

## LA EFICACIA NO RETROACTIVA DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 9 DE MAYO DE 2013: PANORAMA JURISPRUDENCIAL CONTRADICTORIO UN AÑO DESPUÉS

**José Ignacio Atienza López**

*Secretario del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 41 de Madrid*

---

### EXTRACTO

Restitución o no de las cantidades indebidamente cobradas por las entidades de crédito en claro enriquecimiento injusto tras la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, que declaró nulas las cláusulas suelo incorporadas en los préstamos hipotecarios no debidamente informadas al consumidor. Irretroactividad de la sentencia no afectando la misma 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 la sentencia.

**Palabras claves:** préstamo hipotecario, cláusulas suelo y nulidad y *restitutio in integrum*.

---

*Fecha de entrada: 19-10-2014 / Fecha de aceptación: 31-10-2014*

## THE NOT RETROACTIVE EFFICIENCY OF THE JUDGMENT MAY 9, 2013: A YEAR JURISPRUDENCE CONTRADICTORY LATER

---

### ABSTRACT

Restitution or otherwise of amounts unduly levied by credit institutions in light of unjust enrichment following a decision by the Supreme Court on May 9, 2013, which declared null and void clauses soil incorporated into the mortgage not duly informed consumer. Non-retroactivity of the sentence not affecting the same situations definitely decided by judicial rulings with force of res judicata or to payments already made on the date of publication of the judgment.

**Keywords:** mortgage loan, soil terms, nullity and *restitutio in integrum*.

Como por todos es conocido, el pasado 9 de mayo de 2013 el Pleno de la Sala 1.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo (TS)<sup>1</sup> dictó una de esas sentencias que marcan un antes y un después en la protección de los consumidores al decidir que las cláusulas suelo incorporadas a los contratos de préstamo hipotecario son abusivas al no ser transparentes, de modo que realmente el consumidor, antes de estampar su firma en el contrato de préstamo hipotecario ha de tener un exhaustivo conocimiento de la cláusula suelo, su alcance y las consecuencias que tendrá en el precio que ha de pagar finalmente.

Solo el Ministerio Fiscal como recurrente (fundamento decimoséptimo de la sentencia) interesó que se concretase por el TS acerca del elemento temporal de la sentencia ya que «si se otorga este efecto retroactivo total, quedarían afectados los contratos ya consumados en todos sus efectos de modo que habría que reintegrar ingentes cantidades ya cobradas», lo cual es tanto como pedir al TS que se pronunciase sobre la retroactividad o no de la ejecutoria. Esta pretensión no integraba una de las pretensiones de AUSBANC (Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios) que solo pretendía la eliminación de las cláusulas suelo de los contratos y la imposibilidad de que fueran empleadas de nuevo en el futuro.

La llamada *restitutio in integrum*, o restitución completa de prestaciones, parece que iba de suyo que sería la consecuencia lógica del pronunciamiento del TS, pues este nace del artículo 1.303 del Código Civil cuyo texto es claro: «Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato con todos sus frutos y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes». Por lo tanto, con base en este precepto, declarada la ineficacia de la relación prestacional, habrá que suprimir todos los efectos como si nunca hubieran tenido vigencia.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) de 21 de marzo de 2013 a la que se refiere el numerado 286 de la sentencia del TS, dice que «según reiterada jurisprudencia, la interpretación que en el ejercicio de la competencia que le confiere el artículo 267 del TFUE hace que el Tribunal de Justicia de una norma de Derecho de la Unión aclara y precisa el significado y el alcance de dicha norma, tal y como debe o habría debido ser entendida y aplicada desde su entrada en vigor. De ello resulta que la norma así interpretada, puede y debe ser aplicada por el juez a relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de la sentencia que resuelva sobre la petición de interpretación, si además se reúnen los requisitos que permiten someter a los órganos jurisdiccionales competentes un litigio relativo a la aplicación de dicha norma».

<sup>1</sup> Véase el texto de esta sentencia en la Revista *Ceflegal* n.º 149 (junio 2013), pág. 108.

Por tanto, el TS, que como vemos parte de aceptar la eficacia retroactiva de esa declaración de nulidad, sin embargo vira radicalmente acudiendo al principio general de la seguridad jurídica del artículo 9.3 de la Constitución Española, afirmando que la eficacia general retroactiva de las declaraciones de nulidad no puede ser, en cuanto a sus efectos, impermeable a los principios generales del derecho, y remitiéndose a continuación a la Ley 30/1992 significando en su párrafo 287 de sus fundamentos que «las facultades de revisión no podrán ser ejercitadas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, o al derecho de los particulares o a otras leyes». Tras ello nos alude el TS a la corriente jurisprudencial de nuestro Tribunal Constitucional, que ha limitado en ocasiones los efectos retroactivos de la declaración de inconstitucionalidad, con alusión a varias sentencias. Igualmente trae a colación la STS de 13 de marzo de 2012, en la que se afirma que la *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.

Son varias las circunstancias que el TS recoge en el párrafo 293 de sus fundamentos para declarar la irretroactividad de la propia declaración de nulidad, pero uno de ellos ha de sobresalir con importancia propia: «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 la nulidad de las cláusulas controvertidas». Por ello su conclusión declara la irretroactividad de la sentencia no afectando la misma 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 la sentencia.

Dos cosas nos destacan especialmente llegados a este punto; por un lado, lo extraño de que AUSBANC solo ejerciese en esta litis la llamada acción de cesación o, lo que es lo mismo, que el TS condene a las entidades a cesar en la aplicación de las cláusulas suelo y a abstenerse de usarlas en el futuro, pero no instase nada respecto de la restitución de las cantidades indebidamente cobradas por las entidades en claro enriquecimiento injusto tras la sentencia. Y por otro, que el TS esté dispuesto por razones de «orden público económico» a permitir que el artículo 1.303 del Código Civil no se aplique a la parte más débil de la relación, pese a declarar simultáneamente que la entidad de crédito ha incumplido sus obligaciones de transparencia en la cláusula suelo.

A partir de todo ello, la Sentencia de 9 de mayo de 2013 no impide la pretensión de devolución de cantidades indebidamente cobradas, apoyándose los diferentes pleitos que con posterioridad se han producido en que esta sentencia no declara la irretroactividad de la nulidad de las cláusulas suelo en general. Los efectos de la sentencia tienen un marco limitado al pleito que tenía como demandante a AUSBANC y como demandadas a unas determinadas entidades bancarias, por lo tanto la sentencia no causa efectos extensivos más allá de la litis en la que se ha dictado. La restitución de cantidades tendrá lugar examinando los tribunales caso por caso, y en función

de las circunstancias concurrentes para cada uno. En este contexto es donde nos gustaría tratar de manifestar la situación nada uniforme que se observa tras una selección de sentencias dictadas por nuestras Audiencias Provinciales en esta materia y de ahí que se haya intitulado este trabajo como «panorama jurisprudencial contradictorio» en la materia.

Para tratar de hacer patentes las dos líneas de decisión (a favor y en contra de la restitución de cantidades) de nuestra jurisprudencia contradictorias entre sí, se han seleccionado y examinado las siguientes sentencias de nuestras Audiencias Provinciales: SSAP de Cáceres de 24 de febrero de 2014, de 20 de junio de 2013 y de 2 de octubre de 2013; SAP de Badajoz de 12 de septiembre de 2014 y de 14 de enero de 2014; SAP de Jaén de 25 de junio de 2014; SAP de Valencia de 9 de junio de 2014; SAP de Burgos de 28 de enero de 2014; SAP de Zaragoza de 8 de enero de 2014; SAP de Alicante de 4 de junio de 2014; SAP de Madrid de 27 de septiembre de 2013; SAP de Granada de 18 de octubre de 2013; SAP de Córdoba de 13 de mayo de 2014 y SAP de Albacete de 28 de abril de 2014, todas ellas favorables a la aplicación de los criterios de la STS de 9 de mayo de 2013, o lo que es lo mismo, partidarias de la irretroactividad del criterio del TS, que impide en cada caso juzgado la posibilidad de restitución de cantidades.

Sin ánimo de exhaustividad, referimos los principales argumentos empleados por esta corriente jurisprudencial, que ya adelantamos no resultan nada originales ni imaginativos:

- En las acciones individuales de los prestatarios contra las entidades financieras, se viene acordando por los tribunales la devolución de las cantidades indebidamente cobradas por ser un efecto inherente a la propia declaración de nulidad de la cláusula suelo en virtud del artículo 1.303 del Código Civil, pero no obstante, en este pronunciamiento hemos de seguir la línea jurisprudencial de la STS de 9 de mayo de 2013 considerando la irretroactividad de la sentencia que se dicta de tal forma que no afecta la misma 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 la sentencia. Se opta así por la no devolución de las cantidades en apelación amparándose en tal pronunciamiento, a pesar de que se trata de una acción individual que difiere de la del TS que era una acción colectiva de cesación.
- El criterio de que la declaración de nulidad por abusiva de las cláusulas suelo obliga a la restitución de cantidades indebidamente cobradas ha de ser revisado tras la STS de 9 de mayo de 2013, que resuelve esta cuestión, acogiendo sus razones y declarando la irretroactividad, siendo de obligada aplicación a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.6 del Código Civil.
- Para que la nulidad radical no juegue en la contratación bajo condiciones generales como una auténtica regla general de aplicación autónoma, sino que adapte su sanción al peculiar juicio de ineficacia funcional que comporta el control de esta práctica de la contratación. Planteamiento que puede derivarse de la interpretación sistemática del artículo 8.1 en relación con el 10.1 y 2 de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación en cuya virtud la no incorporación de la cláusula o la declaración de

nulidad no determinará la ineficacia total del contrato, si este pudiera subsistir sin tales cláusulas, extremo este sobre el que debe pronunciarse la sentencia como ha hecho el TS. Además se reconoce en esos preceptos el principio de infracción conforme al artículo 1.258 del Código Civil y, con ello, la posibilidad de que el juez valore la posible retroactividad que pueda derivarse conforme a los parámetros de la buena fe, el uso y la ley, y en extensión de esta última, el propio orden público económico.

- Acatando este precedente (se refiere a la STS de 9 de mayo de 2013), por la fuerza informadora de la jurisprudencia que el artículo 1.6 le atribuye y atendiendo a que indudablemente el mismo efecto de aplicación retroactiva de las acciones colectivas se puede obtener con la suma de la totalidad de acciones individuales ejercitadas, se han pronunciado ya algunos tribunales aceptando el criterio del Alto tribunal. Por ello la eficacia informadora del ordenamiento jurídico que la jurisprudencia del TS tiene y la exigencia de seguridad jurídica derivadas de la Constitución Española, llevan a esta Sala a aceptar el valor del precedente como doctrina jurisprudencial.
- Careciendo nuestro ordenamiento positivo de norma expresa que con carácter general, acoja el principio *utile per inutile non vitiatur* (lo válido no es viciado por lo inválido), en la singular situación enjuiciada la invalidez de parte del objeto principal del contrato, que sin embargo conserva sus restantes efectos, donde no existe la posibilidad de integración y reconstrucción equitativa del contrato, declarada contraria al derecho de la Unión por la STJUE de 14 de junio de 2012, parece justificado el abandono de los criterios generales en la materia y de los tradicionales inspirados en nuestro Código Civil, acudiendo en la singularidad de la controversia a otros principios como son algunos de los fijados por nuestro Alto Tribunal para en definitiva proclamar en este caso la irretroactividad del pronunciamiento de nulidad. Por tanto, en la difícil situación examinada entendemos que respecto a los efectos de la nulidad declarada, solo cabe estar a la autoridad del pronunciamiento del TS, concluyendo que la nulidad no afectará a los pagos ya efectuados en la fecha en que se pronunció la sentencia de instancia, debiendo restituir la demandada solo cualquier otro realizado después.

Los anteriores apartados no son sino simples antologías de los argumentos dados en las sentencias de apelación a favor de la irretroactividad de la cuestión que debatimos. Sin embargo, otras sentencias se han desvinculado de esta tesis para aceptar la contraria, destacándose las siguientes: SAP de Barcelona de 16 de diciembre de 2013, SAP de Málaga de 12 de marzo de 2014 (recurso 786/2012), SAP de Jaén de 27 de marzo de 2014 (recurso 284/2013), SAP de Álava de 9 de julio de 2013 y muy especialmente el voto particular de la SAP de Alicante de fecha 12 de julio de 2013 (recurso 84/2013). Veamos sus argumentos jurídicos:

- Debe aplicarse la regla general de la retroactividad en aplicación del principio *quod nullum est nullum effectum producit* y el artículo 1.303 del Código Civil al estar resolviendo en la acción particular y no haber con ello riesgos de trastornos graves en el orden público económico; por ello deben retrotraerse los efectos de la nulidad de la cláusula al momento en que se formalizó el contrato procediéndose a la

devolución de las cantidades cobradas como consecuencia de la declarada nula así como los intereses que correspondan.

- La negación del efecto retroactivo de la STS de 9 de mayo de 2013 responde a que la misma resuelve una acción colectiva de cesación y respecto de quienes eran parte en ese proceso, no ejercitándose en ese momento una acción accesoria de condena a la restitución. Por ello entiende la Sala que no es de aplicación ese pronunciamiento a la cuestión que mediante esta sentencia se resuelve, por ser una acción personal e individual de nulidad en la que además el prestatario solicita la devolución de las cantidades entregadas en concepto de esa cláusula. No concurre excepción alguna que impida la aplicación del artículo 1.303 del Código Civil.
- No comparto la decisión de que la eficacia de la declaración de nulidad de la cláusula suelo, calificada de abusiva y eliminada del contrato suscrito entre las partes, no alcance a las cantidades que, en virtud de la misma, la entidad bancaria ha venido cobrando indebidamente durante años a sus clientes y deba verse limitada, como acuerda la decisión mayoritaria de este tribunal, a las cantidades que aquella haya percibido, por la aplicación de dicha cláusula, desde el día 9 de mayo de 2013. Y ello, por varios motivos. El primero, y fundamental, por el principio jurisprudencial de «no vinculación» a las cláusulas abusivas, que ha sentado en numerosas resoluciones el TJUE, al interpretar la Directiva del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores. Esa Directiva, que inspira la legislación española sobre la materia (su transposición a la legislación española tuvo lugar con la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones generales de la Contratación), hace hincapié en la importancia de proteger a los consumidores contra las cláusulas contractuales abusivas, de modo que la protección debe ser proporcionada por las disposiciones legales y reglamentarias armonizadas a nivel comunitario. El artículo 6 de la Directiva es meridianamente claro al decir, en su número primero, que «Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre este y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si este puede subsistir sin las cláusulas abusivas». Este principio, que denomino de «no vinculación» a las cláusulas abusivas, ha sido reiterado en varias sentencias del TJUE:
  - a) STJUE de 30 de mayo de 2013: «La Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que el tribunal nacional que haya constatado de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual debe aplicar en cuanto sea posible sus reglas procesales internas de modo que se deduzcan todas las consecuencias que, según el Derecho interno, nacen de la constatación del carácter abusivo de la referida cláusula, para cerciorarse de que el consumidor no queda vinculado por esta».
  - b) Otra STJUE de 30 de mayo de 2013: «El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no permite al juez na-

cional, cuando haya determinado el carácter abusivo de una cláusula penal en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, limitarse a moderar el importe de la pena contractual impuesta por esa cláusula al consumidor, como le autoriza el Derecho nacional, sino que le obliga a excluir pura y simplemente la aplicación de dicha cláusula al consumidor».

- c) STJUE de 26 de abril de 2012: «En efecto, la aplicación de la sanción de nulidad de una cláusula abusiva con respecto a todos los consumidores que hayan celebrado, con el profesional de que se trate, un contrato al cual le sean de aplicación las mismas CG garantiza que dicha cláusula no vinculará a esos consumidores, y al mismo tiempo no excluye otro tipo de sanciones adecuadas y eficaces que prevean las normativas nacionales. Los órganos jurisdiccionales nacionales que comprueben el carácter abusivo de una cláusula de las CG están obligados, en virtud del artículo 6, apartado 1, de la Directiva, a aplicar todas las consecuencias que, según el Derecho nacional, se deriven de ello para que el consumidor no resulte vinculado por dicha cláusula (véase la sentencia Perenicová y Perenic, antes citada, apartado 30 y jurisprudencia citada). De ello se desprende que, cuando, en el marco de dicho procedimiento, haya sido declarada abusiva una cláusula de las condiciones generales de la contratación, los órganos jurisdiccionales nacionales deberán aplicar de oficio, también en el futuro, todas las consecuencias previstas por el Derecho nacional, para que los consumidores que hayan celebrado con el profesional de que se trate un contrato al cual le sean de aplicación las mismas condiciones generales no resulten vinculados por dicha cláusula». Entiendo que admitir que la cláusula abusiva pueda surtir efectos, en perjuicio del consumidor, supone tanto como admitir una vinculación parcial de este a dicha cláusula, lo que choca frontalmente, según mi criterio, con el principio de no vinculación establecido por el TJUE al interpretar la Directiva antes reseñada. Considero que la no vinculación no es graduable ni puede tener carácter parcial. Menos aún, que pueda depender de un dato tan aleatorio como la fecha de una sentencia dictada por el TS español. La no vinculación de los consumidores a las cláusulas abusivas supone, según mi opinión, una no vinculación absoluta e incondicional. Aceptar que los consumidores tengan que soportar los efectos de las cláusulas abusivas, declaradas nulas, supondría tanto como afirmar que deben quedar vinculados por dichas cláusulas durante periodos temporales inciertos e indeterminados, y estimo que ello es contrario a la construcción jurisprudencial antes expuesta. La no vinculación, para conceder una protección integral al consumidor, no solo ha de tener una proyección hacia el futuro (que se conseguirá con su nulidad y con la supresión de la cláusula abusiva en cuestión) sino también una vocación de pasado, de eliminar cualquier vestigio de su existencia, y ello solo se conseguirá si se hacen desaparecer sus efectos.

- En materia de contratación bancaria (en que existen grandes bancos que operan en la totalidad del mercado europeo, y comercializan unos mismos productos, utilizando en ellos idénticas cláusulas) se afectaría gravemente, a mi entender, la protección integral y paritaria de los consumidores a nivel comunitario, pudiendo darse lugar a injustificadas discriminaciones de trato dependiendo del Estado miembro, si se admitiera modulación en cuanto a la vinculación a las cláusulas abusivas declaradas nulas. Creo que la construcción jurisprudencial asentada por el TJUE va por el camino de la no vinculación generalizada a dichas cláusulas, tanto para el futuro como para el pasado. La legislación interna española tiene recursos más que conocidos (art. 1.303 del Código Civil, art. 83 del RDLeg. 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, arts. 9 y 10 de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación) para suprimir los efectos nocivos de la nulidad de una cláusula abusiva: se tendrá como no puesta y habrá lugar a la restitución de lo recibido, con sus intereses.

Como vemos, lejos de la uniformidad que cabía esperar tras la STS de 9 de mayo de 2013, la situación pide a gritos una demanda colectiva que ponga fin a esta situación de plena inseguridad jurídica para el ciudadano; demanda en la que debería pedirse aquello que AUSBANC no solicitó en su acción, por muy extraño que parezca.