

Consecuencias de nulidad de la cláusula suelo. Integración del contrato: ineficacia parcial y modulación del efecto retroactivo

En primer lugar, FD 16º, párrafo 265 y ss, la STS 9 mayo 2013 declara, en el caso enjuiciado, la nulidad relativa de las cláusulas suelo predisuestas sin afectar, por tanto, a la validez del resto del contrato de préstamo hipotecario a interés variable, que subsiste ya sin la citada cláusula suelo. En segundo lugar, dicha nulidad, añade la Sentencia, FD 17º, párrafos 277 y ss, no da lugar a efecto retroactivo, de forma que no afecta a situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales de cosa juzgada, ni a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esta Sentencia.

Francisco Javier Orduña Moreno,
Magistrado de la Sala Primera del Tribunal Supremo. Catedrático de Derecho Civil.

La cuestión de la nulidad relativa (ineficacia parcial del contrato) **resulta coherente con la aplicación excepcional que en nuestro sistema jurídico tiene la sanción de la nulidad radical**, sobre todo a tenor de la preferencia dada al principio de conservación de los actos y negocios jurídicos ya como canon interpretativo, o bien como propio principio general; por todas, **STS 15 enero 2013** (núm. 827/2012). Pero también, respecto a la naturaleza y función de esta práctica de la contratación cuya posible ineficacia no deriva de un vicio estructural del consentimiento prestado, y relevante para su inicial validez y posterior eficacia, sino de unos presupuestos funcionales de equilibrio prestacional y de transparencia que, una vez contrastados, puedan determinar que la ejecución del contrato siga siendo útil para los intereses del adherente, o para la calidad de este ámbito de la contratación. A este sentido responde la legislación especial en la materia, tanto de condiciones generales como de protección de consumidores, en donde los arts. 9.2 y 10 LCGC y 83.2 TRLGDCU, permiten al Juez "aclarar la eficacia del contrato" o "integrar el contrato" declarando la nulidad del mismo solo cuando la cláusula afecte a un elemento esencial (art. 1261 CC), o la posible integración determine una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada. En parecidos términos, el art. 12 LCGC permite dicha integración en el caso concreto de la acción de cesación.

En este contexto, **la nulidad relativa que declara la sentencia no plantea excesivos problemas de interpretación en orden a la subsistencia del contrato celebrado** pues, acorde con la normativa examinada, la nulidad de la cláusula suelo no afecta a la

esencia del contrato, ya como objeto principal, o bien como elemento esencial, ni determina una situación no equitativa en la posición de las partes, la Entidad bancaria sigue percibiendo el interés variable que resulte aplicable y que, en el fondo, se correspondía con su oferta contractual.

Mayores problemas de valoración presenta la no estimación del efecto retroactivo que, en principio, comportaría la sanción de nulidad de pleno derecho respecto de las cantidades ya pagadas (art. 8.1 LCGC), conforme al axioma clásico "quod nullum est nullum effectum producit" (lo que es nulo no produce ningún efecto) y a una interpretación en clave literal y automática del art. 1303 CC.

En este contexto, **la Sentencia sustenta la posibilidad de limitar dicha retroactividad mediante la concurrencia de una suerte de argumentos.** Así, por ejemplo, con el recurso a los principios generales del Derecho como contrapunto o criterio moderador de la posible retroactividad, particularmente de la aplicación del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), como limitación de los efectos retroactivos de la declaración de inconstitucionalidad (entre otras, STC 38/2011, de 28 marzo). También, de la propia naturaleza de la acción de cesación interpuesta dirigida, más bien, a obtener una sentencia que condene al demandado a cesar en la conducta y a prohibir su reiteración futura (arts. 7.2 Dir. 93/13/CEE, 12.2 LCGC y 53 TRLGDCU) y, en suma, la propia STJUE 21 marzo 2013 que a través del citado principio de seguridad jurídica permite, en última instancia, dicha moderación mediante los criterios de buena fe y el riesgo de trastornos graves (orden público económico).

En nuestra opinión, **el acierto del fallo puede fundamentarse de una forma más sólida acudiendo al análisis de la propia naturaleza y función de este modo de contratar que informa tanto su eficacia negocial como la tutela dispensada,** todo ello en orden a la mejor comprensión de cómo en esta práctica de contratación la retroactividad de la declaración de nulidad de una determinada cláusula no opera como una regla general, ni debe ser aplicada de forma autónoma sin relación de continuidad con la estructura de eficacia contractual ya desplegada. Una síntesis de este desarrollo doctrinal puede quedar expuesto de la siguiente forma:

- La interpretación y aplicación del art. 8.1 LCGC y, con ella, la eficacia ex tunc de la nulidad derivada de dicha cláusula, no puede proyectarse de forma autónoma y fragmentada respecto de la caracterización técnica del propio control que la determina e informa previamente, esto es, que la causaliza jurídicamente. En este sentido, conforme a la peculiar naturaleza y función de la contratación bajo condiciones generales, como un modo genuino y diferenciado de contratar, tanto el control de contenido (cláusulas abusivas) como el control de transparencia (cláusulas no comprensibles) se presentan no como criterios sancionadores de una posible nulidad contractual de carácter estructural (consentimiento viciado, falta de forma como requisito ad solemnitatem, ilicitud de la causa, etc...), sino como criterios delimitadores de la eficacia funcional desplegada por una peculiar, pero válida práctica negocial. Su función, por tanto, no es sancionar la existencia de un vicio o defectos estructural del contrato, o de alguno de sus elementos en sí mismos considerados, sino purgar o limpiar aquellos aspectos que resulten contrarios a lo que cabe exigirle a esta práctica contractual o determinen un resultado perjudicial que deba ser corregido. De ahí que los componentes técnicos del control derivado, principio de buena fe, de

justo equilibrio de prestaciones y de comprensibilidad real, estén enfocados desde a la perspectiva de delimitar el desarrollo de la eficacia contractual desplegada pudiendo provocar, en su caso, una suerte de ineficacia funcional que no se rige por el régimen típico de la nulidad del contrato. De hecho, como ya se ha señalado, cuando esta nulidad se produce es porque no se ha podido evitar la "subsistencia del contrato", ya por afectar a un elemento esencial del mismo, o bien por determinar una situación en la posición jurídica de las partes no equitativa o proporcionada.

- La naturaleza y función de este fenómeno contractual determina, por tanto, que el control tenga por objeto la propia eficacia funcional, que no estructural, del contrato celebrado y que, además, dicho control se articule, conforme a sus componentes técnicos, mediante una clara "interpretación integradora" del contrato que, de por sí, se realiza "desde y por" la validez y eficacia del mismo en toda su unidad sistemática, a diferencia de lo que ocurre con los vicios o defectos estructurales; de forma que dicho control no se realiza o se proyecta aisladamente sobre el radio de acción de una determinada cláusula contractual, sino sobre su posible ineficacia funcional integrada en el marco de la relación contractual desplegada.
- Desde esta perspectiva analítica se comprende 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 bien puede inferirse de la necesaria interpretación sistemática del art. 8.1 LCGC con los arts. 9.2 y 10.2 del mismo Cuerpo Legal, en donde la "aclaración de la eficacia del contrato" o "la integración de la parte afectada del contrato" se remite a la interpretación integradora del art. 1258 CC y, con ella, 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.
- Por lo demás, esta ponderación de la sanción de nulidad también la ha llevado a cabo el Tribunal Supremo en numerosos supuestos, inclusive en ámbitos estructurales de la validez de un acto, particularmente de las donaciones de bienes inmuebles disimuladas en escrituras públicas de compraventa en donde, si bien se confirma la exigencia de especial forma que se requiere para la validez de la causa donandi (**STS de Pleno, de 11 enero 2007**, núm. 1394/2006), no obstante, se puntualiza que dicha interpretación puede resultar no determinante en aquellos supuestos en donde dicha causa donandi venga integrada en otros hechos esenciales que diferencien la causa de pedir hacia otros ámbitos más complejos de aplicación, particularmente desde Derecho de Sucesiones (**STS de Pleno, de 16 enero 2013**, núm. 828/2012).

En suma, **esta perspectiva analítica, muy apegada a la naturaleza y función de la contratación bajo condiciones generales como un modo propio y diferenciado de contratar, resulta también muy útil a la hora de valorar y ponderar determinadas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea** que, de una forma un tanto estricta, se ha pronunciada sobre el alcance del control derivado, casos de la SSTJUE 3 junio 2010 y 14 junio 2010.

Francisco Javier Orduña Moreno,
Número de artículos del autor 1
Posicionamiento en el ranking de contenidos 1014