

LA INCOMPATIBILIDAD CON LA DIRECTIVA 93/13  
DE LA LIMITACIÓN TEMPORAL DE LOS EFECTOS  
RESTITUTORIOS VINCULADOS A LA DECLARACIÓN  
JUDICIAL DEL CARÁCTER ABUSIVO DE UNA  
CLÁUSULA CONTRACTUAL

Comentario de la sentencia de 21 de diciembre de 2016,  
Gutiérrez Naranjo y otros

FRANCISCO PERTÍÑEZ VÍLCHEZ<sup>1</sup>  
pertinez@ugr.es

*Cómo citar/Citation*

Pertíñez Vílchez, F. (2017)

La incompatibilidad con la Directiva 93/13 de la limitación temporal de los efectos restitutorios vinculados a la declaración judicial del carácter abusivo de una cláusula contractual. Comentario de la sentencia de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros.

*Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 57, 671-688.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.57.08>

**Resumen**

La sentencia Gutiérrez Naranjo y otros declara que una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo de una cláusula es contraria al art. 6.1 de la Directiva 1993/13CE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre Cláusulas Abusivas en Contratos con Consumidores. En

---

<sup>1</sup> Profesor titular de Derecho Civil. Universidad de Granada.

este comentario se analizan alguno de los fundamentos sobre los que se asienta esta resolución, como el alcance de la obligación de transparencia del art. 4.2 de la Directiva, los límites de la remisión a la autonomía procesal de los Estados que realiza el art. 6.1 de la Directiva o la irrelevancia de la buena fe y del riesgo de graves trastornos económicos para justificar que un órgano judicial nacional pueda limitar en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo de una cláusula.

### **Palabras clave**

Cláusulas abusivas; transparencia; nulidad; objeto principal del contrato.

### **THE INCOMPATIBILITY WITH DIRECTIVE 93/13 OF THE TEMPORAL LIMITATION OF THE RESTITUTION EFFECTS CONNECTED WITH A JUDICIAL DECLARATION OF UNFAIRNESS OF A CONTRACTUAL CLAUSE. COMMENTARY ON THE JUDGMENT OF 21 DECEMBER 2016, GUTIÉRREZ NARANJO AND OTHERS**

### **Abstract**

The Judgment *Gutiérrez Naranjo* declares that a national case-law that temporally limits the restitution effects connected with a finding of unfairness of a clause by a court precludes article 6.1 Council Directive 13/1993/CE, of 5 April 1993, on unfair terms in consumer contracts. This paper analyzes some of the aspects on which this resolution is based: the scope of the transparency obligation of article 4.2 of Directive 1993/13/EC, the limits of the reference to the procedural autonomy of the states of article 6.1 of Directive 1993/13/EC or the irrelevance of good faith and of the risks of serious economic difficulties to justify that a national court may limit temporally the restitution effects connected with a finding of unfairness

### **Keywords**

Unfair terms; transparency; nullity; main subject matter of the contract.

### **INCOMPATIBILITÉ AVEC LA DIRECTIVE 93/13 DE LA LIMITATION DANS LE TEMPS DES EFFETS DE RESTITUTION LIÉS À UNE DÉCLARATION JUDICIAIRE DU CARACTÈRE ABUSIF D'UNE CLAUSE CONTRACTUELLE. COMMENTAIRE SUR L'ARRÊT DU 21 DÉCEMBRE 2016, GUTIERREZ NARANJO**

### **Résumé**

L'arrêt *Gutiérrez Naranjo e.a.* déclare qu'une jurisprudence nationale qui limite dans le temps les effets restitutoires, liés à la déclaration judiciaire du caractère abusif d'une clause s'oppose à l'article 6, paragraphe 1, de la directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les

consommateurs. Ce commentaire traite de quelques-uns des aspects sur lesquels ce jugement est fondé, tels que l'étendue de l'obligation de transparence de l'article 4.2 de la directive 13/199, les limites de référence à l'autonomie procédurale des États qui rend l'article 6.1 de cette directive ou la non-pertinence de la bonne foi et le risque de perturbation économique grave pour justifier la limitation dans le temps par une juridiction nationale des effets restitutives liés à la déclaration judiciaire du caractère abusif d'une clause

**Mot clés**

Clauses abusives; transparence; nullité; objet principal du contrat.

## SUMARIO

---

I. INTRODUCCIÓN. II. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL SOBRE EL CONTROL DE TRANSPARENCIA MATERIAL NO SUPERA EL ALCANCE DE LA PROTECCIÓN DEL ART. 4.2 DE LA DIRECTIVA 93/13. III. NO VINCULAR EN EL SENTIDO DEL ART. 6.1 DE LA DIRECTIVA 93/13 ES NO PRODUCIR NINGÚN EFECTO. IV. LA REMISIÓN A LA AUTONOMÍA DE LOS ORDENAMIENTOS NACIONALES DEL ART. 6.1 DE LA DIRECTIVA 93/13 NO PERMITE ESTABLECER UN RÉGIMEN DE INEFICACIA CON EFECTOS RESTITUTORIOS LIMITADOS EN EL TIEMPO. V. LA BUENA FE DEL CÍRCULO DE INTERESADOS Y LOS GRAVES TRASTORNOS AL ORDEN PÚBLICO ECONÓMICO NO PERMITEN A LOS ÓRGANOS JUDICIALES NACIONALES LIMITAR EN EL TIEMPO LOS EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DEL CARÁCTER ABUSIVO DE UNA CLÁUSULA. VI. CONCLUSIÓN: LA RIGIDEZ DE LAS CONSECUENCIAS DE LA DECLARACIÓN DEL CARÁCTER ABUSIVO DE UNA CLÁUSULA.

---

### I. INTRODUCCIÓN

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) *Gutiérrez Naranjo y otros*<sup>1</sup>, de 21 de diciembre de 2016, declara que una doctrina jurisprudencial, como la dictada por el Tribunal Supremo español (TS) en la Sentencia TS (Sala Civil), 241/2013, de 9 de mayo de 2013, y en la Sentencia TS (Sala Civil), 139/2015, de 25 de marzo de 2015, que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo de una cláusula a la fecha en la que se fijó el criterio jurisprudencial por el que se consideraba abusiva tal cláusula, resulta contraria a la Directiva 93/13 del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre Cláusulas Abusivas en Contratos con Consumidores<sup>2</sup> (en adelante «Directiva 93/13») y en particular a su art. 6.1, según el cual, los Estados miembros han de establecer que las cláusulas abusivas «no vincularán al consumidor en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales».

En concreto, la doctrina del TS que ha sido considerada contraria al art. 6.1 de la Directiva 93/13 disponía que, declarada nula por abusiva la cláusula

---

<sup>1</sup> Sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016, *Gutiérrez Naranjo y otros*, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15, EU:C:2016:980.

<sup>2</sup> *DOCE L*, 95, de 21-4-1993, p. 29-34.

que en los contratos de préstamos hipotecarios con consumidores establecía una limitación mínima a la variación del tipo de interés o cláusula suelo, la restitución vinculada a la nulidad de tal cláusula debía limitarse a las cantidades indebidamente cobradas por las entidades financieras desde 9 de mayo de 2013, fecha de la sentencia en la que se estableció el criterio jurisprudencial por el que las cláusulas suelo debían considerarse abusivas por no ser transparentes, de acuerdo con unos parámetros definidos en la propia Sentencia del TS (Sala Civil), 241/2013, de 9 de mayo de 2013. A pesar de que la norma nacional que disciplina los efectos restitutorios de la nulidad de un contrato, el art. 1303 del Código Civil español, no prevé ninguna limitación de la obligación de restituir derivada de la nulidad, el TS español justificó tal limitación en el caso de la nulidad de las cláusulas suelo por los graves trastornos al orden público económico que podría causar la restitución íntegra de las cantidades indebidamente cobradas y por la buena fe de las entidades financieras que incluyeron cláusulas suelo en sus contratos de préstamo hipotecario, trayendo a colación entre otros argumentos la doctrina del TJUE expresada en la sentencia TJUE *RWE Vertrieb*<sup>3</sup> y en la sentencia TJUE *Kanlinchev*<sup>4</sup>, según la cual el TJUE puede excluir la aplicación de la doctrina de sus propias sentencias a situaciones jurídicas nacidas con anterioridad, en caso de riesgo de graves trastornos, cuando además hubiera habido buena fe del círculo de interesados.

Además de la incuestionable importancia económica y jurídica de la sentencia del TJUE *Gutiérrez Naranjo* en el ordenamiento nacional español, resulta de gran interés desde el punto de vista del derecho comunitario, no solo porque aclara que la no vinculación de las cláusulas abusivas del art. 6.1 de la Directiva 93/13 ha de serlo con efectos *ex tunc*, sino además porque fija doctrina del TJUE sobre otras cuestiones trascendentes en relación con el control de las cláusulas abusivas en contratos con consumidores y sus consecuencias. Así, de la resolución comentada se desprende que:

- a. La doctrina sobre el control de transparencia material de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato instaurada por el TS (Sala Civil), Sentencia 241/2013, 9 de mayo de 2013, está en consonancia con la obligación de transparencia que predica el art. 4.2 de la Directiva 93/13, respecto de estas mismas cláusulas, y, por lo tanto, no supera el nivel de protección mínima de la directiva.
- b. La remisión que efectúa el art. 6.1 de la Directiva 93/13 a la autonomía de los ordenamientos nacionales para establecer las condi-

<sup>3</sup> Sentencia del TJUE de 21 de marzo de 2013, *RWE Vertrieb*, C-92/11, EU:C:2011:180.

<sup>4</sup> Sentencia del TJUE de 3 de junio de 2010, *Kanlinchev*, C-02/09, EU:C:2009:312.

- ciones de la no vinculación de las cláusulas abusivas no alcanza a la posibilidad de establecer un régimen de ineficacia *ex nunc* o con efectos restitutorios limitados en el tiempo.
- c. La protección de los consumidores por el derecho de la Unión tiene como límite el respeto a las normas nacionales sobre el efecto de cosa juzgada de las sentencias firmes.
  - d. La buena fe del círculo de interesados y los graves trastornos al orden público económico no pueden servir como fundamento a los órganos judiciales nacionales para limitar en el tiempo los efectos restitutorios derivados de la declaración del carácter abusivo de una cláusula.

En la exposición de estas cuestiones comenzaremos con una que tiene carácter preliminar: si la doctrina del TS español sobre el control de transparencia material de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato supera el alcance de la protección conferida a los consumidores por la Directiva 93/13, pues si así fuera, las consecuencias de la nulidad de una cláusula, como la cláusula suelo, por no superar este control de transparencia material, quedaría extramuros del art. 6.1 de la Directiva 93/13 y el Estado español tendría plena libertad para establecer el régimen de su ineficacia.

## II. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL SOBRE EL CONTROL DE TRANSPARENCIA MATERIAL NO SUPERA EL ALCANCE DE LA PROTECCIÓN DEL ART. 4.2 DE LA DIRECTIVA 93/13

El TS en la Sentencia (Sala Civil) 241/2013, de 9 de mayo de 2013, resolvió que las cláusulas suelo en contratos de préstamos hipotecarios a interés variable con consumidores no son intrínsecamente abusivas en todos los casos, sino solo cuando no superan el denominado segundo control de transparencia al que están sujetas las cláusulas relativas al objeto principal del contrato, esto es, al precio y a la contraprestación, para que las mismas puedan considerarse plenamente consentidas y en cuanto tales, válidas.

Siendo el primer control de transparencia, exigido en el ordenamiento jurídico español para cualquier condición general de la contratación por los requisitos de incorporación de los arts. 5 y 7 de la Ley 7/1998 de Condiciones Generales de la Contratación, de 14 de abril de 1998<sup>5</sup>, el de su inclusión en el contrato con una redacción clara y comprensible, el segundo control de trans-

<sup>5</sup> *BOE*, núm. 89 de 14 de abril de 1998.

parencia, al que se sujetan solo las cláusulas relativas al objeto principal del contrato, tiene por objeto que el consumidor conozca antes de la celebración del contrato la existencia de la cláusula en cuestión y la incidencia que puede tener sobre la carga económica del contrato durante su ejecución para que así pueda tomar su decisión de contratar con pleno conocimiento de causa, tras una comparación de la oferta con las demás existentes en el mercado. Cuando se trata de una cláusula financiera en un contrato de préstamo a interés variable, como es la cláusula suelo, el conocimiento real del impacto de la cláusula sobre el coste del crédito no se consigue mediante su mera inclusión en la escritura de préstamo con una redacción clara y comprensible, sino que se hace preciso una información precontractual adicional que contextualice los efectos de la referida cláusula sobre las obligaciones de pago del prestatario en distintos escenarios previsibles de evolución del índice de referencia. De ahí que la Sentencia TS (Sala Civil) 241/2013, de 9 de mayo de 2013, hubiera señalado como parámetros orientativos para conseguir esta finalidad exigencias informativas tales como proporcionar al consumidor en la fase precontractual simulaciones de escenarios diversos relacionados con la evolución razonablemente previsible del índice de referencia, aportar cuadros comparativos con el coste de otras modalidades de préstamo ofrecidas por la propia entidad sin cláusula suelo o información sobre el comportamiento previsible del índice de referencia cuando menos a corto plazo<sup>67</sup>. Si la cláusula suelo no supera este doble control de transparencia será abusiva por causar en contra de la buena fe un perjuicio para el consumidor, consistente en la alteración subrepticia del precio del contrato de crédito que aquel creía legítimamente haber pactado en función de la información precontractual incompleta proporcionada y en la consiguiente privación de la posibilidad de escoger entre las distintas ofertas existentes en el mercado la que resulta más conveniente<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> No han faltado críticas en la doctrina a esta jurisprudencia instaurada por la Sentencia TS (Sala Civil) 241/2013, de 9 de mayo de 2013, por imponer unas obligaciones de información excesivas y por haberlo hecho además en un procedimiento colectivo en el que se resolvía sobre una acción colectiva de cesación, al margen de las circunstancias del caso concreto, Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL, «¿Y ahora qué?», *Revista Indret*, núm. 1/2017, pp. 1-7, pp. 6 y 7.

<sup>7</sup> La Sentencia TS (Sala Civil), 171/2017, 9 de mayo de 2017 ha aclarado que estos parámetros son puramente orientativos y que la finalidad de un consumidor perfectamente informado sobre la repercusión económica de la cláusula suelo en el coste del crédito puede conseguirse por otros medios.

<sup>8</sup> Si bien según la Sentencia de 26 de enero de 2017, *Banco Primus*, C-421/14, EU:C:2017:60, el carácter abusivo de una cláusula no transparente relativa al objeto principal del contrato no se identifica con la sorpresa, sino con el carácter excesivo del

La cuestión que se plantea entonces es si esta doctrina jurisprudencial supera el nivel de protección ofrecido a los consumidores por la Directiva 93/13, en concreto por su art. 4.2, que en relación con las cláusulas que definen el objeto principal del contrato estipula que las mismas no se someterán a un control de abusividad, siempre que su redacción sea clara y comprensible. Literalmente, el art. 4.2 de la Directiva 93/13, de la misma manera que su art. 5, solo exige respecto de estas cláusulas claridad y comprensibilidad en su redacción. Por el contrario, la doctrina jurisprudencial del TS sobre el doble control de transparencia requiere unas exigencias informativas para la consecución de una transparencia real sobre el objeto principal del contrato que exceden con mucho la mera claridad y comprensibilidad gramatical de la cláusula, por lo que, en principio, cabría considerar que en este punto, el ordenamiento español, a través de dicha doctrina jurisprudencial, estaba haciendo uso de la facultad de prever disposiciones más estrictas que las dispuesta en la propia Directiva, dado su carácter de armonización mínima<sup>9</sup> y que, por lo tanto, la nulidad de las cláusulas suelo por falta de transparencia estaría fuera del ámbito de armonización y del alcance de las exigencias del art. 6.1 de la Directiva 93/13.

Sin embargo, la sentencia del TJUE *Gutiérrez Naranjo* recuerda que la exigencia de transparencia del art. 4.2 de la Directiva 93/13 —redacción clara y comprensible— ha sido interpretada por el propio TJUE en las sentencias *Kásler* y *Bucura*<sup>10</sup> en el mismo sentido en que el TS español ha concebido el deber de transparencia respecto de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato. Dichas sentencias del TJUE proclaman que la exigencia de claridad y comprensibilidad de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato y a la adecuación entre precio y contraprestación derivada del art. 4.2 de la Directiva 93/13 no puede reducirse solo al carácter comprensible de estas en un plano formal y gramatical, sino que debe entenderse de manera extensiva, de modo que un adherente pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo<sup>11</sup>.

---

precio resultante, en relación con el precio medio de mercado en el momento del préstamo. Fallo este que, desde luego, resulta criticable, puesto que en una economía de mercado, el precio lo determina la oferta y la demanda y no le está dado al derecho pronunciarse acerca de cuándo un precio resulta excesivo, por ser esta una cuestión metajurídica.

<sup>9</sup> Facultad reconocida en relación con el consabido art. 4.2 por la Sentencia del TJUE de 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C-408/08, EU:C:2010:316.

<sup>10</sup> Sentencias del TJUE, de 30 de abril de 2014, *Kásler* y *Káslerne Rabai*, C-26/13, EU:C:2014:282, y de 9 de julio de 2015, *Bucura*, C-384/14, EU:C:2015:447.

<sup>11</sup> Es cierto que la doctrina sobre el doble control de transparencia del TS instaurada por la Sentencia TS (Sala Civil), 241/2013, 9 de mayo de 2013, es anterior a la interpretación

Esta interpretación entronca perfectamente con la finalidad del art. 4.2 de la Directiva 93/13 que era la de excluir del juicio de abusividad la adecuación o el equilibrio entre el precio y la contraprestación, por ser esta una cuestión metajurídica, concerniente al mercado, sobre la que despliega plenamente sus efectos el principio de autonomía de la voluntad, siempre y cuando el consumidor estuviera perfectamente informado, pues la información es presupuesto del consentimiento sobre el objeto principal del contrato<sup>12</sup>.

---

extensiva del deber de redacción clara y comprensible del art. 4.2 de la Directiva 1993/13/CE efectuada por el TJUE, que se introduce por primera vez en la TJUE en la sentencia del TJUE *Kásler y Káslerne Rabai*, cit. Poca importancia tiene, sin embargo, este dato, pues como ya había señalado el abogado general Mengozzi en sus conclusiones de 13 de julio de 2016 en este mismo asunto (EU:C:2016:552), «la sentencias de 30 de abril de 2014, *Kásler y Kálerné Rábai*, y de 9 de julio de 2015, *Bucura*, no son sino el desarrollo lógico de toda una serie de sentencias anteriores, entre las que figura la sentencia de 21 de marzo de 2013, *RWE Vertrieb* a la que el TS hace abundantemente referencia en su sentencia de 9 de mayo de 2013 y que ya subrayaba la relación existente entre la exigencia de transparencia establecida en el art. 5 de la Directiva 93/13 y la importancia fundamental de la información previa a la celebración del contrato para garantizar el consentimiento informado del consumidor». En contra, Ricardo PAZOS CASTRO, «La retroactividad de las cláusulas suelo según el TJUE: luces y sombras», *La Ley Unión Europea*, núm. 45, 2017, pp. 1-24, p. 5, arguye que «aunque hoy en día no hay ninguna duda de que la Directiva de cláusulas abusivas impone un deber de transparencia material, no lo era así cuando recayó la STS 9 de mayo de 2013», siendo así que para este autor el momento relevante para valorar si el ordenamiento español superó el alcance de la protección de la Directiva 93/13 era la fecha en la que se sentó la referida doctrina jurisprudencial y no el momento en el que el TJUE está enjuiciando su conformidad al derecho comunitario.

<sup>12</sup> Que el art. 4.2 de la Directiva 1993/13/CE implica respecto del objeto principal del contrato una obligación de transparencia superior a la mera claridad y comprensibilidad es algo que ya había sido apreciado por sus primeros comentaristas: Peter ULMER, «Zur Anpassung des AGB-G an die EG-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln», *Europäisches Zeitschrift Wirtschaftsrecht*, 1993, p. 335-349, p. 338 y en la doctrina italiana Vincenzo RIZZO, *Trasparenza e contratto del consumatore*, Ed. Edizioni Scientifiche Italiane (collana Quaderni della Rassegna di diritto civile), Nápoles, 1997, p. 60. En época más reciente, Hans-W. MICKLITZ, «Chapter 3. Unfair Terms in Consumer Contracts», en Norbert REICH, Hans-W. MICKLITZ, Peter ROTT and Klaus TONER (eds.), *European Consumer Law*, 2nd ed., Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland, 2014, pp. 125-165, p. 144, ha señalado que la transparencia requerida por el art. 4.2 de la Directiva UE/13/1993 no dependía solamente de la claridad y comprensibilidad de las condiciones contractuales, toda vez que el principio de transparencia tiene una función competitiva, la de permitir que el consumidor esté en disposición de decidir si realiza un contrato más ventajoso y considera que esta nueva perspectiva ya

En consecuencia, resuelve esta cuestión la sentencia del TJUE *Gutiérrez Naranjo* (apdo. 51) declarando que la doctrina del TS sobre el doble control de transparencia de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato, como es el caso de las cláusulas suelo, no excede el ámbito de protección de la Directiva 93/13 y, por lo tanto, la declaración del carácter abusivo de una de estas cláusulas por falta de información está comprendida dentro del ámbito de aplicación del art. 6.1 de la Directiva 93/13<sup>13</sup>.

### III. NO VINCULAR EN EL SENTIDO DEL ART. 6.1 DE LA DIRECTIVA 93/13 ES NO PRODUCIR NINGÚN EFECTO

El núcleo de la fundamentación de la sentencia del TJUE *Gutiérrez Naranjo* se encuentra en su apdo. 61, en el que dispone que la no vinculación de

---

había sido tenida en cuenta por el TJUE en la Sentencia TJUE RWE Vertrieb AG/Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen eV, C-92/11, EU:C:2011:180, de 21 de marzo de 2013 (apdos. 49 a 59).

<sup>13</sup> En contra del criterio sostenido al respecto por la sentencia del TJUE *Gutiérrez Naranjo*, Sergio CÁMARA LAPUENTE, «Doce tesis sobre la STJUE 21 diciembre 2016», *Revista Indret*, núm. 1/2017, pp. 1-32, pp. 13 y 14, considera que si bien la doctrina del TS, Sentencia 241/2013, de 9 de mayo de 2013, del doble control de transparencia, ciertamente no supera el deber de protección de la Directiva UE/1993/13 en lo que respecta a la exigencia de transparencia de las cláusulas que definen el objeto principal del contrato, sí que lo supera en cuanto que conecta esta falta de transparencia con el carácter abusivo de una cláusula, conexión que no ve el citado autor en la Directiva 1993/13/CE, pues entiende que la única consecuencia de la lesión del deber de transparencia en la Directiva es la regla de la interpretación *contra proferentem* del art. 5.2. A juicio de Cámara Lapuente solo la interpretación de la Directiva bajo el cristal de la doctrina alemana, imperante según el entre los magistrados del TJUE de la UE en los últimos años, permite abrazar esta conexión entre falta de transparencia de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato y la consecuencia de la «abusividad». Una crítica extensa al planteamiento de Cámara puede verse en Francisco PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *La nulidad de las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 85 a 94 y 108 a 115». Aquí basta con señalar que la propia dicción del art. 4.2 de la Directiva UE/1993/13 permite concluir que siempre que una cláusula referida a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación de la relación entre precio y contraprestación no sea transparente quedará sometida a un juicio sobre su carácter abusivo. Eso no parece cuestionable, sin perjuicio de que no pueda darse por zanjada la discusión acerca de cuáles sean los parámetros con arreglo a los cuales enjuiciar el carácter abusivo de estas cláusulas en caso de falta de transparencia.

las cláusulas abusivas del art. 6.1 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido, de manera que no podrá tener efectos frente al consumidor. Por lo tanto, la declaración del carácter abusivo de una cláusula tendrá como consecuencia el restablecimiento de la situación de hecho y de derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula, lo que implica que el consumidor ha de recibir una restitución íntegra de las cantidades indebidamente pagadas en virtud de tal cláusula (apdo. 63). Ha aclarado, por lo tanto, el TJUE que la no vinculación que impone el art. 6.1 de la Directiva 13/1993 de las cláusulas declaradas abusivas, no lo es solamente a futuro (*ex nunc*), sino que lo es también respecto de los efectos ya consumados (*ex tunc*).

Desde un punto de vista semántico, no vincular es no producir ningún efecto, ni en el futuro, tras la declaración judicial del carácter abusivo de la cláusula, ni en el pasado, sin que tenga ninguna relevancia la utilización de un tiempo futuro «no vincularán» en la literalidad del art. 6.1 de la Directiva 13/1993, como ya había advertido en las sus conclusiones de 13 de julio el abogado general Mengozzi<sup>14</sup>. Pero en la fundamentación de la sentencia del TJUE *Gutiérrez Naranjo*, por encima del criterio semántico —siempre resbaladizo cuando se trata de interpretar las fuentes del derecho comunitario y sus respectivas traducciones— importan las razones teleológicas, pues el objetivo de la Directiva 93/13, expresado en su art. 7.1, que es el cese del uso de cláusulas abusivas en los contratos entre profesionales y consumidores, requiere que las cláusulas abusivas no produzcan ningún efecto, desde dos puntos de vista. En primer lugar, la admisión de una nulidad sin plenos efectos restitutorios, lejos de disuadir la inclusión por los profesionales de cláusulas abusivas en sus contratos, podría ser un incentivo para lo contrario, puesto que aquellos podrían esperar que si una cláusula incluida en sus contratos fuera declarada abusiva por una resolución judicial al menos podría producir el efecto querido por el profesional hasta ese momento (apdos. 61 a 63)<sup>15</sup>. Por otra parte, una jurisprudencia nacional que limite en el tiempo los efectos jurídicos derivados de la declaración del carácter abusivo de una cláusula contractual,

<sup>14</sup> EU:C:2016:552.

<sup>15</sup> La sentencia del TJUE *Gutiérrez Naranjo* enmienda en este punto las conclusiones del abogado general Mengozzi de 13 de julio de 2016, para quien, pese a la restricción de los efectos retroactivos de la cláusula suelo, el efecto disuasorio de la Directiva quedaría plenamente garantizado, ya que todo profesional que con posterioridad al 9 de mayo de 2013 introdujera tales cláusula en sus contratos —de manera no transparente, habría que añadir— sería condenado a eliminarlas y a devolver las cantidades abonadas en virtud de las mismas y en consecuencia el comportamiento de los profesionales se vería necesariamente modificado a partir del 9 de mayo de 2013.

solo protege al consumidor frente al empleo de cláusulas abusivas de manera incompleta e insuficiente y no constituye un medio eficaz para que cese el uso de tal cláusula (apdo. 73).

En definitiva, la sentencia del TJUE *Gutiérrez Naranjo* realiza una interpretación estricta, sin fisuras ni excepciones, de la consecuencia de la no vinculación de las cláusulas declaradas abusivas del art. 6.1 de la Directiva 13/1993, en la misma línea que la precedente sentencia TJUE, de 14 de junio de 2012, *Banco Español de Crédito*<sup>16</sup>, que consideró contraria al art. 6.1 de la Directiva 13/1993 una norma nacional que atribuía al juzgador nacional la facultad de moderar el contenido de una cláusula declarada abusiva —en concreto el art. 83 del Texto Refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 30 de noviembre de 2007<sup>17</sup> en su redacción primitiva— por suponer esta moderación una forma de admitir en cierta medida el carácter vinculante de la cláusula declarada abusiva<sup>18</sup>.

#### IV. LA REMISIÓN A LA AUTONOMÍA DE LOS ORDENAMIENTOS NACIONALES DEL ART. 6.1 DE LA DIRECTIVA 93/13 NO PERMITE ESTABLECER UN RÉGIMEN DE INEFICACIA CON EFECTOS RESTITUTORIOS LIMITADOS EN EL TIEMPO

Una cuestión capital de este asunto, que podría haber decantado la solución del TJUE en un sentido contrario, era si la remisión a la autonomía de los ordenamientos nacionales prevista en el art. 6.1 de la Directiva 93/13, al establecer que las cláusulas abusivas no vinculen a los consumidores «en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales», podía incluir la libertad de los Estados para establecer un régimen de ineficacia o no vinculación de las cláusulas abusivas que admitiese la limitación en el tiempo de los efectos de la ineficacia.

<sup>16</sup> Asunto C/618-10, EU:C:2012:349.

<sup>17</sup> *BOE*, núm. 287, de 30 de noviembre de 2007.

<sup>18</sup> Con contundencia, en ese mismo asunto *Banco Español de Crédito*, las conclusiones de la abogada general Trstenjak, C/618-10, EU:C:2012:74, punto 84, disponen que «esta disposición (el art. 6.1 de la directiva 13/1993) es, en el ámbito al que se extiende, imperativa para los Estados miembros, de modo que no se admiten excepciones. Conforme a su finalidad, el art. 6, apartado 1, de la Directiva debe llevar, también al ser transpuesto, a la consecuencia jurídica, imperativa e ineludible por vía contractual, del carácter no vinculante».

Las conclusiones del abogado general Mengozzi de 13 de julio de 2016 en el punto 64 daban una respuesta afirmativa a esta cuestión, con el argumento de que en caso contrario, esto es, si debiera interpretarse que el art. 6.1 de la Directiva 1993/13 imponía a los Estados miembros que ante una cláusula declarada abusiva el juez nacional debía reconocer siempre un derecho a una *restitutio ad integrum*, quedaría privada de todo efecto útil esta remisión expresa a los derechos nacionales contenida en el art. 6.1 de la Directiva.

Partiendo de esta premisa, las conclusiones del abogado general Mengozzi seguían un *iter* argumental por el que la doctrina jurisprudencial del TS de la limitación en el tiempo de los efectos restitutorios de la nulidad de la cláusula suelo sería conforme a derecho de la Unión, siempre que esta doctrina no fuese contraria a los principios de equivalencia y efectividad, únicos límites del derecho de la Unión a la autonomía procesal de los Estados<sup>19</sup>.

Pero las conclusiones del abogado general Mengozzi resultaban en este punto contrarias a la doctrina del TJUE expresada en la precedente sentencia TJUE, de 14 de junio de 2012, *Banco Español de Crédito*, cuyo apdo. 62 afirmaba

---

<sup>19</sup> Según las mismas conclusiones del abogado general Mengozzi, la limitación en el tiempo de los efectos de la declaración de una cláusula suelo no contravenía el referido principio de efectividad, dado el carácter excepcional de esta doctrina, justificada en el caso concreto de las cláusulas suelo por las repercusiones macroeconómicas que la restitución de las entidades indebidamente cobradas tendría sobre el sistema bancario español (punto 74). Además, consideró, de manera ciertamente sorprendente, que el reequilibrio de las prestaciones no requeriría necesariamente la restitución de las cantidades indebidamente cobradas en virtud de la cláusula suelo porque el consumidor afectado por tal cláusula podía fácilmente cambiar de entidad bancaria mediante una novación modificativa del contrato y porque la aplicación de la cláusula no había tenido como consecuencia una modificación sustancial del importe de las mensualidades debidas por los consumidores (punto 73). Por lo que respecta al principio de equivalencia, se sostiene en las conclusiones del abogado general Mengozzi que el TS no reserva la posibilidad de limitar los efectos en el tiempo de sus sentencias a los litigios en los que resulta aplicable el derecho de la Unión y que ya ha recurrido a esa posibilidad en controversias puramente internas (punto 69). Ciertamente, tal y como cita la propia Sentencia TS, 241/2013, de 9 mayo 2013, precedentemente el TS, en la Sentencia TS (Sala Civil), 118/2012, de 13 de marzo de 2012, había limitado en el tiempo los efectos de la declaración de nulidad de un contrato desde la Sentencia, pero se trataba de un supuesto totalmente distinto, el de un contrato de prestación de acceso a una plataforma digital y la razón de la eficacia meramente *ex nunc* de la Sentencia nada tenía que ver con trastornos al orden público económico, la buena fe del círculo de los interesados o la seguridad jurídica, sino con el posible enriquecimiento injusto que la restitución de lo pagado habría producido para el consumidor que habría disfrutado de un servicio sin contraprestación.

que el art. 6.1 de la Directiva 1993/13, si bien reconoce a los Estados miembros cierto margen de autonomía en lo que atañe a la definición del régimen jurídico aplicable a las cláusulas abusivas, les impone expresamente la obligación de establecer que tales cláusulas no vincularán.

En este mismo sentido, la sentencia del TJUE *Gutiérrez Naranjo*, en contra del criterio expresado en las conclusiones del abogado general Mengozzi, aclara en su apdo. 65 que la regulación por el derecho nacional de la protección que la Directiva 93/13 garantiza a los consumidores no puede modificar la amplitud de tal protección ni, por tanto, su contenido sustancial. En consecuencia, limita el alcance de la remisión a la autonomía nacional de los Estados miembros del art. 6.1 de la Directiva a las condiciones con arreglo a las cuales ha de declarar el carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato y se han de materializar los efectos jurídicos concretos de tal declaración (apdo. 66). Es decir, la autonomía de los Estados miembros a la que se refiere el art. 6.1 de la Directiva 93/13 lo es solamente en cuanto al régimen procesal que determina las condiciones de ejercicio y ejecución de la declaración de no vinculación —con el límite que a esta autonomía procesal marcan los principios comunitarios de efectividad y equivalencia—, pero no lo es en absoluto para establecer excepciones sustanciales del derecho del consumidor a no estar vinculado por una cláusula abusiva.

Esta interpretación restrictiva de la remisión del art. 6.1 de la Directiva 1371993/CE a los ordenamientos nacionales, en contra de lo que consideró el abogado general Mengozzi en sus conclusiones, no supone privarle de cualquier efecto útil, sino que, aún interpretada de manera limitada, tal remisión tiene pleno sentido para que los Estados determinen con arreglo a sus distintos regímenes de ineficacia (nulidad de pleno derecho, anulabilidad, nulidad relativa, inoponibilidad, etc.) diversos aspectos del régimen de la no vinculación de las cláusulas abusivas, como la posible competencia de una autoridad administrativa para declarar abusiva una cláusula, el plazo de prescripción o la legitimación procesal, entre otras cuestiones.

## V. LA BUENA FE DEL CÍRCULO DE INTERESADOS Y LOS GRAVES TRASTORNOS AL ORDEN PÚBLICO ECONÓMICO NO PERMITEN A LOS ÓRGANOS JUDICIALES NACIONALES LIMITAR EN EL TIEMPO LOS EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DEL CARÁCTER ABUSIVO DE UNA CLÁUSULA

La Sentencia TS, núm. 241/2013, de 9 mayo 2013, había justificado la limitación en el tiempo de la restitución de las cantidades indebidamente cobradas en virtud de una cláusula suelo declarada abusiva por los graves tras-

tornos al orden público económico que causaría la restitución íntegra y por la buena fe de las entidades financieras que habían incluido cláusulas suelo en sus contratos cumpliendo con los (mínimos) requerimientos de la normativa sobre transparencia bancaria existentes en el momento de la perfección de los contratos. Es decir, el TS consideraba que un órgano judicial nacional podía aplicar para limitar los efectos en el tiempo de sus propias resoluciones la misma doctrina comunitaria expresada en las ya citadas sentencias del TJUE *RWE Vertrieb AG* y *Kanlinchev*, por la que el TJUE puede limitar en el tiempo la aplicación de la doctrina emanada de sus propias sentencias en la interpretación que realiza del derecho comunitario, a fin de evitar que se cuestionen relaciones establecidas de buena fe al amparo de una normativa nacional considerada válida cuando exista además un riesgo de trastornos económicos graves.

Por esta razón, en el planteamiento de las cuestiones prejudiciales de los asuntos acumulados C-154/2015, C-307/2015 y C-308/2015, que dieron origen a la sentencia del TJUE *Gutiérrez Naranjo*, se cuestionaba al TJUE acerca del significado de la buena fe del círculo de interesados y de los graves trastornos al orden público económico como criterios que, de acuerdo con la doctrina comunitaria expresada, pudieran eventualmente justificar una limitación en el tiempo de los efectos de las sentencias dictadas por un órgano nacional. La sentencia del TJUE *Gutiérrez Naranjo* (apdo. 78), una vez que ha resuelto que no vincular es no producir ningún efecto, no considera procedente dar respuesta a estas cuestiones prejudiciales, lo que pone de manifiesto que la buena fe del círculo de interesados y el riesgo de graves trastornos al orden público económico no permiten justificar que un órgano judicial nacional limite temporalmente los efectos de la no vinculación de las cláusulas declaradas abusivas.

Queda claro entonces que la doctrina del TJUE, expresada en las ya referidas sentencias del TJUE *RWE Vertrieb* y *Kanlinchev*, no puede ser invocada por un órgano judicial nacional para limitar en el tiempo los efectos de la declaración de una cláusula abusiva, como hizo la Sentencia del TS (Sala Civil), 241/2013, de 9 mayo 2013.

En este mismo sentido, la sentencia del TJUE *Gutiérrez Naranjo* (apdo. 13) aclara que solamente al propio TJUE le compete y no a los tribunales nacionales 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. La razón es obvia, pues si los Estados dispusieran de libertad para decidir sobre la irretroactividad de la doctrina dictada por el TJUE en la interpretación de una norma comunitaria, esa misma norma no se estaría aplicando de manera uniforme en todos los estados.

## VI. CONCLUSIÓN: LA RIGIDEZ DE LAS CONSECUENCIAS DE LA DECLARACIÓN DEL CARÁCTER ABUSIVO DE UNA CLÁUSULA

La sentencia del TJUE *Gutiérrez Naranjo* y la precedente sentencia TJUE *Banco Español de Crédito*, interpretan el significado de la no vinculación del art. 6.1 de la Directiva 93/13 de una manera estricta, que no deja ningún resquicio a la producción del más mínimo efecto por una cláusula que haya sido declarada abusiva: ni a través de la moderación judicial de la cláusula o de su reducción al límite de una regulación que pudiera considerarse equilibrada (sentencia del TJUE *Banco Español de Crédito*), ni a través de una limitación en el tiempo de la obligación de restituir las cantidades que se hubieran cobrado indebidamente en virtud de la misma (sentencia del TJUE *Gutiérrez Naranjo*).

Ningún expediente posible puede atenuar esta rigidez: ni la remisión del propio art. 6.1 de la Directiva 93/13 a la autonomía de los Estados, ni el riesgo de trastornos graves, ni la buena fe del predisponente que podía confiar en estar actuando conforme a derecho en el momento de la celebración del contrato. El hecho de que en la fundamentación de la sentencia del TJUE *Gutiérrez Naranjo* se incluya por dos veces el término «en principio», en referencia al restablecimiento de la situación de hecho y de derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula (apdo. 61) y en referencia a la restitución íntegra de los importes ya pagados (apdo. 63), no puede considerarse como un elemento de flexibilización de la rigidez con la que se ha interpretado las consecuencias de la no vinculación, pues la contundencia del fallo de la sentencia del TJUE *Gutiérrez Naranjo* no lo permite<sup>20</sup>. Más bien, la inclusión del término «en principio» parece una forma de prevención por parte del TJUE ante ciertas circunstancias excepcionales, que desde luego no eran las del litigio principal de la sentencia del TJUE *Gutiérrez Naranjo*, en las que la restitución íntegra de lo pagado en virtud de una cláusula abusiva pudiera suponer un enriquecimiento injusto para el consumidor, por ejemplo, por resultar la cantidad indebidamente pagada en virtud de una

---

<sup>20</sup> De hecho, el TS, Sentencia 132/2017, de 24 de febrero de 2017, rechaza el planteamiento de una cuestión prejudicial, propuesta por la entidad recurrente, en el sentido de que se preguntase al TJUE en qué circunstancias, por qué causas y con arreglo a qué criterios podría limitarse o excluirse el efecto restitutorio de la declaración judicial de abusividad de una cláusula, puesto que niega cualquier relevancia a la utilización del término «en principio» en la argumentación de la sentencia del TJUE *Gutiérrez Naranjo*.

cláusula abusiva la retribución de una contraprestación ya disfrutada por el consumidor que por su naturaleza no resultase restituible<sup>21</sup>.

La rigidez en la interpretación de la no vinculación de las cláusulas abusivas pone de manifiesto una cierta paradoja en el régimen de las cláusulas abusivas derivado de la Directiva 93/13: el juzgador nacional dispone de un amplio margen de discrecionalidad para decidir cuándo una cláusula abusiva conforme a la cláusula general del art. 3.1 de la Directiva 93/13, pero una vez que ha declarado abusiva la cláusula, no tiene ningún margen para decidir sobre las consecuencias de esa declaración de abusividad, antes bien tiene la obligación de dictar, incluso de oficio, una sentencia por la que se eliminen totalmente los efectos que haya podido producir la cláusula.

Es obvio que tras esta rigidez de las consecuencias de la declaración del carácter abusivo de la cláusula subyace un componente sancionador o, si se prefiere, disuasorio, pero cabe plantearse si a la vista de las amplias facultades de los órganos judiciales nacionales para declarar una cláusula abusiva, no debería concederse también a los mismos órganos judiciales un cierto margen de flexibilidad para adaptar las consecuencias de la declaración del carácter abusivo de la cláusula a las circunstancias de cada caso<sup>22</sup>.

Es cierto que cuando un órgano judicial nacional establece un nuevo criterio conforme al cual una cláusula pasa a ser considerada abusiva está alterando en cierta medida un *status quo* preexistente: una cláusula hasta ese momento considerada válida, pasa a ser considerada nula y, en ese sentido, la labor judicial en la aplicación de las normas nacionales de transposición de la cláusula general del art. 3.1 de la Directiva 93/13 puede considerarse como una función cuasi normativa y la aplicación del nuevo criterio jurisprudencial conforme al cual una cláusula pasa a considerarse abusiva podría reclamar en aras de la seguridad jurídica una cierta transitoriedad. No ha sido ese el criterio del TJUE en la sentencia del TJUE *Gutiérrez Naranjo*. Prevalece el principio de protección del consumidor frente al empleo de cláusulas abusivas

---

<sup>21</sup> CÁMARA, *op. cit.* p.11.

<sup>22</sup> La rigidez de la interpretación del art. 6.1 de la Directiva 93/13, en cuanto a la prohibición de moderar o incluso de integrar con el derecho dispositivo una cláusula declarada abusiva ya está produciendo resultados distorsionadores en el derecho español en relación a la nulidad de las cláusulas de vencimiento anticipado en contratos de préstamos hipotecarios por impago de una sola cuota. En puridad, declarada abusiva esta cláusula, no siendo posible la moderación, ni la integración de la misma con el derecho dispositivo, el acreedor hipotecario quedaría desprovisto de la posibilidad de dar por vencido anticipadamente el crédito aun en el caso de impago de tres o más cuotas mensuales como permite el art. 693.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, *BOE*, núm. 7, de 8 de enero de 2000.

y la consecución del fin de la Directiva 93/13 del cese del empleo de las mismas sobre la tutela de la seguridad jurídica del profesional que se haya podido ver eventualmente sorprendido por la calificación sobrevenida de una cláusula como abusiva. A fin de cuentas, si la cláusula es calificada como abusiva, de acuerdo con el art. 3.1 de la Directiva 93/13, es porque ya en el momento de la celebración del contrato su inclusión resultaba contraria a la buena fe.