

1.5. Obligaciones y contratos

Restitución íntegra de cantidades acordada de oficio tras la nulidad de la cláusula abusiva: la STJUE de 17 de mayo de 2022

Full restitution of amounts agreed ex officio after the annulment of the abusive clause: the STJUE of May 17, 2022

por

BEATRIZ SÁENZ DE JUBERA HIGUERO
*Profesora contratada Doctor de Derecho civil
(acreditada a Profesora titular de Universidad)
Universidad de La Rioja*

RESUMEN: Tras la polémica de las cláusulas suelo y la limitación de los efectos restitutorios de cantidades indebidamente cobradas por su aplicación, y cuando ya el TJUE había sentado doctrina en el sentido de que no cabía limitar de ningún modo tales efectos restitutorios (STJUE de 21 de diciembre de 2016), se planteó una nueva controversia: ¿es posible aplicar de oficio esa doctrina del TJUE, aunque no haya sido impugnado ese concreto pronunciamiento de la sentencia o ello supondría ir contra los principios procesales de congruencia, justicia rogada y prohibición de *reformatio in peius*? Con tal motivo el Tribunal Supremo planteó una nueva cuestión prejudicial ante el TJUE resuelta por éste con su sentencia de 17 de mayo de 2022, que, ante determinadas circunstancias, fundamentalmente de no apreciación de pasividad total del consumidor, afirma que sí debe actuarse de oficio por el Tribunal.

ABSTRACT: *After the controversy of the floor clauses and the limitation of the restitution effects of amounts improperly collected for their application, and when the CJEU had already established doctrine in the sense that such restitution effects could not be limited in any way (STJUE of December 21 of 2016), a new controversy arose: is it possible to apply ex officio that doctrine of the CJEU, even though that specific pronouncement of the sentence has not been challenged or would this imply going against the procedural principles of consistency, requested justice and prohibition of reformatio in peius? For this reason, the Supreme Court raised a new question for a preliminary ruling before the CJEU, resolved by its judgment of May 17, 2022, which, in certain circumstances, fundamentally due to non-appreciation of the total passivity of the consumer, affirms that action must be taken ex officio by the Court.*

PALABRAS CLAVE: Cláusula suelo. Consumidor. Cosa juzgada. Préstamo. Restitución económica. Transparencia.

KEY WORDS: *Floor clause. Consumer. Res judicata. Loan. Economic restitution. Transparency.*

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. LA LIMITACIÓN EN LA RESTITUCIÓN DE CANTIDADES ABONADAS INDEBIDAMENTE Y SUS EFECTOS: 1. LA INJUSTIFICABLE LIMITACIÓN DE LOS EFECTOS DE LA NULIDAD ACORDADA EN LAS SSTs DE 9 DE MAYO DE 2013 Y DE 25 DE MARZO DE 2015. 2. LA STJUE DE 21 DE DICIEMBRE DE 2016 Y SUS EFECTOS EN LOS PROCESOS JUDICIALES PLANTEADOS SOBRE CLÁUSULAS SUELO.—III. LA STJUE DE 17 DE MAYO DE 2022 Y SU POSTERIOR APLICACIÓN POR EL TRIBUNAL SUPREMO: 1. SITUACIÓN FÁCTICA Y CUESTIÓN PREJUDICIAL PLANTEADA. 2. LA STJUE DE 17 DE MAYO DE 2022 Y LA POSTURA DEL TRIBUNAL SUPREMO TRAS ELLA.—IV. CONCLUSIONES.—ÍNDICE DE RESOLUCIONES.— BIBLIOGRAFÍA.

I. PLANTEAMIENTO

En el marco de la protección de los consumidores con respecto a las cláusulas abusivas y particularmente en el ámbito de los contratos de préstamo o contratos financieros en general un punto de inflexión se encuentra en la STS número 241/2013, de 9 de mayo, relativa a las cláusulas suelo: en esta sentencia se acuñó un nuevo tipo de control y un concepto, el de «transparencia», que se consolidó rápidamente y que se fue extrapolando a otros supuestos de cláusulas y al control de las condiciones generales de la contratación, fundamentalmente en relación con los consumidores.

Con la STS de 9 de mayo de 2013 por la que se declaró una cláusula suelo nula por abusiva ante su falta de transparencia material se sucedieron paralelamente dos situaciones: una, la de concretar de modo más definitivo qué efectos temporales y económicos tenía esa declaración de nulidad de las cláusulas suelo y el desarrollo efectivo de la aplicación de ese control de transparencia material en cada proceso (y no solo sobre cláusulas suelo sino también sobre otras cláusulas de préstamos hipotecarios respecto de las que recayó asimismo esa sombra de posible nulidad por abusividad y falta de transparencia); y la segunda, la celebración de pactos novatorios de esos préstamos hipotecarios por los bancos y los prestatarios (o más exactamente: el ofrecimiento por los bancos a los prestatarios de contratos de novación de tales préstamos) en los que, además de reducir o en algunos casos eliminar la cláusula suelo incluida en el préstamo, se recogía una renuncia del prestatario a ejercer cualquier acción judicial por ese contrato y esa cláusula suelo.

A la segunda de estas situaciones que dio lugar a una relevante controversia jurisprudencial (cfr., entre otras, la STS número 558/2017, de 16 de octubre, que vino en cierto modo contradicha poco después por la STS número 205/2018, de 11 de abril, que cuenta con un voto particular), así como gran debate doctrinal, dediqué ya un trabajo publicado en esta misma Revista¹: esta controversia motivó una vez más la intervención del TJUE a través de su sentencia de 9 de julio de 2020 (asunto XZ e Ibercaja, C-452/18) que marcó las pautas de ese control y enjuiciamiento de la validez y eficacia de esos «acuerdos» novatorios y las renunciaciones en ellos incluidas y de cuya doctrina se hizo eco posteriormente el Tribunal Supremo en, entre otras, las SSTs números 580/2020 y 581/2020, de 5 de noviembre, y número 589/2020, de 11 de noviembre.

Ahora me centraré en las consecuencias de la declaración de nulidad de la cláusula suelo, enfocadas concretamente en los efectos económicos que se derivan

de la misma, en sus aspectos temporal y cuantitativo. Y es que la gran cuestión controvertida que se derivó de dicha STS de 9 de mayo de 2013 y que motivó la intervención del TJUE, además de sentencias contradictorias entre las Audiencias Provinciales y gran debate doctrinal, fue la relativa a la restitución de las cantidades abonadas indebidamente por el consumidor como consecuencia de la aplicación de la cláusula a la postre declarada formalmente nula por abusiva por falta de transparencia material. Como consecuencia de esa calificación como abusiva el Tribunal Supremo en dicha sentencia de 2013 determinó la nulidad directa de la cláusula, pero con efectos *ex nunc*, y no *ex tunc*, como prevé el artículo 1303 del Código Civil² como efecto típico de la nulidad; por tanto, solo se condenó a la restitución de las cantidades indebidamente cobradas desde el 9 de mayo de 2013; y esta misma solución y fecha de referencia se acogió así en resoluciones posteriores del Tribunal Supremo (cfr., entre otras, la STS de Pleno número 139/2015, de 25 de marzo) por considerar que ya desde esa fecha era conocida la nulidad de la cláusula y, por tanto, todo lo cobrado en aplicación de la cláusula suelo con posterioridad al 9 de mayo de 2013 debía considerarse abonado indebidamente, por lo que debía ser restituído al consumidor; todo ello no sin cierta controversia y discrepancias por otros tribunales, así como por la doctrina académica, que no entendían esa limitación de la restitución de cantidades ante la nulidad de la cláusula.

Consecuencia de esta controversia fue la llamada al TJUE por la vía de cuestiones prejudiciales planteadas por órganos judiciales de España en relación con esta solución tan controvertida. Ello motivó el dictado de la STJUE de 21 de diciembre de 2016 (asunto *Gutiérrez Naranjo y otros*, C-154/15, C-307/15 y C-308/15), que advirtió que no debía limitarse esa retroactividad de las consecuencias de la nulidad.

Ahora bien, la controversia continuó con respecto a aquellas personas cuyos procesos continuaban por haberse planteado distintos recursos y en los que inicialmente la restitución de prestaciones se había limitado como consecuencia de esa doctrina anterior del Tribunal Supremo, pero la resolución no era firme por haberse recurrido: el mayor problema se ha suscitado en esos casos en los que el recurso se planteó con anterioridad a la STJUE de 21 de diciembre de 2016 por la entidad financiera y ni ella (lógicamente) ni el consumidor plantearon recurso en contra de esa limitación de restitución de cantidades; es ahora, en 2022, con la desafortunada e injusta lentitud que caracteriza la resolución de los conflictos judiciales en los últimos años, cuando se ha fijado definitivamente la solución a tal situación: la posible apreciación de oficio de la restitución íntegra de las cantidades indebidamente abonadas por la aplicación de la cláusula suelo. Así se ha concretado por el TJUE en su sentencia de 17 de mayo de 2022 (asunto *Unicaja*, C-869/19) y que, junto con el resto de las cuestiones antes apuntadas y que contextualizan esta controversia, serán analizadas en este trabajo, así como sentencias del Tribunal Supremo recientes que han acogido esa doctrina del TJUE de mayo de 2022.

II. LA LIMITACIÓN EN LA RESTITUCIÓN DE CANTIDADES ABONADAS INDEBIDAMENTE Y SUS EFECTOS

1. LA INJUSTIFICABLE LIMITACIÓN DE LOS EFECTOS DE LA NULIDAD ACORDADA EN LAS SSTs DE 9 DE MAYO DE 2013 Y DE 25 DE MARZO DE 2015

Sin duda la polémica y controversia en relación con las cláusulas suelo ha sido una de las mayores suscitadas en los últimos años, con mayor impacto económico,

mediático y social, así como de litigiosidad judicial. Fruto de ella ha surgido precisamente uno de los hitos que pueden remarcarse en el ámbito de la protección del prestatario (especialmente, el consumidor) en los últimos años: la configuración a partir de la STS número 241/2013, de 9 de mayo, del principio de transparencia material y el control con base en él de las cláusulas del préstamo o crédito; un principio de transparencia material que tiene su eje rector en el efectivo conocimiento por el prestatario del alcance real de la carga económica y jurídica que la firma de ese contrato de crédito le va a suponer; es decir, comprensibilidad en relación a las prestaciones económicas que se derivaban del contrato y sobre la posición jurídica y obligaciones que el prestatario asumía dentro de ese contrato en cuanto a aspectos referidos al objeto y ejecución de tal contrato. Esta STS número 241/2013, de 9 de mayo superó el concepto clásico de transparencia vinculado a los aspectos formales y documentales de redacción clara y comprensible (*vid.* art. 5 LCGC), y lo centró en los aspectos jurídicos y económicos básicos del contrato, lo que vino respaldado posteriormente por el TJUE en su sentencia de 30 de abril de 2014³ (asunto *Kásler y Káslerné Rábai*, C-26/13) y la STJUE de 26 de febrero de 2015⁴ (asunto *Matei*, C-143/13). Respecto de estas cláusulas suelo no cabe afirmar que sean abusivas⁵ *per se* (así se advirtió por el Tribunal Supremo en su sentencia de 9 de mayo de 2013 y se ha ido reiterando en resoluciones posteriores), sino que se vinculó esa realidad con las exigencias de información y transparencia a controlar en cada caso concreto, determinando la nulidad de las cláusulas y su abusividad por esa falta de transparencia en el caso examinado.

La doctrina también se volcó con este tema y han sido múltiples los comentarios e interpretaciones que se han realizado en torno a este nuevo control de transparencia acuñado por el Tribunal Supremo, su naturaleza y alcance. Y esa exigencia de transparencia y su control se han ido trasladando a distintas cláusulas y aspectos de la actuación del prestamista o entidad crediticia en el ámbito de los contratos de crédito: cláusula IRPH, cláusula de intereses moratorios, cláusula de vencimiento anticipado, hipotecas multidivisa, créditos *revolving*...

Pero al margen de la transparencia y el control basado en ella, que por su novedad acaparó muchas páginas y horas de debate y comentarios, sin duda el otro aspecto que más controversia suscitó (en este caso, especialmente crítica y negativa) fue la determinación de los efectos de esa nulidad declarada en relación con la restitución de las cantidades abonadas por la aplicación de la cláusula suelo⁶.

Aunque lo que se ejercitó de inicio es una acción colectiva de cesación de las prácticas de uso de esas cláusulas suelo, a juicio del Tribunal Supremo, en línea con la apreciación del Ministerio Fiscal en ese caso de la STS de 9 de mayo de 2013 la finalidad de las acciones de cesación no obsta a poder examinar los efectos de la nulidad determinante de la condena al cese en la utilización de las cláusulas abusivas.

Y en atención a ese examen, parte el Tribunal Supremo certeramente de la previsión general contenida en el artículo 1303 del Código Civil de que lo que es nulo no produce ningún efecto (*quod nullum est nullum effectum producit*): «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». Por tanto, nuestro ordenamiento parte como regla general de la retroactividad de los efectos de la decisión judicial declarando la nulidad de una cláusula al momento en que se concluyó y celebró el contrato que contiene tal cláusula; la ineficacia de los contratos —o de alguna de sus cláusulas, si el contrato subsiste—, exige

destruir sus consecuencias y borrar sus huellas como si no hubiesen existido y evitar así que de los mismos se deriven efectos. Ya la STS número 118/2012, de 13 marzo, calificó esta consecuencia como «de una propia *restitutio in integrum*, como consecuencia de haber quedado sin validez el título de la atribución patrimonial a que dieron lugar, dado que esta se queda sin causa que la justifique, al modo de lo que sucedía con la «*condictio in debiti*». Se trata del resultado natural de la propia nulidad de la reglamentación negocial que impuso el cumplimiento de la prestación debida por el adherente». En sentido similar, STJUE de 21 de marzo de 2013 (asunto *RWE Vertrieb AG*, C-92/11, apartado 58).

Sin embargo, pese a todo, el Tribunal Supremo consideró en esa STS de 9 de mayo de 2013 que, no obstante la regla general de eficacia retroactiva de las declaraciones de nulidad, sus efectos no pueden ser impermeables a los principios generales del Derecho, entre ellos de forma destacada la seguridad jurídica (art. 9.3 CE). Y que, tal y como también advirtió la citada STS de 13 de marzo de 2012, «[l]a «restitutio» no opera con un automatismo absoluto, ya que el fundamento de la regla de liquidación de la reglamentación contractual declarada nula y por la que se pretende conseguir que las partes afectadas vuelvan a la situación patrimonial anterior al contrato, no es otro que evitar que una de ellas se enriquezca sin causa a costa de la otra y esta es una consecuencia que no siempre se deriva de la nulidad». Igualmente alude a la STJUE de 21 de marzo de 2013, ya citada, en concreto a su apartado 59, para considerar que con base en el principio general de seguridad jurídica y en la buena fe de los círculos interesados y el riesgo de trastornos (económicos) graves, podría alterarse esa regla general y limitarse su aplicación⁷.

Y a partir de estas premisas, el Tribunal Supremo en esta STS número 241/2013, de 9 de mayo, apreciando la buena fe (o al menos la inexistencia o falta de prueba de la mala fe) de las entidades prestamistas y «círculos interesados» y en que considera «notorio que la retroactividad de la sentencia generaría el riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico», apoya las alegaciones del Ministerio Fiscal y declara la irretroactividad de la sentencia, o, en rigor, de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo por abusivas, de modo que «no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esta sentencia».

De la doctrina recogida en esta STS de Pleno de 9 de mayo de 2013 se hicieron eco muchas resoluciones posteriores de este mismo Tribunal, tanto en lo que respecta al control de transparencia material como a la irretroactividad de los efectos de la nulidad declarada de la cláusula suelo⁸; también, lógicamente, entre las Audiencias Provinciales, con sentido en este caso contradictorio entre ellas, fundamentalmente en cuanto a esa limitación de los efectos restitutorios de la nulidad, que resultaba muy controvertido.

Ante tal controversia y diversidad de criterios y fallos en los distintos tribunales, el Tribunal Supremo en su STS de Pleno número 139/2015, de 25 de marzo⁹, decidió unificar criterios y, por ello, revisar y aclarar la doctrina sentada por esa anterior resolución de 2013 en lo que respecta a las cantidades que deben ser devueltas por las entidades financieras prestamistas en caso de declaración de nulidad por abusivas de las cláusulas suelo. En tal sentido, alude a la argumentación contenida en la STS de 9 de mayo de 2013 concretamente en cuanto al riesgo de trastorno grave económico y a la apreciación de buena fe.

Advierte que el argumento relativo al riesgo de trastorno económico grave no hay que ceñirlo al concreto caso enjuiciado sino que hay que tener en cuenta

que el conflicto relativo a las cláusulas suelo no es de naturaleza singular sino que existen innumerables contratos con esas cláusulas y, por ello, tal y como se ha evidenciado en la práctica, numerosos procedimientos de nulidad planteados, de modo que «la afectación al orden público económico 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».

En cuanto a los distintos argumentos de los que entiende que se deriva la buena fe de los «círculos interesados», se advierte que esa buena fe venía apreciada en atención a distintos aspectos como: la licitud *a priori* de las cláusulas suelo; la observancia de la normativa bancaria reglamentaria sobre información; que no eran cláusulas inusuales o extravagantes sino que el mercado las había tolerado y aceptado durante mucho tiempo; que existen razones objetivas que justificaban su inclusión en los préstamos a interés variable; su finalidad de proporcionar un rendimiento mínimo por el préstamo concedido; y que, en definitiva, la nulidad declarada derivaba, no de una oscuridad intrínseca, sino de la falta de transparencia por insuficiente información. Todos estos argumentos, según se indica en esta STS de 25 de marzo de 2015, «se compadecen con una concepción psicológica de la buena fe, por ignorarse que la información que se suministraba no cubría en su integridad la que fue exigida y fijada posteriormente por la STS de 9 de mayo de 2013»; ahora bien, se advierte ahora por el Tribunal Supremo que esa ignorancia y buena fe ya no puede apreciarse a partir de la STS de 9 de mayo de 2013 «pues una mínima diligencia permitía conocer las exigencias jurisprudenciales en materias propias del objeto social»; y, en consecuencia, concluye nuestro Alto Tribunal que desde la publicación de la STS de mayo de 2013 no puede alegarse ya la buena fe por los contratantes, pues con dicha sentencia ya conocen la doctrina relativa a la transparencia y la posible nulidad de las cláusulas por falta de ella y de información suficiente y pueden ya indagar y esclarecer la situación al respecto de sus concretos contratos de préstamo y las cláusulas suelo insertas en ellos; de modo que, si en ese concreto caso existe esa insuficiencia informativa y se declarase abusiva por ello la cláusula, la sentencia tendrá efecto retroactivo solo desde la fecha de publicación de la STS de 9 de mayo de 2013 (retroactividad limitada, por tanto).

En conclusión, esta STS número 139/2015, de 25 de marzo, fijó como doctrina en su fallo que: «cuando en aplicación de la doctrina fijada en la sentencia de Pleno de 9 de mayo de 2013, ratificada por la de 16 de julio de 2014, Rc. 1217/2013 y la de 24 de marzo de 2015, Rc. 1765/2013 se declare abusiva y, por ende, nula la denominada cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo con tipo de interés variable, procederá la restitución al prestatario de los intereses que hubiese pagado en aplicación de dicha cláusula a partir de la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013».

Ahora bien, a esta sentencia y fallo se formuló el voto particular del magistrado Sr. D. Francisco Javier ORDUÑA MORENO, al que se adhirió el magistrado Sr. D. Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ. En este voto particular se denuncia la falta de fundamentación técnica asumida en la sentencia, y se advierte que «el verdadero motivo de la limitación del denunciado efecto retroactivo de la nulidad de la cláusula, en su momento, no fue otro que el posible riesgo de trastornos graves o sistémico en las entidades financieras; riesgo que en la actualidad ha desaparecido merced al saneamiento financiero efectuado».

Consideran los magistrados firmantes de este voto particular que debió haberse confirmado la declaración de abusividad por falta de transparencia de las

cláusulas objeto de examen, y con ello, el pleno efecto devolutivo de las cantidades pagadas desde la perfección o celebración del contrato, dado que la nulidad de pleno derecho de la cláusula en cuestión determinó la carencia de título alguno que justifique la retención de las mismas y su atribución al predisponente.

Se advierte y concluye en el voto particular: a) la exclusión del fenómeno retroactivo en orden a la fundamentación técnica de la naturaleza y alcance de la ineficacia derivada de la cláusula abusiva, en cuanto que no hay previsión normativa de esa irretroactividad declarada por el Tribunal Supremo en 2013; b) el error en la STS de 9 de mayo de 2013 de asimilar indebidamente el plano de los efectos retroactivos de la nulidad contractual y el plano de la propia eficacia de la sentencia de 2013¹⁰, agravándose las consecuencias de esta indebida asimilación con la STS de 25 de marzo de 2015; c) era preciso diferenciar claramente, tanto en el plano procesal como sustantivo, entre la acción colectiva de cesación y la acción individual, así como atender al contexto de la contratación seriada y al control y eficacia de las condiciones generales de la contratación; d) en atención a la naturaleza y función de los elementos que determinan el régimen de eficacia y de control de la contratación seriada, por la naturaleza y función del propio fenómeno de las condiciones generales, del control de abusividad y de la acción ejercitada, y, todo ello, conforme a la función tuitiva que los preside, la única alternativa posible era haber determinado el efecto devolutivo de las cantidades ya pagadas con carácter *ex tunc*, esto es, desde el momento de la perfección del contrato predispuesto; e) critica la argumentación efectuada en la sentencia con respecto al criterio de buena fe, por su gran ambigüedad, por la irrelevancia en su apreciación de la publicación de la sentencia de 2013 y por cuanto no puede asumirse que ese principio de buena fe previsto para la protección del consumidor adherente implique precisamente un perjuicio para él mismo en aspectos o ámbitos negociales anteriores al 9 de mayo de 2013 negándoles el efecto devolutivo de los intereses abonados indebidamente en ese período; y f) resulta improcedente esa irretroactividad declarada en 2013 o la limitación acogida en la STS de 2015 por cuanto ello implica una integración, aun temporal, de la cláusula declarada nula, y ello resulta prohibido por el artículo 83 TRLGDCU y por la jurisprudencia del TJUE (así, STJUE de 14 de junio de 2012, asunto *Banesto*, C-618/10), así como porque ello atenta igualmente contra el efecto sancionador y disuasorio del uso de las cláusulas abusivas indicado por la jurisprudencia del TJUE en la citada resolución.

2. LA STJUE DE 21 DE DICIEMBRE DE 2016 Y SUS EFECTOS EN LOS PROCESOS JUDICIALES PLANTEADOS SOBRE CLÁUSULAS SUELO

La controversia en torno a esta cuestión de la retroactividad y la limitación de los efectos restitutorios derivados de la nulidad declarada de la cláusula suelo continuó, amparada, no cabe duda, por ese voto particular de la STS de 25 de marzo de 2015 antes comentado.

Consecuencia de ello, y fruto de cuestiones prejudiciales planteadas ante el TJUE por el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Granada y por la Audiencia Provincial de Alicante, el TJUE intervino y enmendó al Tribunal Supremo en esta materia a través de la STJUE de 21 de diciembre de 2016 (asunto *Gutiérrez Naranjo y otros*, C-154/15, C-307/15 y C-308/15)¹¹.

Esta sentencia no atendió finalmente a las conclusiones del Abogado General del TJUE, Paolo MENGOZZI, previamente emitidas y en las que se abogaba por admitir la limitación de los efectos restitutorios de la nulidad declarada.

Acertadamente la STJUE de 21 de diciembre de 2016 vino a advertir que no es posible limitar los efectos restitutorios vinculados a la nulidad de una cláusula abusiva. Recuerda que en virtud del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, una cláusula abusiva no puede vincular al consumidor en ningún momento, debiendo el juez simplemente dejarla sin aplicar, como si la cláusula nunca hubiera existido, sin que produzca ningún efecto para las partes, por lo que no puede modificar en modo alguno su contenido, lo cual supondría además eliminar el efecto disuasorio pretendido sobre el uso de cláusulas abusivas (*vid.* STJUE de 14 de junio de 2012, asunto *Banesto*, C-618/10, y STJUE de 21 de enero de 2015, asunto *Unicaja*, C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13). Advierte que «la declaración del carácter abusivo de la cláusula debe permitir que se restablezca la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido tal cláusula abusiva, concretamente mediante la constitución de un derecho a la restitución de las ventajas obtenidas indebidamente por el profesional en detrimento del consumidor en virtud de la cláusula abusiva».

Por ello, concluye que «el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva, de una cláusula contenida en un contrato celebrado con un consumidor por un profesional, circunscribiendo tales efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión».

Reconoce el TJUE que la protección de los consumidores no es absoluta, sino que también existen límites; concretamente los efectos de cosa juzgada en relación con situaciones ya resueltas con anterioridad; en tal sentido el TJUE recuerda que ha declarado, en particular, que «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)». Y con base en ello, cabría afirmar que el Tribunal Supremo español podía declarar legítimamente, en la STS 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. Igualmente, como límite también se ha reconocido 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)».

Ahora bien, a este respecto advierte que debe distinguirse entre la aplicación de reglas procesales y la limitación en el tiempo de los efectos de la interpretación de una norma del Derecho de la Unión Europea (*vid.*, STJUE de 15 de abril de 2010, asunto *Barth*, C-542/08, apartado 30), y que, «habida cuenta de la exigencia fundamental de una aplicación uniforme y general del Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia es el único que puede decidir acerca de las limitaciones en el tiempo que hayan de aplicarse a la interpretación que él mismo haya hecho de una norma del Derecho de la Unión (véase, en este sentido, la sentencia de 2 de febrero de 1988, *Barra y otros*, 309/85, EU:C:1988:42, apartado 13)».

Estas afirmaciones determinan, en el caso de las cláusulas suelo declaradas nulas por abusivas, que las ventajas obtenidas indebidamente por el prestamista

en virtud de esa cláusula deban ser restituidas íntegramente, sin ningún tipo de limitación, ni siquiera temporal, de los efectos derivados de esa nulidad declarada, pues de lo contrario ello supone una privación o merma de los derechos del consumidor de obtener todo lo pagado indebidamente en virtud de esa cláusula suelo abusiva, suponiendo una protección incompleta e insuficiente a estos efectos, sin que, por otro lado, esa limitación temporal se encuentre justificada al no ser un medio eficaz para lograr el cese de la cláusula abusiva: como señala el TJUE en esta resolución de 2016, «la exclusión de tal efecto restitutorio podría poner en cuestión el efecto disuasorio que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, en relación con el artículo 7, apartado 1, de esa misma Directiva, pretende atribuir a la declaración del carácter abusivo de las cláusulas contenidas en los contratos celebrados por un profesional con los consumidores». En definitiva, tal limitación no resulta compatible con el Derecho de la Unión Europea y por ello los órganos jurisdiccionales deberán abstenerse de aplicar, en el ejercicio de su propia autoridad, la limitación de los efectos en el tiempo que el Tribunal Supremo acordó en su sentencia de 9 de mayo de 2013.

Sentada esta doctrina y fundamentación, se planteó la cuestión de qué alcance e incidencia tenía esta STJUE de 21 de diciembre de 2016 en relación con los procesos resueltos conforme a esa doctrina anterior del Tribunal Supremo limitativa de los efectos restitutorios de la nulidad, enmendada por el TJUE en esta resolución de 2016, así como respecto a procesos pendientes e incluso situaciones de acuerdos entre las entidades prestamistas y sus clientes por los que estos renunciaban a exigir la restitución de cantidades anteriores a 2013 a cambio de ciertas ventajas o mejoras en el préstamo o de algún otro tipo de compensación¹².

Con respecto a aquellos procesos que ya se resolvieron con sentencia firme, los efectos de cosa juzgada (arts. 207 y 222 LEC) y el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) impedirían volver a resolver sobre la cuestión ya resuelta con anterioridad. Ya recordó el TJUE en esa sentencia de 21 de diciembre de 2016 que el respeto a la seguridad jurídica y a la cosa juzgada como regla procesal acogida por el ordenamiento nacional era un límite a la protección de los consumidores. La nueva doctrina del TJUE derivada de esta sentencia de 2016 no parece que pueda justificar un proceso de revisión de sentencias firmes en cuanto que no encuentra encaje en los motivos tasados que para plantear dicha revisión se recogen en el artículo 510 LEC¹³, además de que el propio Tribunal Supremo negó la posibilidad de revisión con base en jurisprudencia del TJUE dictada con posterioridad (*vid.* STS número 81/2016, de 18 de febrero¹⁴).

Cabría plantearse si en aquellos casos en los que lo que se planteó en el proceso ya resuelto firmemente fue únicamente la restitución de las cantidades posteriores al 9 de mayo de 2013, si se pudiera plantear un nuevo proceso para exigir, con base en esta STJUE de 21 de diciembre de 2016, la restitución de las cantidades anteriores. Sin embargo, las previsiones del artículo 400 LEC en cuanto a la preclusión de alegaciones y pretensiones procesales lleva a concluir que también los efectos de cosa juzgada impedirían ese nuevo proceso: según el apartado 2 de ese artículo 400 LEC, «a efectos de litispendencia y de cosa juzgada, los hechos y los fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se considerarán los mismos que los alegados en otro juicio anterior si hubiesen podido alegarse en este». Y esta sería la conclusión incluso aunque la nueva pretensión de reclamar las cantidades íntegras (anteriores a 2013) no se fundamentara en la petición de nulidad de la cláusula por considerarla abusiva sino con base en otro fundamento, como por ejemplo la responsabilidad contractual *ex* artículo 1101 del Código Civil por incumplimiento de obligaciones de información precontractual: los hechos

en los que se basa ya serían los mismos que los aducidos en el anterior proceso concluido con sentencia firme; y aunque el fundamento fuera distinto, lo cierto es que también pudo haberse aducido en el proceso anterior; por tanto, con base en el artículo 400.2 LEC no prosperaría ese nuevo proceso.

Cuestión distinta sería el caso de que con anterioridad no se solicitó más que la declaración de nulidad de la cláusula (y así se declaró por sentencia firme), pero nada se interesó en ese proceso en cuanto a la restitución de cantidades, y por tanto nada se resolvió al respecto. En este caso, cabe entender que el artículo 400 LEC no impediría plantear un nuevo proceso reclamando esta vez todas las cantidades íntegras indebidamente percibidas por el prestamista por la aplicación de la cláusula suelo; son pretensiones y peticiones autónomas entre sí las que se plantean en cada proceso (declaración de nulidad por abusiva y restitución de cantidades *ex art.* 1303 CC) y, tal y como señaló el Tribunal Supremo, los efectos de la preclusión prevista en el artículo 400 LEC atienden a la circunstancia de que en ambos procesos (el inicial y el posterior) se plantee la misma pretensión o causa de pedir: solo se justifica la aplicación del artículo 400 LEC para apreciar litispendencia o los efectos de la cosa juzgada material cuando entre los dos procesos (teniendo en cuenta las demandas de uno y otro) se hayan formulado las mismas pretensiones; es en tal caso cuando no cabe iniciar válidamente un segundo proceso para solicitar lo mismo que en el proceso anterior con apoyo en distintos hechos o diferentes fundamentos jurídicos, pues la LEC obliga a estimar la excepción de litispendencia (si el primer proceso se halla pendiente) o la de cosa juzgada (si en el primer proceso ha recaído sentencia dotada de efectos de cosa juzgada material); la identidad de la acción no depende del fundamento jurídico de la pretensión, sino de la identidad de la *causa petendi* (causa de pedir), es decir, del conjunto de hechos esenciales para el logro de la consecuencia jurídica pretendida por la parte actora: entre otras, SSTS número 812/2012, de 9 de enero de 2013, número 649/2022, de 6 de octubre, y número 772/2022, de 10 de noviembre. Tal y como señaló el Tribunal Supremo en estas últimas sentencias y en la STS número 768/2013, de 5 de diciembre, ese artículo 400 LEC ha de interpretarse en el sentido de que no pueden ejercitarse acciones posteriores basadas en distintos hechos, fundamentos o títulos jurídicos cuando lo que se pide es lo mismo y cuando tales fundamentos, fácticos y jurídicos, pudieron ser alegados en la primera demanda; pero la preclusión lo es en relación con los hechos y fundamentos, no en cuanto a peticiones o pretensiones que pudieron haberse ejercitado pero no se plantearon en la primera demanda; y es que a este respecto cabe advertir que del artículo 400 LEC no cabe derivar la exigencia al actor de agotar en un solo procedimiento todas las pretensiones y peticiones posibles, es decir, no supone que el litigante tenga obligación de formular en una misma demanda todas las pretensiones que en relación a unos mismos hechos tenga contra el demandado.

Por lo que se refiere a aquellos supuestos en los que existió un acuerdo novatorio o transaccional previo a la STJUE de 21 de diciembre de 2016 por el que el consumidor cliente prestatario renunció a la reclamación de la restitución de las cantidades íntegras anteriores a mayo de 2013, cabe entender que ante un acuerdo válido a este respecto no sería posible reclamar esas cantidades con base en esa nueva doctrina del TJUE. Ahora bien, en cada caso concreto habrá que valorar la validez y eficacia, incluida la transparencia, de ese acuerdo y cómo se desarrolló; cuestión que ha sido objeto asimismo de controversia jurisprudencial¹⁵.

Por último, cabe atender a los casos en los que los procesos aún están pendientes de resolución firme. En este punto la STJUE de 21 de diciembre de 2016 fue clara: los órganos jurisdiccionales deberán abstenerse de aplicar, en el

ejercicio de su propia autoridad, la limitación de los efectos en el tiempo que el Tribunal Supremo acordó en su sentencia de 9 de mayo de 2013, por cuanto tal limitación no resulta compatible con el Derecho de la Unión Europea. De modo que ante demandas presentadas pero aún no resueltas o recursos planteados contra sentencias que limitaban la restitución de las cantidades abonadas a consecuencia de la aplicación de la cláusula suelo declarada nula a las cantidades cobradas con posterioridad al 9 de mayo de 2013, los juzgados y tribunales deben atenerse a lo indicado por el TJUE y deberán acordar la restitución íntegra de todas las cantidades cobradas en virtud de la cláusula suelo anulada, sin ningún tipo de limitación.

Ahora bien, nos podemos encontrar con el caso de que inicialmente se estimó la demanda pero, en aplicación de la doctrina de las SSTs de 9 de mayo de 2013 y de 25 de marzo de 2015, solo se acordó la restitución de cantidades posteriores al 9 de mayo de 2013, y que la sentencia se recurriera, no por el consumidor prestatario, sino por la prestamista (ya fuera en contra de la estimación de la demanda y la calificación de no transparente y abusiva de la cláusula suelo ya fuera por la imposición de costas) el caso es que ante el tribunal de segunda instancia o el de casación el recurso que se planteó no venía referido al pronunciamiento de restitución de cantidades. ¿Podría el Tribunal *ad quem* acordar, pese a que no se planteó en el recurso, la restitución íntegra de las cantidades con base en la STJUE de 21 de diciembre de 2016 o con ello incurriría en incongruencia? A esta cuestión dio solución el TJUE en su sentencia de 17 de mayo de 2022 (asunto *Unicaja*, C-869/19), a raíz de una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo. A continuación, en el siguiente apartado de este trabajo se comentará dicha situación y sentencia.

III. LA STJUE DE 17 DE MAYO DE 2022 Y SU POSTERIOR APLICACIÓN POR EL TRIBUNAL SUPREMO

1. SITUACIÓN FÁCTICA Y CUESTIÓN PREJUDICIAL PLANTEADA

En marzo de 2006 el Banco de Caja España de Inversiones, Salamanca y Soria, S.A.U. (posteriormente, Unicaja Banco S.A.) concedió un préstamo hipotecario por un valor de 120.000 euros a un particular para adquirir su vivienda familiar, a devolver en 30 años y, como es habitual, integrado por distintas condiciones generales. Se preveía un interés anual fijo del 3,35% el primer año y después un interés variable consistente en la suma de un 0,52% al Euribor de un año, si bien con la previsión de una cláusula suelo de un 3% anual.

En enero de 2016 el prestatario presentó demanda interesando la declaración de nulidad de esa cláusula suelo por considerarla abusiva por falta de transparencia, así como la restitución de todas las cantidades indebidamente cobradas por la aplicación de dicha cláusula o, en su defecto (como petición subsidiaria a la restitución total), la restitución de las cantidades indebidamente cobradas desde el 9 de mayo de 2013. La entidad financiera se opuso a todas las pretensiones del demandante, negando la abusividad de la cláusula pues se había informado oportunamente de su inclusión en el contrato.

El 6 de junio de 2016 el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Valladolid dictó sentencia estimando la demanda, declarando el carácter abusivo de la cláusula suelo por falta de transparencia y, por lo tanto, declarándola nula; además condena a la entidad demandada a la devolución de todas las cantidades

cobradas de más por la aplicación de tal cláusula desde la fecha de publicación de la STS de 9 de mayo de 2013, con condena en costas a la entidad prestamista (este último pronunciamiento sobre costas tuvo lugar mediante auto aclaratorio de 10 de junio de 2016).

La entidad bancaria presentó recurso de apelación el 14 de julio de 2016 contra dicha sentencia en cuanto al pronunciamiento condenatorio en costas; el demandante prestatario no recurrió la sentencia de primera instancia pero sí se opuso a la estimación del recurso de apelación planteado por la prestamista.

La Audiencia Provincial de Valladolid dictó sentencia el 13 de enero de 2017 estimando el recurso y revocando dicho pronunciamiento en costas. Pese a que se dictó con posterioridad a la STJUE de 21 de diciembre de 2016, no se modificó el fallo en cuanto al pronunciamiento sobre las cantidades objeto de restitución por cuanto no fue objeto de recurso de apelación y en atención a los principios de justicia rogada, congruencia y de prohibición de *reformatio in peius*.

Posteriormente el prestatario presentó recurso de casación ante el Tribunal Supremo contra dicha resolución de apelación alegando la infracción del artículo 1303 del Código Civil y la contradicción con la doctrina del TJUE, concretamente la contenida en la STJUE de 21 de diciembre de 2016, que, como ya se ha indicado, se opone a la limitación de los efectos de la declaración de nulidad de una cláusula (suelo) declarada nula por abusiva. Bancaja se opuso a la estimación de este recurso de casación.

El Tribunal Supremo ante las dudas que le suscitó la compatibilidad de los principios de justicia rogada, congruencia y de prohibición de *reformatio in peius* con el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 y la posibilidad de que el tribunal, pese a estos principios, pudiera de oficio acordar la restitución íntegra de las cantidades indebidamente abonadas por la aplicación de la cláusula abusiva, decidió plantear una cuestión prejudicial ante el TJUE con el siguiente tenor: «El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE, ¿se opone a la aplicación de los principios procesales de justicia rogada, congruencia y prohibición de *reformatio in peius*, que impiden al tribunal que conoce del recurso interpuesto por el banco contra una sentencia que limitó en el tiempo la restitución de las cantidades indebidamente pagadas por el consumidor a consecuencia de una “cláusula suelo” declarada nula, acordar la restitución íntegra de dichas cantidades y empeorar con ello la posición del recurrente, porque dicha limitación no ha sido recurrida por el consumidor?».

2. LA STJUE DE 17 DE MAYO DE 2022 Y LA POSTURA DEL TRIBUNAL SUPREMO TRAS ELLA

Esa cuestión prejudicial fue resuelta por el TJUE en su sentencia de 17 de mayo de 2022 (asunto *Unicaja*, C-869/19).

El TJUE alude en primer lugar a los principios de equivalencia y de efectividad.

a) Conforme al primero de ellos, el principio de equivalencia, cada Estado miembro debe procurar garantizar la salvaguarda de los derechos que el Derecho de la Unión Europea confiere a los justiciables bajo procedimientos en su Derecho interno igual de favorables que los aplicables a situaciones similares de carácter interno.

Partiendo de que el artículo 6 de la Directiva 93/13 es una disposición equivalente a una norma nacional de orden público, el TJUE advierte que si en virtud

del Derecho nacional interno el tribunal está facultado u obligado para apreciar de oficio la legalidad de un acto jurídico a la luz de las normas nacionales de orden público, entonces también lo está a apreciar de oficio, aunque no se haya planteado por las partes, la legalidad de ese acto atendiendo al artículo 6 de la Directiva 93/13; y a este respecto, si, en virtud de la jurisprudencia nacional se entiende que cabe aplicar de oficio normas de orden público como excepción a la aplicación de los principios procesales ahora objeto de controversia (congruencia, justicia rogada y prohibición de *reformatio in peius*), entonces el juez nacional que conoce del recurso de apelación debe también poder examinar de oficio un motivo basado en la infracción del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13. Advierte el TJUE que, de existir tal jurisprudencia, en virtud del principio de equivalencia el Tribunal Supremo debe dejar sin aplicación esos principios procesales y deberá «o bien permitir que el consumidor ejerza los derechos que le confiere la Directiva 93/13 y su derecho a invocar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia o bien hacerlo de oficio».

b) Por lo que se refiere al principio de efectividad, este supone que esos procedimientos del ordenamiento jurídico interno no pueden concebirse de modo que hagan imposible o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que confiere el Derecho de la Unión Europea. Ahora bien, el TJUE ya advirtió en su sentencia de 1 de octubre de 2015 (asunto *ERSTE Bank Hungary*, C-32/14) que el respeto del principio de efectividad no puede llegar al extremo de suplir íntegramente la total pasividad del consumidor afectado.

Teniendo en cuenta que este principio implica la exigencia de una tutela judicial efectiva y que resulta necesario un control eficaz del carácter potencialmente abusivo de las cláusulas contractuales para garantizar el respeto a los derechos reconocidos por la Directiva 93/13, entiende el TJUE que «las condiciones establecidas por los Derechos nacionales, a las que se refiere el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, no pueden menoscabar el contenido sustancial del derecho, que la citada disposición confiere a los consumidores, a no quedar vinculados por una cláusula considerada abusiva (sentencias de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, EU:C:2016:980, apartado 71, y de 26 de enero de 2017, Banco Primus, C-421/14, EU:C:2017:60, apartado 51)».

Tras estas argumentaciones en relación con los principios de equivalencia y efectividad, el TJUE vuelve a recordar que la protección de los consumidores no es absoluta y que entre sus límites está el principio de cosa juzgada, con el que se trata de garantizar la estabilidad del Derecho y de las relaciones jurídicas y la recta administración de la justicia. De modo que el Derecho de la Unión Europea 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 la infracción de una disposición, cualquiera que sea su naturaleza, contenida en la Directiva 93/13; ahora bien, advierte el TJUE, que eso será así siempre que se respeten los aludidos principios de equivalencia y efectividad.

En este punto, el TJUE en esta sentencia de 17 de mayo de 2022 recuerda lo indicado en su anterior resolución de 21 de diciembre de 2016 que afirmaba que la limitación de las cantidades a restituir tras la declaración de nulidad de la cláusula suelo suponía una protección incompleta e insuficiente del consumidor y una privación de los derechos reconocidos ante la abusividad de una cláusula, además de no procurar los efectos disuasorios en el uso de cláusulas abusivas, todo lo cual supone ir en contra de lo previsto en los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13.

Y centrándose en el asunto concreto objeto de la cuestión prejudicial, advierte el TJUE que el consumidor no recurrió la sentencia de primera instancia que limitaba los efectos restitutorios de las cantidades percibidas en virtud de la aplicación de la cláusula abusiva; pero incide en la circunstancia de que esa falta de recurso e impugnación por el consumidor puede imputarse al hecho de que cuando se dictó la STJUE de 21 de diciembre de 2016 ya había transcurrido el plazo para presentar ese recurso o impugnar la sentencia. Es decir: el TJUE subraya estas circunstancias para advertir que no cabe considerar que el consumidor haya mostrado una pasividad total a este respecto al no cuestionar la jurisprudencia que hasta ese momento imperaba y era la mantenida por el Tribunal Supremo español.

Y ante estas circunstancias considera el TJUE que esos principios procesales de justicia rogada, congruencia y prohibición de *reformatio in peius*, «al privar al consumidor de los medios procesales que le permiten hacer valer sus derechos en virtud de la Directiva 93/13, puede hacer imposible o excesivamente difícil la protección de tales derechos, vulnerando de este modo el principio de efectividad».

Por todo ello, finalmente resuelve la cuestión prejudicial planteada declarando que «el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a la aplicación de principios procesales nacionales en cuya virtud un tribunal nacional que conoce de un recurso de apelación contra una sentencia que limita en el tiempo la restitución de las cantidades indebidamente pagadas por el consumidor a consecuencia de una cláusula declarada abusiva no puede examinar de oficio un motivo basado en la infracción de dicha disposición y decretar la restitución íntegra de esas cantidades, cuando la falta de impugnación de tal limitación en el tiempo por el consumidor afectado no puede imputarse a una pasividad total de este».

Ante la resolución de esta cuestión prejudicial, el Tribunal Supremo, recibida tal resolución, procedió a aplicar la doctrina contenida en esa STJUE de 17 de mayo de 2022 y con ello estimar el recurso de casación planteado y condenar a Unicaja a restituir al demandante la totalidad de las cantidades que cobró por la aplicación de la cláusula suelo declarada nula (STS de Pleno número 579/2022, de 26 de julio).

Y tras esta STS de 26 de julio de 2022 se fueron sucediendo distintas resoluciones aplicando tal doctrina en casos similares: entre otras, SSTs número 691/2022, de 24 de octubre, números 813/2022 y 814/2022, ambas de 22 de noviembre, número 828/2022, de 24 de noviembre, y núms. 854/2022 y 855/2022, ambas de 30 de noviembre.

IV. CONCLUSIONES

I. Una cláusula abusiva no puede vincular al consumidor en ningún momento, debiendo el juez simplemente dejarla sin aplicar, como si la cláusula nunca hubiera existido, sin que produzca ningún efecto para las partes.

II. Las ventajas obtenidas indebidamente por el prestamista en virtud de una cláusula suelo declarada abusiva deben ser restituidas íntegramente, sin ningún tipo de limitación, ni siquiera temporal, de los efectos derivados de esa nulidad declarada, pues de lo contrario ello supone una privación o merma de los derechos del consumidor de obtener todo lo pagado indebidamente en virtud de esa cláusula suelo abusiva, suponiendo una protección incompleta e

insuficiente a estos efectos, sin que, por otro lado, esa limitación temporal se encuentre justificada al no ser un medio eficaz para lograr el cese de la cláusula abusiva.

III. Tal y como ha advertido el TJUE, la protección de los consumidores no es absoluta y entre sus límites están los principios de seguridad jurídica y de cosa juzgada.

IV. Atendiendo a los principios de equivalencia y, sobre todo, de efectividad del Derecho de la Unión Europea, en aquellos casos en los que no quepa apreciar una total pasividad del consumidor al no impugnar en tiempo la limitación de los efectos restitutorios de la nulidad de una cláusula abusiva, el órgano judicial debe examinar de oficio la infracción del artículo 6.1 de la Directiva 93/13 y, concretamente en el caso de las cláusulas suelo, aplicar la doctrina de la STJUE de 21 de diciembre de 2016 y proceder a la condena al prestamista a la restitución íntegra de todas las cantidades indebidamente cobradas por la aplicación de la cláusula suelo declarada nula por abusiva (STJUE de 17 de mayo de 2022).

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES

- STJUE de 14 de junio de 2012 (asunto *Banesto*, C-618/10).
- STJUE de 21 de marzo de 2013 (asunto *RWE Vertrieb AG*, C-92/11).
- STJUE de 30 de abril de 2014 (asunto *Kásler y Káslerné Rábai*, C-26/13).
- STJUE de 21 de enero de 2015 (asunto *Unicaja y Caixabank*, C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13).
- STJUE de 26 de febrero de 2015 (asunto *Matei*, C-143/13).
- STJUE de 1 de octubre de 2015 (asunto *ERSTE Bank Hungary*, C-32/14).
- STJUE de 21 de diciembre de 2016 (asunto *Gutiérrez Naranjo y otros*, C-154/15, C-307/15 y C-308/15).
- STJUE de 9 de julio de 2020 (asunto *XZ e Ibercaja*, C-452/18).
- STJUE de 17 de mayo de 2022 (asunto *Unicaja*, C-869/19).
- STS núm. 812/2012, de 9 de enero de 2013.
- STS núm. 241/2013, de 9 de mayo.
- STS núm. 768/2013, de 5 de diciembre.
- STS núm. 139/2015, de 25 de marzo.
- STS núm. 81/2016, de 18 de febrero.
- STS núm. 580/2020, de 5 de noviembre.
- STS núm. 581/2020, de 5 de noviembre.
- STS núm. 589/2020, de 11 de noviembre.
- STS núm. 579/2022, de 26 de julio.
- STS núm. 649/2022, de 6 de octubre.
- STS núm. 691/2022, de 24 de octubre.
- STS núm. 772/2022, de 10 de noviembre.
- STS núm. 813/2022, de 22 de noviembre.
- STS núm. 814/2022, de 22 de noviembre.
- STS núm. 828/2022, de 24 de noviembre.
- STS núm. 854/2022, de 30 de noviembre.
- STS núm. 855/2022, de 30 de noviembre.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- CÁMARA LAPUENTE, S. (2017). Doce tesis sobre la STJUE de 21 de diciembre de 2016: su impacto en la jurisprudencia del TJUE y del Tribunal Supremo, no solo sobre la retroactividad de la nulidad de las cláusulas suelo. *Indret*, núm. 1, enero-marzo de 2017 (disponible en <http://www.indret.com/pdf/1287.pdf>).
- (2017). Un examen crítico de la STJUE de 21 de diciembre de 2016: nulidad retroactiva sí, falta de transparencia «abusiva» de las cláusulas suelo no. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, núm. 1, marzo de 2017, 383-395 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/3628/2197>).
- CANIZARES LASO, A. (2016). Efectos restitutorios de la nulidad de la cláusula suelo. STJUE de 21 de diciembre de 2016. *Revista de Derecho Civil*, vol. III, núm. 4, octubre-diciembre de 2016, 103-123 (disponible en <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/242/184>).
- GÓMEZ GÁLLIGO, J. (2017). Comentarios a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, núm. 1, marzo de 2017, 430-443 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/3631/2201>).
- PAZOS CASTRO, R. (2016). Retroactividad de la nulidad de la cláusula suelo. A propósito de la STJUE de 21 de diciembre de 2016 (Gutiérrez Naranjo). *Diario La Ley*, núm. 23 de diciembre de 2016.
- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2017). Algunas notas sobre la STJUE de 21 de diciembre de 2016. *Indret*, núm. 1, enero-marzo de 2017 (disponible en <http://www.indret.com/pdf/1286.pdf>).
- (2013). 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*, núm. 8154, 23 de septiembre de 2013.
- PLAZA PENADÉS, J. (2015). Del moderno control de transparencia y de la doctrina del Tribunal Supremo sobre la «irretroactividad» de las cláusulas suelo. *Diario La Ley*, núm. 8547, 26 de mayo de 2015.
- SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B. (2021). Acuerdos novatorios sobre cláusulas suelo y renuncia de acciones a la luz de la última doctrina del TJUE y del Tribunal Supremo. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 783, enero-febrero de 2021, 610-638.

NOTAS

¹ Vid. SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B. (2021). Acuerdos novatorios sobre cláusulas suelo y renuncia de acciones a la luz de la última doctrina del TJUE y del Tribunal Supremo. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 783, enero-febrero, 2021, 611 y sigs.

² Artículo 1303 del Código Civil: «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».

³ Esta STJUE de 30 de abril de 2014 (asunto *Kásler y Káslerné Rábai*, C-26/13) señaló en su apartado 71 que «la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales establecida por la Directiva 93/13 no puede reducirse solo al carácter comprensible de estas en un plano formal y gramatical», y en su apartado 75 que «la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender como una obligación no solo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la

cláusula referida, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo».

⁴ La STJUE de 26 de febrero de 2015 (asunto *Matei*, C-143/13) en sus apartados 73 a 75 aludió a la obligación de transparencia real en los contratos de préstamo en estos términos: «73. A este respecto, debe recordarse que la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales establecida en los artículos 4, apartado 2, y 5 de la Directiva 93/13 —los cuales tienen, por lo demás, un alcance idéntico— no puede reducirse solo al carácter comprensible de aquellas en un plano formal y gramatical (véase, en este sentido, la sentencia *Kásler y Káslerné Rábai*, apartados 69 y 71). 74. De los artículos 3 y 5 de la Directiva 93/13 y de los puntos 1, letras j) y l), y 2, letras b) y d), del anexo de la misma Directiva resulta, en particular, que para satisfacer la exigencia de transparencia reviste una importancia capital la cuestión de si el contrato de préstamo expone de manera transparente los motivos y las particularidades del mecanismo de modificación del tipo de interés, así como la relación entre dicha cláusula y otras cláusulas relativas a la retribución del prestamista, de forma que un consumidor informado pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas que para él se derivan (véase, en este sentido, la sentencia *Kásler y Káslerné Rábai*, apartado 73). 75. Tal cuestión debe ser examinada por el tribunal remitente a la vista de todos los elementos de hecho pertinentes, entre los que se encuentran la publicidad y la información proporcionadas por el prestamista en el marco de la negociación de un contrato de préstamo, y teniendo en cuenta el nivel de atención que puede esperarse de un consumidor medio normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz (véase, en este sentido, la sentencia *Kásler y Káslerné Rábai*, apartado 74)».

⁵ En todo caso, el carácter abusivo solo sería predicable en cuanto esté inserta esa cláusula suelo en un contrato con un adherente consumidor; el concepto de abusividad de las cláusulas no cabe referirlo a contratos con no consumidores (cfr. Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores; exposición de motivos de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación; y, entre otras, SSTs núm. 241/2013, de 9 de mayo, y núm. 367/2016, de 3 de junio).

⁶ *Vid.* entre otros, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2013). La restitución de las cantidades indebidamente cobradas en virtud de cláusulas suelo en contratos de préstamo hipotecario tras la STS 9 de mayo de 2013. *Diario La Ley*, núm. 8154, 23 de septiembre de 2013.

⁷ En este apartado 59 la referida STJUE señaló que «puede el Tribunal de Justicia, aplicando el principio general de seguridad jurídica inherente al ordenamiento jurídico de la Unión, verse inducido a limitar la posibilidad de que los interesados invoquen una disposición por él interpretada con el fin de cuestionar relaciones jurídicas establecidas de buena fe. Para poder decidir dicha limitación, es necesario que concurren dos criterios esenciales, a saber, la buena fe de los círculos interesados y el riesgo de trastornos graves».

⁸ Entre otras, SSTs núm. 241/2013, de 9 de mayo, núm. 464/2014, de 8 de septiembre, núm. 610/2014, de 3 de noviembre, núm. 677/2014, de 2 de diciembre, núm. 138/2015, de 24 de marzo, núm. 139/2015, de 25 de marzo, núm. 227/2015, de 30 de abril, y núm. 705/2015, de 23 de diciembre.

⁹ *Vid.*, entre otros, el comentario de esta STS núm. 139/2015, de 25 de marzo, en PLAZA PENADÉS, J. (2015). Del moderno control de transparencia y de la doctrina del Tribunal Supremo sobre la «irretroactividad» de las cláusulas suelo. *Diario La Ley*, núm. 8547, 26 de mayo de 2015.

¹⁰ Según este voto particular: «En síntesis, la consecuencia de esta indebida asimilación de los planos señalados, que excede del campo de aplicación, tanto procesal como sustantivo, de la acción de cesación que fue objeto de la sentencia de 9 mayo, hizo posible que dicha sentencia se pronunciara con un fundamento de retroactividad, respecto de los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de la misma y, por tanto, con relación a consumidores que no había sido parte del proceso, (pronunciamiento 10.º del fallo) sin cobertura legal para ello. Cuando lo procedente hubiese sido pronunciarse, respecto a la petición del Misterio Fiscal, precisándose que el efecto temporal de la sentencia carece de efectos retroactivos, cuestión que no es obstáculo para no estimar el efecto devolutivo de las cantidades ya

pagadas, en los contratos que pudieron resultar afectados por la nulidad declarada de la cláusula suelo, tanto en base a la naturaleza de la acción de cesación ejercitada y con los argumentos que directamente sobre esta cuestión se esgrimieron, como en que no hubo acumulación de acciones individuales o accesorias al respecto».

¹¹ En relación con esta STJUE de 21 de diciembre de 2016 y sus efectos, cfr., entre otros, CAÑIZARES LASO, A. (2016). Efectos restitutorios de la nulidad de la cláusula suelo. STJUE de 21 de diciembre de 2016. *Revista de Derecho Civil*, vol. III, núm. 4, octubre-diciembre de 2016, 104 y sigs. (disponible en <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/242/184>); PAZOS CASTRO, R. (2016). Retroactividad de la nulidad de la cláusula suelo. A propósito de la STJUE de 21 de diciembre de 2016 (Gutiérrez Naranjo), *Diario La Ley*, núm. 23 de diciembre de 2016; CÁMARA LAPUENTE, S. (2017). Doce tesis sobre la STJUE de 21 de diciembre de 2016: su impacto en la jurisprudencia del TJUE y del Tribunal Supremo, no solo sobre la retroactividad de la nulidad de las cláusulas suelo. *Indret*, núm. 1, enero-marzo de 2017 (disponible en <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1287.pdf>) y de este mismo autor el trabajo de 2017, Un examen crítico de la STJUE de 21 de diciembre de 2016: nulidad retroactiva sí, falta de transparencia «abusiva» de las cláusulas suelo no. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, núm. 1, marzo de 2017, 384 y sigs. (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/3628/2197>); PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2017). Algunas notas sobre la STJUE de 21 de diciembre de 2016. *Indret*, núm. 1, enero-marzo de 2017 (disponible en <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1286.pdf>); y GÓMEZ GÁLLIGO, J. (2017). Comentarios a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, núm. 1, marzo de 2017, 430 y sigs. (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/3631/2201>).

¹² Cfr., a este respecto, entre otros, CAÑIZARES LASO, A. (2016). Efectos restitutorios..., *op. cit.*, 119-121; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2017). Algunas notas..., *op. cit.*, 10 y sigs.; CÁMARA LAPUENTE, S. (2017). Doce tesis..., *op. cit.*, 25 y sigs., y de este mismo autor el trabajo de 2017, Un examen crítico..., *op. cit.*, 394 y 395.

¹³ Artículo 510 LEC: «1. Habrá lugar a la revisión de una sentencia firme: 1.º Si después de pronunciada, se recobraren u obtuvieren documentos decisivos, de los que no se hubiere podido disponer por fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado. 2.º Si hubiere recaído en virtud de documentos que al tiempo de dictarse ignoraba una de las partes haber sido declarados falsos en un proceso penal, o cuya falsedad declarare después penalmente. 3.º Si hubiere recaído en virtud de prueba testifical o pericial, y los testigos o los peritos hubieren sido condenados por falso testimonio dado en las declaraciones que sirvieron de fundamento a la sentencia. 4.º Si se hubiere ganado injustamente en virtud de cohecho, violencia o maquinación fraudulenta. 2. Asimismo se podrá interponer recurso de revisión contra una resolución judicial firme cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya declarado que dicha resolución ha sido dictada en violación de alguno de los 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, sin que la misma pueda perjudicar los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas».

¹⁴ Esta STS 81/2016, de 18 de febrero, en su fundamento jurídico cuarto, al final, señala: «4. [C]abe concluir que la jurisprudencia del TJUE no ha desarrollado una doctrina acerca del problema de la revisión de resoluciones administrativas y judiciales firmes que permita afirmar que una sentencia posterior de dicho Tribunal posibilite revisar una sentencia firme dictada por un tribunal español. 5.- En nuestro ordenamiento jurídico no existe previsión legal respecto a dicha posibilidad de revisión. El legislador español ha tenido ocasión reciente de hacerlo, y sin embargo únicamente ha previsto un mecanismo especial de revisión cuando se trata de una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (apartado 2 del artículo 510 LEC, en redacción dada por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio) pero no ha incluido igual solución para las sentencias del TJUE».

¹⁵ Sobre esta cuestión, *vid.* entre otros, SAENZ DE JUBERA HIGUERO, B. (2021). Acuerdos novatorios..., *op. cit.*, 611 y sigs.