miembros. Ello sólo ocurre en relación con las dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos cuando dicha resolución haya reconocido “la violación de derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y sus Protocolos, siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión”. Y ello, además, siempre y cuando no se perjudique los derechos adquiridos por terceros de buena fe y que se plantee en el plazo de un año desde la firmeza de la sentencia. Por otra parte, el TJUE se refiere asimismo a la *razonabilidad* y el respeto a los *plazos preclusivos para recurrir*, que parece mezclarse en los argumentos de la propia sentencia con el concepto de prescripción.

Sería deseable que esta distinción en la eficacia de las limitaciones no provoque una nueva rebelión de los Juzgados y Tribunales, convirtiendo este particular regalo de Navidad recibido en el inicio de un nuevo periplo con el fin de determinar cómo hayan de interpretarse las limitaciones implícitamente consentidas por la STJUE de 21.12.2016 para que se adecuen...ial propio art. 6 de la Directiva 93/13!!

La reunión del Pleno no jurisdiccional de la Sala Primera del Tribunal Supremo cuya celebración que se espera de forma inminente, despejará algunos de los interrogantes planteados.