

BOLETÍN DEL MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA, JUSTICIA Y RELACIONES CON LAS CORTES

Año LXXVIII

Núm. 2.277

Julio de 2024

ESTUDIO DOCTRINAL



**LA «DOCTRINA DE LA PROPAGACIÓN DEL VICIO INVALIDANTE»
EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO
Y SU APLICACIÓN PRÁCTICA**

Ariadna Villamil Pérez

CONSEJO DE REDACCIÓN
BOLETÍN DEL MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA,
JUSTICIA Y RELACIONES CON LAS CORTES

DIRECTOR

D. Antonio Pau

*Registrador de la propiedad y académico de número de la Real Academia
de Jurisprudencia y Legislación (España)*

SECRETARIO

D. Máximo Juan Pérez García

*Profesor titular de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid (España)*

CONSEJO DE REDACCIÓN

D. Enrique Peñaranda Ramos

*Catedrático de Derecho Penal
Universidad Autónoma de Madrid (España)*

D. Alfonso Luis Calvo Caravaca

*Catedrático de Derecho Internacional Privado
Universidad Carlos III de Madrid (España)*

D. Francisco Marín Castán

Presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo (España)

D.^a Encarnación Roca Trías

*Vicepresidenta emérita del Tribunal Constitucional
Académica de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación
Catedrática de Derecho Civil
Universidad de Barcelona (España)*

D.^a Magdalena Nogueira Guastavino

*Catedrática de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad Autónoma de Madrid (España)*

D.^a Nieves Fenoy Picón

*Catedrática de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid (España)*

D. Ángel Menéndez Rexach

*Catedrático emérito de Derecho Administrativo
Universidad Autónoma de Madrid (España)*

D.^a Teresa Armenta Deu

*Catedrática de Derecho Procesal
Universidad de Girona (España)*

ENLACES DE CONTACTO

[Contacto Boletín](#)

[Normas de publicación en el Boletín del Ministerio de la Presidencia,
Justicia y Relaciones con las Cortes](#)

Edita

Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes
Secretaría General Técnica-Secretariado del Gobierno
documentación.publicaciones@mjusticia.es

ISSN

3020-6251

NIPO

143-24-001-2

Maquetación

trececho edición, S. L.

Boletín del Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes

Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes.

Catálogo de publicaciones

Catálogo de Publicaciones de la Administración General del Estado

LA «DOCTRINA DE LA PROPAGACIÓN DEL VICIO INVALIDANTE» EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO Y SU APLICACIÓN PRÁCTICA

ARIADNA VILLAMIL PÉREZ

*Abogada. Especialista en Derecho Bancario
Programa de Doctorado en Derecho y Ciencias Sociales. EIDUNED*

RESUMEN

El presente trabajo aborda, desde una perspectiva científica aplicada a la praxis, la clásica Doctrina de la propagación del vicio invalidante, con la finalidad de revisar su aplicabilidad, dada la significativa transformación que ha sufrido dicha teoría en la jurisprudencia. Así, desde su aceptación, sin paliativos, en la resolución de conflictos a las excepciones que, sin duda, y al abrigo del llamado derecho bancario, han dado un importante vuelco, en el uso del aforismo, quod nullum est, nullum effectum producit. Esta evolución jurisprudencial produce ciertas controversias que han de ser estudiadas, como pueda ser si resulta posible que de un negocio jurídico radicalmente nulo pueda nacer otro válido y eficaz, bajo las figuras de la novación o la transacción. Asimismo, debemos revisar la necesaria regulación de las consecuencias de la nulidad absoluta, sobre unas reglas generales, basadas en la antigua doctrina, frente a nuevas fórmulas contractuales existentes en la sociedad actual.

PALABRAS CLAVE

Ineficacia, contratos, anulabilidad, nulidad, vicios invalidantes.

Fecha de recepción: 06-06-2024. Fecha de aceptación: 12-07-2024

THE “DOCTRINE OF THE PROPAGATION OF THE INVALIDATING ERROR” IN THE CASE LAW OF THE SUPREM COURT AND ITS PRACTICAL APPLICATION

ABSTRACT

This paper addresses, from a practical perspective, the classic Doctrine of the propagation of the invalidating error to present the significant transformation that this theory has undergone in case law: from unreserved acceptance in conflict resolution to exceptions to its application, under banking law, which have unquestionably brought about an important change in the use of the aphorism: quod nullum est, nullum effectum producit. This case law development has opened up the debate to questions such as: whether it is possible for radically null and void legal business to give rise to valid and effective legal business, based on novation or compromise; and whether it is necessary to regulate the consequences of absolute nullity, according to general rules based on the old doctrine, in the face of new contractual formulas that exist in contemporary society.

KEYWORDS

Inefficiency, contracts, annullability, nullity, disabling vices.

SUMARIO

I. LA DOCTRINA DE LA PROPAGACIÓN DEL VICIO INVALIDANTE EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO	7
1. Primeras sentencias en aplicación de la doctrina	7
2. Evolución jurisprudencial posterior en la aplicación de la teoría de la propagación del vicio invalidante. Décadas de los setenta a los noventa del siglo xx	11
3. Aplicaciones recientes de la «propagación en cadena» (años 2000-2023)	14
A) Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 375/2010, de 17 de junio de 2010	17
B) Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 3721/2017, de 16 de octubre de 2017	21
a) Breve exposición sobre la problemática de las «cláusulas suelo» y sus «pactos novatorios»	21
b) El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su sentencia de 21 de diciembre de 2016	26
C) Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 1238/2018, de 11 de abril de 2018	31
D) Jurisprudencia actual	37
II. ESPECIAL MENCIÓN A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 15 DE JUNIO DE 2023 Y SU INCIDENCIA EN LOS «PACTOS NOVATORIOS»	42
III. IMPLICACIONES DERIVADAS DE LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA PROPAGACIÓN DEL VICIO INVALIDANTE	44
1. La propuesta para la modernización del derecho de obligaciones y contratos..	44
2. Nuevas perspectivas sobre la doctrina de la propagación del vicio invalidante: una mirada crítica	46
IV. CONCLUSIONES	52
V. BIBLIOGRAFÍA	57
VI. RESOLUCIONES CITADAS	59

I. LA DOCTRINA DE LA PROPAGACIÓN DEL VICIO INVALIDANTE EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

1. Primeras sentencias en aplicación de la doctrina

La teoría del vicio invalidante, de construcción jurisprudencial, encuentra sus orígenes más remotos en el *Digesto*¹, habiéndose acogido en las posteriores regulaciones civiles, como se refleja en el Proyecto de Código Civil de 1851² o en el vigente Código Civil³. Conviene advertir, no obstante, que la doctrina referida se ha ido matizando, hasta el punto de difuminar, sobremanera, los rigores y efectos de la «propagación del vicio invalidante», tal y como ha quedado configurada por la jurisprudencia. Así, las precitadas normas se limitan a enumerar las clases de vicio, con capacidad para anular –en un sentido amplio– el acto jurídico en que incurran y anular –en dichos supuestos– la *restitutio* a sus efectos.

Efectivamente, nuestra actual regulación indica el modo de proceder cuando se declara la nulidad de un contrato: mediante la restitución, que, en palabras, de LÓPEZ BELTRÁN⁴: «(...) nace como consecuencia de haber cumplido las obligaciones derivadas de un contrato radicalmente nulo o anulable y anulado, por lo tanto, es un derecho íntimamente ligado a la nulidad o anulación»⁵. Empero, no se resuelve explícitamente –en el articulado del Código Civil, dedicado a la Ineficacia de los Contratos– el remedio a dispensar en aquellos supuestos en que la raíz de un acto jurídico se encuentra en otro contrato que adolece de nulidad. En tal situación, ¿genera efectos jurídicos el primero?, ¿qué clase de consecuencias despliega esa obligación nacida al amparo de un acto nulo? Como se adelantaba, nuestra legislación civil –con una regulación de la cuestión bastante parca– guarda silencio respecto de tal proposición. Sin embargo, siendo nuestro ordenamiento jurídico un sistema de normas completo, cuyas posibles lagunas deben

1. RODRÍGUEZ DE FONSECA, Bartolomé Agustín (1874): *Digesto del emperador Justiniano. Traducido y publicado en el siglo anterior* p. 841, Libro 50, Título 17, regla 29. Paulo: *Lo que al principio tuvo algún vicio, no puede hacerse válido por el transcurso del tiempo*.

2. Universidad de Murcia (s.f.). «Código Civil: Proyecto de 1851». Texto digitalizado por: ATAZ LÓPEZ, Joaquín. <https://webs.um.es/jal/leyes/1851-Proyecto.pdf> (Consultado el 25/09/2023) Arts. 1.184 y ss.

3. Real Decreto de 24 de julio de 1889, por el que se publica el Código Civil. BOE-A-1889-4763. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763> (Consultado el 25/09/2023).

4. LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen (2009): *La Nulidad de los Contratos*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 254 y ss.

5. A este respecto, debemos mencionar la corriente jurisprudencial, presidida por la STJUE, de 16 de julio de 2020 (ECLI:EU:C:2020:578), relativa a los denominados «gastos hipotecarios» y comisión de apertura de los préstamos hipotecarios, que aborda la restitución, como acción independiente de la declaración de nulidad sujeta a plazo de prescripción.

poder ser suplidas por respuestas concretas, en evitación del *non liquet*⁶, hay que acudir a la doctrina jurisprudencial, para proporcionar un tratamiento jurídico a dicho conflicto.

En efecto, el punto de partida de la teoría de la propagación del vicio invalidante o nulidad en cadena, como han acuñado algunos autores⁷, debe hallarse, fundamentalmente, en la emblemática Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 1964⁸, dictada en el seno de una controversia surgida por la contratación de un menor (como posible causa de anulabilidad) y que en su «Considerando»⁹ desarrolla la citada doctrina. Con anterioridad a dicha resolución judicial, hallamos otras sentencias¹⁰ que, de forma directa o indirecta, avalan ese postulado, fundado en negar cualquier efecto a un acto nulo e, incluso, anulable si se apreciaba constancia inequívoca de ausencia de convalidación por las partes.

6. Como bien señala MORETÓN SANZ, María Fernanda (2007): «El régimen registral de la tutela preventiva». *Revista de Derecho UNED*, 2, p. 476: «En virtud de lo expuesto cabe de nuevo poner de manifiesto la inexistencia de lagunas del ordenamiento jurídico así como su autosuficiencia para cubrir las lagunas de la ley».

7. LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen (2009), p. 333.

8. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 10 de noviembre de 1964, ROJ: STS 1253/1964. Fuente: CENDOJ. ECLI:ES:TS:1994:19224.

9. «B) Que en punto al interesante problema de determinar cuándo la nulidad de un acto deba trascender a otro posterior que con él se relaciona o que en el mismo se apoya si bien por la delicada índole de la materia no cabe sentar reglas generales y ha de quedar la decisión, en cada caso, encomendada al razonable criterio del Juzgador, no cabe duda de que, éste, debe pronunciarse en sentido afirmativo, entre otros casos y siguiendo la doctrina anteriormente expuesta, no sólo cuando exista precepto específico que imponga la nulidad del acto posterior, sino cuando éste presuponga, para su validez, la circunstancia de un determinado estado o condición de alguno de los participantes, que intentó adquirirse mediante el acto nulo precedente o cuando el acto posterior, persiga el mismo fin de defraudar la Ley o de atentar a la moral o al orden público; o sea, que presidiendo a ambos actos una unidad intencional, sea el anterior causa eficiente del posterior, que así se ofrece como la consecuencia o culminación del propósito perseguido, incidiendo en la “causa torpe” que ha de estimarse concurra, tanto en el acto precedente como en aquel que le sigue, completándose a efectos de conseguir un fin determinado, por el empleo de medios que la Ley repudia».

10. Por todas, Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 16 de marzo de 1897, Id. VLEX-76691372, que afirma categóricamente que: «La doctrina jurídica de que todo lo que ha sido practicado contra ley adolece de un vicio radical inductivo de nulidad, y no puede con el transcurso del tiempo consolidarse (...)» o la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 1 de junio de 1948. ECLI:ES:TS:1948:1509, en sede de derecho registral, declara la cancelación de cuantas inscripciones registrales, traían causa de un testamento declarado nulo, en los siguientes términos:

(...) decretada la nulidad del testamento, es también obligado reconocer la nulidad de las inscripciones que en virtud de tal documento se practicaron y su consecuente cancelación, pues la nulidad declarada del título originario, no convalidada por la inscripción, provoca la cancelación de aquéllas.

Volviendo a la resolución judicial del año 1964 –con carácter previo a la sistematización de las aportaciones del Alto Tribunal para crear la teoría de la nulidad en cadena¹¹– debemos atender al supuesto de hecho que origina la figura de la nulidad de los contratos. La sentencia trae causa de la interposición de un recurso de casación por quien promueve la validez de un contrato celebrado con un menor¹² de edad. La controversia se suscita en torno a si dicha contratación debía considerarse nula o no¹³, por efecto de la confirmación, regulada en el art. 1.309 del Código Civil¹⁴. Dicho pretexto se adujo en apoyo a la reiterada jurisprudencia que sostenía que si el contrato (*ab initio* nulo) se celebra por un menor, con una edad que le permitiera discernir, alcanzada la mayoría de edad, sin que se interpusiera la correspondiente acción de nulidad –en el plazo concedido por la ley– se producía la ratificación tácita o convalidación de aquel contrato.

Pues bien, en tal punto, la sentencia acota la discusión de las partes en liza, en los siguientes términos que reproducimos:

(...) el punto concreto a resolver en el mismo se ciñe a determinar si la inexistencia o nulidad radical¹⁵ de la emancipación, en su día, del hoy actor, que ambos litigantes reconocen, arrastra o no consigo la nulidad absoluta del contrato que, al amparo de la apariencia de aquélla, fue celebrado posteriormente, atendidas las circunstancias concurrentes en el mismo.

Sentado así el objeto del recurso, el Alto Tribunal analiza cómo la nulidad de un acto primigenio afecta a la validez de todos aquellos que le sucedan y lo hace esgrimiendo, en síntesis, las siguientes razones: un contrato declarado nulo no puede servir de fundamento a otro acto jurídico posterior, toda vez que: *quod nullum est nullus producit effectum*¹⁶.

11. Denominación homóloga a la doctrina de la propagación del vicio invalidante, que será empleada, a lo largo del texto, de manera indistinta.

12. Véase sobre la actual legislación en materia de interpretación de las causas limitativas de la capacidad de la infancia y la adolescencia el art. 2 de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. BOE núm. 175, de 23/07/2015. <https://www.boe.es/eli/es/lo/2015/07/22/8/con> (25/9/2023).

13. La reseñada resolución judicial lo desarrolla en términos de nulidad radical, cuando es cierto que nuestro Código Civil prevé la confirmación, únicamente, para el supuesto de anulabilidad o nulidad relativa (arts. 1.309 y ss.).

14. Artículo 1.309 de nuestro actual Código Civil: la acción de nulidad queda extinguida desde el momento en que el contrato haya sido confirmado válidamente.

15. Autores como DELGADO ECHEVARRÍA, Jesús y PARRA LUCÁN, M. Ángeles (2005): *Las Nulidades de los Contratos. En la teoría y en la práctica*. Dykinson, Madrid, p. 209, indican lo siguiente: Esta S. 10 noviembre 1964 ha sido criticada en cuanto que la venta otorgada por el menor, siendo nula la emancipación, será anulable, pero no nula de pleno derecho (véase DíEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis (1973): *Estudios sobre la jurisprudencia civil*. Ed. Tecnos, Madrid, p. 59).

16. Lo que es nulo no produce ningún efecto.

Debemos, no obstante, detenernos en los requisitos que postula el Alto Tribunal para apreciar la concurrencia de la teoría de la propagación del vicio invalidante, muy destacables al constituir del mismo modo el argumento en que se apoya el presente trabajo. Así las cosas, podemos referir los siguientes elementos que integran tal doctrina:

1. Existencia previa de un *precepto* que imponga la nulidad del acto o contrato, por ser este, contrario a la ley o que adolezca de algún elemento esencial (causa, objeto o consentimiento).
2. Que el acto posterior persiga la misma *finalidad* que el que le precede: defraudar a la ley o ser contrario al orden público. Añadiríamos nosotros que tal acto jurídico pretenda obtener un beneficio derivado de la nulidad de la que trae causa.
3. Presencia de una *unidad intencional*, es decir, que el acto anterior sea causa eficiente del posterior. Resulta inevitable recordar la *Teoría de la Causalidad*, en materia de derecho penal, acuñada por Jiménez de Asúa¹⁷, entre otros célebres penalistas.

Dado el vínculo entre el art. 1.303 del Código Civil y la mencionada doctrina del Tribunal Supremo, podemos concluir que, en definitiva, el citado precepto elimina cualquier viso de nulidad que los actos jurídicos pudieran haber desplegado, abrazando la restitución, al tener que devolverse las cosas a su estado original y desvaneciéndose, por ende, todo efecto generado por tal «ficción jurídica» de validez.

La teoría de la propagación del vicio invalidante asoma y se integra, de manera decisiva, en nuestro ordenamiento jurídico de la mano de la referida Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 1964. No será la última vez que el Alto Tribunal recurra a su propia doctrina, asentada en la mencionada resolución judicial de los años sesenta. Si bien es cierto que su aplicación más fecunda vendrá acompañada por los innumerables negocios jurídicos bancarios y complejos¹⁸, auspiciados por entidades financieras que, en los últimos años, han dejado su sedimento en la actividad jurídica de nuestros juzgados y, desde luego, su huella férrea en la evolución de la doctrina que muchos juristas¹⁹ han tenido que desempolvar para defender y sentenciar aquellos actos que

17. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis (2006): *Teoría del Delito*. Iure Editores. Colección Textos Jurídicos. México, pp. 66 y ss.

18. A título de ejemplo, podemos mencionar: participaciones preferentes, obligaciones subordinadas, warrants o futuros.

19. Con el término «juristas» nos referimos a aquellos profesionales del derecho que, para defender los asuntos sobre estos productos financieros, invocan en sus escritos de demanda la nulidad en cadena a fin de propagar tal ineficacia a los contratos que las entidades bancarias ofrecían a sus clientes, para «solucionar» la pérdida patrimonial ocasionada por aquella malograda inversión. Al propio tiempo, la gran mayoría de las Audiencias Provinciales han fundamentado sus resoluciones según esta doctrina. Véanse, por todas: SAP Ibiza 928/2014, de 2 de mayo de 2014 (ECLI:ES:APIB:2014:928); SAP Albacete 1203/2014, de 28 de octubre de 2014 (ECLI:ES:APAB:2014:1203); SAP Valencia 5959/2014, de 26 de diciembre de 2014

perseguián aferrarse (sin éxito) a la vida jurídica, careciendo de validez y, por tanto, propagando, inevitablemente, su ineficacia al resto de contratos.

2. Evolución jurisprudencial posterior en la aplicación de la teoría de la propagación del vicio invalidante. décadas de los setenta a los noventa del siglo xx

Buceando en la doctrina jurisprudencial, observamos –en la muestra analizada– que la doctrina de la ineficacia en cadena se aplica, con idéntica contundencia, en las décadas posteriores del pasado siglo (años setenta-ochenta-noventa), proclamándose –sin atisbo de duda– la nulidad de los actos nacidos a la luz de un negocio jurídico nulo. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 28 de mayo de 1979²⁰, a cuyo tenor y en el seno de la nulidad de un juicio ejecutivo²¹ previo, establece que:

(ECLI:ES:APV:2014:5959); SAP Palencia 72/2015, de 12 de marzo de 2015 (ECLI:ES:APP:2015:72); SAP Murcia 671/2015, de 23 de marzo de 2015 (ECLI:ES:APMU:2015:671) o SAP Madrid 6051/2015, de 5 de mayo de 2015 (ECLI:ES:APM:2015:6051), respecto de la cual conviene reproducir su FJ DÉCIMO TERCERO, intitulado: «La propagación de los efectos de la anulación» y en cuya virtud: «En la regulación del Anteproyecto de Código Europeo de Contratos el art. 144, apdo. 2 disciplina la figura de la “propagación de la ineficacia”. En el art. 144, apdo. 2 se recoge una regla relativa a los casos de contratos coligados o con más de dos partes. La invalidez de una parte no se propaga al resto siempre que, de acuerdo con lo previsto en el apartado 1, el contrato nulo o la obligación de una sola de las partes no revista un alcance esencial en relación con el contenido del negocio jurídico en su conjunto. Para los contratos coligados, si la nulidad afecta a uno solo de los contratos (art. 144.2), la nulidad no se extiende al otro si se dan los mismos presupuestos que se recogen en el apartado 1: «que posea una consistencia y una validez autónomas y logre de manera razonable el fin perseguido por las partes», lo que puede no suceder si las partes contemplaban la celebración de los dos contratos como un todo. Y lo mismo sucede si se trata de un contrato plurilateral y la nulidad afecta solo a una de las partes (por ejemplo, contrato de sociedad). La invalidez del contrato puede propagarse a instancia del consumidor a los contratos a él vinculados y de los que sea parte (art. 14. 3 I LCC), puesto que la diversidad contractual no empaña la unidad económica de la operación, unidad que es evidente cuando se trata de contrato de crédito para la adquisición. Si no se consintiera la propagación subsistirían las obligaciones de reembolso del crédito por el consumidor cuando el contrato al que sirve la financiación ha decaído y no satisface interés alguno. Consienten expresamente la propagación de la «ineficacia» (noción comprensiva de todos los supuestos, sean de nulidad, anulabilidad, resolución o desistimiento) los arts. 9 y 14. 2 LCC; 12 Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias (aunque éste restringe la propagación al desistimiento o resolución y excluye el caso de subrogación en el préstamo); 44. 7 LOCM y 9.2 II LVPBM. La propagación supone trasladar el «mismo» régimen de ineficacia o invalidez con sus consecuencias (restitutorias o indemnizatorias) al contrato vinculado».

20. Sentencia del Tribunal Supremo 4750/1079 (Sala de lo Civil), de 28 de mayo de 1979, ECLI:ES:TS:1979:4750.

21. El juicio ejecutivo era un procedimiento de ejecución, que se basaba en los títulos numerados en el art. 1429 de la LEC de 1881. Véase el Real Decreto de 3 de febrero de 1881 por el que se aprueba el proyecto de reforma de la Ley Enjuiciamiento civil. BOE-A-1881-813.

«(...) siendo sobradamente conocido el principio general y básico del derecho, tantas veces recogido por la doctrina jurisprudencial de este Supremo Tribunal, de que lo que es nulo no produce efecto alguno (“quod nullum est, nullum effectum producit”); debiéndose concluir, de la conjunción de ambos argumentos, que no es posible jurídicamente, admitir la productividad de efectos de un acto nulo, máxime si se trata de obtener precisamente en contra de quien se declaró carente de toda responsabilidad en el mismo; siendo procedente, en su virtud, la estimación de dicho motivo primero, casando y anulando la sentencia recurrida, en el particular a que aquel se refiere, manteniéndola en el resto (...).»

Por su parte, la Sentencia del Alto Tribunal de 13 de abril de 1988²², con reiterada fundamentación jurídica, manifiesta que:

«Los negocios con simulación absoluta no son sanables ni por confirmación ni por prescripción, pues su nulidad tiene carácter definitivo y la sentencia que la pronuncia es declarativa, produciéndose por tanto ineficacia intrínseca o radical “*ipso iure*” y “*erga omnes*”, y esa nulidad arrastra y conlleva la de aquellos negocios a los que sirvió de soporte, proclamando la vacuidad de los negocios circunstanciados a tal fin están legitimados los acreedores perjudicados, enfrentados realmente con la persona del quebrado que, a favor de un dispositivo compuesto de varias sociedades anónimas sujetas únicamente a su voluntad y cuyas operaciones avalaba, ha venido ejerciendo el comercio personalmente».

Dicha resolución fue dictada en un juicio declarativo de menor cuantía²³, en el que se instaba la declaración de nulidad radical de un acuerdo de constitución sobre una compañía societaria; nulidad que debía extenderse a cuantas inscripciones y negocios jurídicos posteriores trajeran causa de la constitución de dicha sociedad.

Efectivamente, el Alto Tribunal –sin descender al debate jurídico del fondo de la *litis*– afirma, en cuanto a esta investigación afecta, que: «La sentencia, como ya se dijo, declara la nulidad con la finalidad de eliminar la apariencia; y esa nulidad (...) conlleva y arrastra la de aquellos negocios a que sirvió de soporte (...). La sentencia sirve así para proclamar la vacuidad de los negocios circunstanciados».

En consecuencia, apreciamos una clara alineación de la doctrina del Tribunal Supremo de la década de los ochenta del pasado siglo, con la *Teoría de la propagación del vicio invalidante*, propugnada veinte años atrás. Por tanto, contagia la nulidad, de que adolezca el contrato primigenio, a los ulteriores negocios jurídicos. No vacila el Alto Tribunal, en

22. Sentencia del Tribunal Supremo 9809/1988 (Sala de lo Civil) de 13 de abril de 1988, ECLI:ES:TS:1988:9809.

23. Esta clase de juicios eran propios de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, de 3 de febrero, y se regulaba en el art. 484, a cuyo tenor: «Se decidirán en el juicio de menor cuantía, las demandas ordinarias cuyo interés pase de 250 pesetas y no exceda de 1.500».

lo más mínimo, al dictar la nulidad de los postreros actos jurídicos, que nazcan de otro, con un vicio insubsanable.

En la década de los años noventa, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 18045/1993, de 27 de diciembre de 1993, acuerda la nulidad de la Junta General de una compañía mercantil con la consecuente nulidad o ineficacia de los pactos adoptados en su seno, así como «cualesquiera otros acuerdos sociales que posteriormente se hayan tomado o puedan ser tomados por la sociedad demandada y que traigan causa de los acuerdos objeto de impugnación o sean posteriores a éstos, así como ordenar la cancelación de las inscripciones practicadas en el Registro Mercantil de los acuerdos cuya nulidad se declara»²⁴.

En suma, parece claro que, en estas tres décadas, hay unanimidad en la aplicación de las consecuencias anunciadas por el aforismo latino, heredado de la tradición romana, *quod nullum est, nullum effectum producit*. De modo que será nulo todo aquello que trae causa de un acto o contrato ineficaz. Dicha tendencia jurisprudencial sigue la aguda interpretación de DÍEZ-PICAZO y GULLÓN²⁵ cuando –al aclarar las categorías de ineficacia– advertían, en su *Tratado de Derecho Civil*, que: «Atendiendo a la regulación del Código civil, el contrato puede ser: 1) Nulo absoluto y radicalmente. Es la máxima sanción que el ordenamiento jurídico preceptúa, porque niega al negocio la posibilidad de producir consecuencias jurídicas: “quod nullum est nullum effectum producit”».

24. La fundamentación jurídica que aduce la citada resolución judicial, para la declaración de nulidad de la Junta General de la mercantil y sus posteriores actos, se basa en que: «La expresada nulidad, atendiendo a las causas que la produjeron, tenía un carácter radical y como tal y por imperativo legal, carente de la posibilidad de ser objeto de convalidación y subsanación, al resultar aplicable al derecho societario, con todas sus consecuencias, el párrafo 3 del art. 6 del Código Civil, nulidad que, por supuesto, afectaba y se extendía a cuantos acuerdos fueron adoptados en las Juntas de referencia, despojándoles de toda eficacia actual y posterior, o sea, como si no existiesen, y en este aspecto, habría que precisar, aún más que la nulidad declarada para la primera Junta, 11 de mayo de 1985, arrastraba, sin más la inmediatamente siguiente, la de 1 de julio y desde luego, las restantes de 26 de abril y 14 de junio de 1986, pues todas ellas fueron convocadas por un Consejo, el nombrado en la primera, que carecía de absoluta legitimidad».

25. DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio (2001): *Sistema de Derecho Civil*. Volumen II. Editorial Tecnos, S.A. Madrid, 9ª ed., p. 102. Cabe añadir que en la más reciente edición de la citada obra (Madrid, 2016, con reimpresión de 2022) dedican un apartado a la «Conversión del Contrato Nulo» (pp. 96 y 97), en el que, tras sostener que «la conversión es aquel medio jurídico por virtud del cual un contrato nulo, que contiene, sin embargo, los requisitos sustanciales o de forma de otro contrato, puede salvarse de la nulidad, quedando transformado en éste», distinguen entre «conversión formal» y «material». La primera de ellas se da «cuando el negocio es nulo bajo la forma en que se ha hecho, pero válido en cuanto tiene en sí otra querida por la ley» y la conversión material procede «si el nuevo en que el primitivo puede transformarse pertenece a otro tipo». Y por fin, «la mutación del negocio nulo requiere que el primero tenga los requisitos que fundamentan la validez del nuevo. No puede obligarse a las partes a que, por virtud del principio de conservación del negocio y dada la nulidad del celebrado, tengan que dar vida con nuevas declaraciones de voluntad a otro válido».

3. Aplicaciones recientes de la «propagación en cadena» (años 2000-2023)

Sin género de duda, la etapa, objeto de análisis y presidida por el año 2000, ha sembrado una fecunda jurisprudencia en materia de ineficacia de contratos y su propagación a otros posteriores; pero no solo de estos, sino también de cláusulas insertas en tales convenios²⁶ –de forma muy singular, en el ámbito del derecho bancario o derecho de consumo, de los que, después, trataremos y muy en auge en nuestros tiempos–.

Debemos hacer alusión a la Sentencia del Tribunal Supremo 1160/2002, de 9 de diciembre²⁷, por su especial significación, toda vez que, en ella, el Alto Tribunal declara *ex officio* la nulidad de dos compraventas aparentes (anteriores a unas disposiciones patrimoniales ínsitas en un convenio regulador de separación, igualmente declaradas nulas), esto es, sin haber sido solicitada por ninguno de los litigantes. La fundamentación jurídica que ofrece el Tribunal, para sostener dicho pronunciamiento, se traduce en la posibilidad que alberga el art. 6.3 del Código Civil, para resolver el acogimiento de la nulidad –excluyéndose, así, el principio de justicia rogada al no haber sido instada ni por el actor ni por el demandado– «cuando así lo exija el interés público o la salvaguardia del orden público»²⁸.

Debemos traer causa de otra resolución del Tribunal Supremo, que con especial agudeza traza la distinción entre *la nulidad radical* y *la validez* de los actos del tercero subadquirente. Aplicada la primera, es decir, la nulidad radical a los casos en que el

26. Al respecto, véase, entre otras: SAP Zaragoza 673/2017, de 26 de abril de 2017 (ECLI:ES:APZ:2017:673); SAP Madrid 8388/2017, de 19 de junio de 2017 (ECLI:ES:APM:2017:8388); SAP Cuenca 319/2017, de 26 de septiembre de 2017 (ECLI:ES:APCU:2017:319); SAP Logroño 314/2017, de 13 de noviembre de 2017 (ECLI:ES:APLO:2017:314) o SAP Soria 238/2017, de 11 de diciembre de 2017 (ECLI:ES:APSO:2017:238).

27. Sentencia del Tribunal Supremo 1160/2002, de 9 de diciembre (Sala Primera, de lo Civil). ECLI:ES:TS:2002:819. Por otra parte, DELGADO ECHEVARRÍA, Jesús y PARRA LUCÁN, M. Ángeles (2005): Igual que referencia anterior. Ambos autores, con cita a SÁNCHEZ RUBIO, Alfredo (2003): «Comentario a la STS de 5 de diciembre de 2002». *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 62, sostiene que: «(...) no es fácil encontrar un equilibrio entre la necesidad sentida por el Juzgador de dar respuesta razonable al caso y los principios que configuran el régimen de la cuestión debatida, que impiden declarar de oficio la nulidad cuando de ella se siguen otras consecuencias».

28. Ello, con cita en las SSTS 18-2-1997, 20-6-1996, 9-5-1994 y 26-6-1982. La resolución del Alto Tribunal concluye su Fundamento Jurídico Segundo con la siguiente aclaración: «De lo dicho se desprende que la salvaguardia del interés público presente en la efectividad de un convenio regulador de separación conyugal, aprobado en sentencia, autoriza claramente a declarar de oficio, si hubiera causa bastante para ello, la nulidad de las compraventas antecedentes al propio convenio regulador para, así, poder declarar también la nulidad de las disposiciones patrimoniales del mismo convenio deshaciendo toda la cadena de apariencias creadas a lo largo de los años y, al propio tiempo, salvaguardando los derechos de madre e hijo a alimentos y a pensión compensatoria reconocidos y cuantificados en el convenio regulador de separación y sustituidos por la transmisión de la mitad indivisa de los locales litigiosos».

quebrado realiza operaciones de administración y dominio sobre bienes pertenecientes a la masa y que, consecuentemente, se extiende a todos esos actos, frente a la validez de los actos del tercero subadquirente que, de buena fe y, por tanto, desconociendo que celebra una compraventa cuyo objeto pertenece al patrimonio del quebrado. En dichos supuestos, la Sentencia del Alto Tribunal 3792/2006 (Sala de lo Civil), de fecha 19 de junio de 2006²⁹, con cita a la Sentencia de 14 de febrero de 2006, declara con meridiana nitidez que: «Distinta es la cuestión del subadquirente. Éste no adquiere del quebrado, sino de un adquirente de éste y si está protegido por la fe pública registral (artículo 34 de la Ley Hipotecaria) debe ser mantenido en su titularidad del derecho de hipoteca o del derecho de propiedad³⁰». En esta misma línea, se manifiesta un sector de la doctrina, como DELGADO ECHEVARRÍA y PARRA LUCÁN³¹, que consideran, igualmente, que la compraventa realizada por el segundo comprador no queda afectada por la «cadena de nulidades», sino que se trata de una venta de cosa ajena; ineficaz, pero «con un título válido del que nacen obligaciones entre las partes y sirve para la usucapión ordinaria».

Con todo, conviene tener presente que, de conformidad con la STS de 2006, los actos de administración y disposición del quebrado sobre los bienes de la masa serán radicalmente nulos. En su consecuencia, ha lugar a la cadena o a la propagación de la nulidad, con relación a todos esos contratos y disposiciones efectuados por el propio quebrado³².

29. Sentencia del Tribunal Supremo 3792/2006 (Sala de lo Civil), de 19 de junio de 2006. ECLI:ES:TS:2006:3796.

30. Continúa la referida sentencia, esta vez, con cita a otras resoluciones del mencionado Tribunal (Sentencia de 14 de junio de 2000, que sigue el criterio de sus predecesoras sentencias de 12 de marzo de 1993, de 20 de septiembre de 1993 y de 28 de octubre de 1996), que: «La doctrina que se ha impuesto en la jurisprudencia de esta Sala es que la nulidad no alcanza al acto de disposición que no ha realizado el quebrado sino el adquirente de éste, es decir, se protege al subadquirente, que es el único verdadero tercero hipotecario, con los demás requisitos del artículo 34 de la Ley hipotecaria al que se le aplica el principio de fe pública registra».

31. DELGADO ECHEVARRÍA, Jesús y PARRA LUCÁN, M. Ángeles (2005), p. 210.

32. Así, el Tribunal Supremo, en su Fundamento Jurídico Sexto y, nuevamente, siguiendo el criterio de la mentada Sentencia de 14 de febrero de 2006, declara que: «La doctrina ha criticado de forma prácticamente unánime el criterio de nulidad total, absoluta, radical que deriva de aquella norma del vetusto Código de Comercio, hoy superado por la Ley concursal. Pero la jurisprudencia, cumpliendo su función de completar el ordenamiento jurídico que le asigna el artículo 1.6 del Código civil ha mantenido de forma unánime el carácter de nulidad absoluta impuesto por dicha norma: así, la sentencia de 12 de junio de 2000 resume la doctrina jurisprudencial en estos términos: «En efecto, según enseña la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1996, a juicio de esta Sala el carácter categórico del texto legal (artículo 878 del Código de comercio) no ofrece dudas: “todos sus actos de dominio y administración posteriores a la época en que se retrotraigan los efectos de la quiebra serán nulos”. Y, a su vez, aclara: «Es decir, cuando el artículo 878 del Código de Comercio impone la inhabilitación del quebrado para la administración y, por ende, la disposición de sus bienes, no está estableciendo una incapacidad sino una prohibición legal por lo que declara nulos

La interesante contribución de dicha resolución judicial no es otra que la protección que opone, frente a la propagación del vicio invalidante, el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, en los supuestos de adquisición de un bien –perteneciente a la masa quebrada– por el subadquirente. Asimismo, hemos trazado un parangón entre el asunto enjuiciado en la Sentencia de 19 de junio de 2006 y lo que defiende una parte de la doctrina, consistente en amparar en casos de venta de cosa ajena al que adquirió de buena fe, con total ignorancia acerca de la verdadera titularidad de su vendedor.

Consideramos que, *de lege ferenda*, resulta necesario establecer límites claros y concisos a la teoría de la propagación del vicio invalidante. Y ello ante la obligación de preservar el principio de seguridad jurídica y el principio de relatividad de los contratos³³, no de un modo interesado sirviendo a otros fines distintos a los regulados en sede de nulidad o justificando decisiones discrecionales. Sobre estos extremos tendremos ocasión de pronunciarnos, de nuevo, más adelante.

Adentrados en el año 2010, comienza a desenvolverse una rica jurisprudencia, que aborda, con mayor detenimiento, la teoría de la propagación del vicio invalidante, auspiciada por el llamado derecho bancario, integrado en el derecho de consumidores y usuarios o derecho de consumo. El *primero* puede definirse, como propone GARCÍA-PITA y LASTRES³⁴, como «Parte del Derecho Objetivo constituida por las normas públicas y privadas que, de forma específica y en orden a la protección de los depositantes y la eficiencia del sistema bancario, dentro del Sistema financiero, se refieren a la constitución, organización y el ejercicio de la empresa de intermediación crediticia y monetaria, y de sus actividades financieras accesorias; a sus relaciones con las autoridades de control sectorial, así como a los contratos o negocios jurídicos, en que, precisamente, se materializa esa actividad empresarial financiera». En cuanto al *segundo*, siguiendo a

los actos que realice, nulidad no sanada por el Registro de la Propiedad, según el artículo 33 de la Ley Hipotecaria. Pero esta nulidad no alcanza al acto de disposición que realice el adquirente a favor de otro, tercero, que será subadquirente y tercero hipotecario protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Este, efectivamente, adquiere a título oneroso un derecho real sobre una finca de persona que no está quebrada y es propietaria según el Registro de la Propiedad con facultades para transmitirla: no tiene sentido jurídico que este adquirente, por ser subadquirente de un quebrado (tanto más si no consta en el Registro de la Propiedad la declaración de quiebra) se vea privado del derecho que adquirió confiado en el Registro».

33. Al respecto, véase MORETÓN SANZ, María Fernanda (2008): «Examen crítico de los fundamentos dogmáticos y jurisprudenciales de la expromisión y del artículo 1205 del Código Civil español. La “vicenda” modificativa, la sucesión singular de las deudas, el programa de la prestación y la aplicabilidad de ciertos principios contractuales», *Anuario de Derecho Civil*, p. 696. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2763897> (Consultado el 28/9/2023).

34. GARCÍA-PITA y LASTRES, José Luis (1999): «El derecho bancario. Consideraciones generales». *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 3, pp. 243-306.

REYES LÓPEZ³⁵, se identifica con: «El conjunto de normas que tiene como principal objetivo la regulación de los intereses de los particulares o de determinados entes sociales, cuando éstos actúan en el ámbito de las relaciones de mercado con el fin de realizar actividades de carácter privado, tendentes a la satisfacción de intereses de carácter doméstico o particular y sin ánimo de lucro».

En efecto, el derecho de consumo goza de una regulación específica, presidida por el mandato contenido en el art. 51 CE y materializada en normas, tales como: la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación; la Directiva Europea 93/13/CCE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores; el Real Decreto Legislativo 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. Todas ellas –normas nacionales y de la UE– aplicables en materia de derecho bancario. Este último aparece de la mano de contratos complejos como los *Swaps*, *las participaciones preferentes*, *las obligaciones subordinadas*, o, más recientemente, con otro tipo de contrataciones irregulares o nacidas bajo un halo polémico, como *las acciones de la OPV de Bankia*³⁶, *las cláusulas suelo* o *las hipotecas multidivisa*. Todos esos instrumentos financieros o cláusulas abusivas predisuestas, de cuya autoría responden las entidades financieras, han dado lugar a incontables asuntos judiciales en las que ha sido de aplicación la teoría de la propagación del vicio invalidante o la ineficacia en cadena.

Analicemos algunas de las más relevantes:

A) *Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 375/2010, de 17 de junio de 2010*

El dictado de esta resolución³⁷ se produce a cuenta de la contratación en masa de un producto denominado «Imposición a plazo atípico» (un depósito estructurado³⁸) que

35. REYES LÓPEZ, María (2022): *Manual de Derecho Privado de Consumo*, Editorial La Ley, 3ª ed., Madrid, pp. 34 y 35.

36. Véase VILLAMIL PÉREZ, Ariadna (2016): «Recientes Aportaciones en materia de Derecho Bancario: El Caso Bankia», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 142 (abril-junio), pp. 197-207.

37. ECLI:ES:TS:2010:4216.

38. VV.AA. (2017): *Contratos Bancarios Litigiosos. Análisis de la jurisprudencia*. Editorial Francis Lefebvre, Madrid, pp. 167 y ss.: «Se entiende por depósito estructurado aquel producto de inversión financiera que combina:

- Por un lado, la rentabilidad propia de un depósito bancario tradicional, mediante el pago de un interés o cupón fijo referenciado a la parte del capital invertido en el depósito y al periodo temporal tomado en consideración;
- Por otro lado, una rentabilidad aleatoria vinculada a la evolución en el mercado de una determinada variable (subyacente), que puede consistir desde una acción o grupo de acciones

Rural Caja comercializó entre sus clientes. Algunas de aquellas ediciones supusieron cuantiosas pérdidas para sus tenedores, quienes suscribieron sendos contratos de adhesión. La respuesta de la entidad, ante las quejas de sus clientes –advertidos y alarmados por las susodichas pérdidas patrimoniales–, fue arbitrar diversas «soluciones», entre las que se encontraba: la compra y posterior venta de acciones –cuando aquellas subieran su cotización–, para recuperar la inversión.

La consecuencia de este tipo de operaciones fue declarar nulo el contrato de depósito estructurado, entre otras razones, porque, como aduce el Alto Tribunal:

- a) Existió una manifiesta falta de información acerca de los riesgos que entrañaba ese producto, por la entidad, a sus clientes (considerados todos ellos consumidores y sin especiales conocimientos en materia financiera).
- b) Se consideró que las cláusulas incorporadas en los contratos de adhesión constituían verdaderas condiciones generales de la contratación, a los efectos del art. 7 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación.
- c) Tales cláusulas adolecían de claridad, por reputarse «*ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles*»³⁹, así como abusivas⁴⁰, ocasionando un gran «desequilibrio (...) en los derechos y obligaciones de las partes»⁴¹.
- d) Mediaba, asimismo, un consentimiento viciado.

Lo novedoso de esta sentencia es que, *de una parte*, contiene –en su Fundamentación Jurídica– un excelso estudio de las cláusulas predispuestas en los contratos de adhesión firmados por los clientes, con su entidad, que estima nulas; y *por otra*, que examina el consentimiento viciado de los afectados por la suscripción del aludido producto complejo, al que resulta de aplicación la normativa *MIFID*⁴², junto a las disposiciones en materia de vicios en el consentimiento de nuestro Código Civil.

Si bien la cuestión mollar, desde nuestra perspectiva, en la Sentencia de 2010, se centra en el tratamiento que se dispensa –con apoyatura en la célebre Sentencia del Tribunal

que cotizan en un mercado bursátil hasta cualquier materia prima, pasando por índices bursátiles (p.e., el Ibex), tipos de interés (p.e., el Euribor, Libor) y cualesquiera otros activos que son objeto de negociación en mercados regulados».

39. Según las define el art. 7 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación. BOE-A-1998-8789.

40. Artículo 8 de la meritada ley.

41. Artículo 10 *bis* de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios. BOE-A-1984-16737. Nota: Disposición derogada, pero aplicable al supuesto analizado.

42. Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de mayo de 2014, relativa a los Mercados de Instrumentos Financieros y por la que se modifican la Directiva 2002/92/CE y la Directiva 2011/61/UE. DOUE de 12 de junio de 2014.

Supremo de 10 de noviembre de 1964– a la posterior adquisición de acciones (ofrecida por Rural Caja, como remedio a las cuantiosas pérdidas patrimoniales sufridas por sus clientes), con base en el aforismo «juntos caerán quienes juntos estén» (*simul stabunt, simul cadent*).

La resolución aplica, claramente, la «propagación de la ineficacia contractual a otros actos o contratos que guardan cierta relación con el inválido», aclarando que «la jurisprudencia [aun habiendo determinado] que (...) no siendo posible fijar reglas generales para la determinación de cuándo la nulidad de un acto deba trascender a otro posterior que con él se relacione, la cuestión relativa a la propagación de la ineficacia debe resolverse en sentido afirmativo “no sólo cuando exista precepto específico que imponga la nulidad del acto posterior, sino también cuando...presidiendo a ambos una unidad intencional, sea el anterior causa eficiente del posterior, que así se ofrece como la consecuencia o culminación del proceso seguido (STS de 10 de noviembre de 1964)”. Y añade que: «En consecuencia, resulta acertada la afirmación de la sentencia recurrida en el sentido de que el anexo posterior era consecuencia del primero y los efectos de la nulidad de éste deben extenderse a aquél, pues, desaparecida la causa del primer contrato en virtud de la nulidad declarada, desaparecen los presupuestos sobre los que se funda la causa del contrato vinculado a él por efecto de aquella declaración de nulidad».

Resulta extraordinariamente necesario volver al origen de la teoría de la propagación del vicio invalidante, que nosotros situamos en la Sentencia de 1964, por establecer las premisas exigibles, a fin de poder aplicar tal doctrina y que, en la más moderna resolución de 2010 –con cita a la del año 1964– se traen a colación: 1) La existencia de un nexo causal entre los contratos primigenio y su sucesor, y 2) La pérdida de la causa del segundo contrato, sin la existencia del primero. Respecto del primer requisito, como sostiene LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA⁴³, con cita a DELGADO y PARRA⁴⁴: «Ha de atenderse, ante todo, al propósito comercial concreto, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, la naturaleza del negocio y las exigencias de la buena fe». No podemos sostener, sin embargo, como se concretará a la conclusión de este trabajo, que no sea posible establecer unas «reglas generales» para la aplicación de la ineficacia en cadena. Postura que, entendemos, debe ser superada por la reiterada práctica/experiencia, así como por las enseñanzas de la propia doctrina jurisprudencial (a veces, ciertamente, contradictoria). Aun cuando, también, consideramos que la normativa existente y aplicada, hasta la fecha, tiene que poder ser revisada y reformada, para concretar el concepto de seguridad jurídica que algunos autores⁴⁵ apuntan podría quedar menoscabada, por la aplicación de la teoría de la propagación del vicio invalidante a cualquier contrato

43. LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen (2009), p. 333.

44. DELGADO ECHEVARRÍA, Jesús. y PARRA LUCAN, M. Ángeles (2005), p. 208.

45. En este sentido, se muestra a favor de la transacción (y, por ende, de una inaplicación rigurosa de la doctrina que, en este estudio respaldamos, autores como: CARRASCO PERERA, Ángel (2021):

declarado nulo, que haya generado otro acto posterior. Matizaremos, sin duda, este particular más adelante.

Respecto del segundo factor que se mencionaba: la pérdida de la causa del segundo contrato, por la nulidad del primero. Siguiendo a DELGADO ECHEVARRÍA y PARRA LUCÁN⁴⁶: un contrato es nulo cuando su causa es ilícita (arts. 1.275, 1.305 y 1.306 CC) o cuando la expresión de esa causa deviene falsa, y ello ocurre, para los citados autores, cuando falta el requisito del consentimiento (contratos simulados). ¿Acaso cuando se pone a la firma de un consumidor un nuevo contrato de adhesión, con cláusulas abusivas, que promete ser la «solución» para la primera inversión fallida, no se está anulando el consentimiento por un nuevo «engaño»? ¿no se está simulando un remedio bajo la apariencia de un nuevo contrato –nacido de otro en el que no hubo causa, ni consentimiento, por adolecer de nulidad– bajo el señuelo de un beneficio que no resulta existir, para la parte más débil (el consumidor)?⁴⁷, ¿no acaece la misma falta de transparencia que se imputaba en el primer negocio jurídico, cuando la respuesta que se da, por la entidad financiera, viene de la mano de un «pacto», «contrato», «anexo» o «novación» que cercena toda posibilidad de ser negociada o, incluso, modificada por el cliente? Entendemos que la respuesta debe ser afirmativa, en el sentido de que, en esos «acuerdos» puestos a la firma del consumidor, el profesional vuelve a «atrapar» a aquel en una suerte de círculo vicioso, en el que el remedio siempre se diseña por una de las partes, sin que en la elaboración del mismo intervenga la otra: en ese *iter* no cabe la negociación, como se ha dicho, no hay lugar para que el afectado por un producto financiero –contratado con anterioridad– y que le ha ocasionado graves perjuicios en su patrimonio, pueda –con libertad– escoger otras opciones distintas a las que les ofrece el banco o la caja de ahorros, como tendremos ocasión de detectar en líneas sucesivas. Se produce un grave desequilibrio *inter partes*, fruto de la asimetría en la información proporcionada por la entidad al consumidor.

Corolario de lo anterior es que, a nuestro juicio, en muchos de los actos alumbrados bajo un contrato o cláusula nulos se verifican las dos premisas: 1) Una vinculación causal por medio de un nexo funcional, que nos permite advertir que «sin el primer contrato y las pérdidas que originó quedaría privada de sentido la operación

«Novaciones y transacciones sobre tipos de interés usurario. Otra vez contra una tendencia equivocada». *Centro de Estudios de Consumo*, 40/2021).

46. DELGADO ECHEVARRÍA, Jesús. y PARRA LUCÁN, M. Ángeles (2005), p 50.

47. Véase RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe (1987): «El concepto de alteración objetiva convencional de la relación obligatoria». *Anuario de Derecho Civil*, pp. 895-928, cuando afirma que: «La finalidad de las partes no consiste en crear una relación jurídica “independiente” de la anterior, sin ninguna conexión objetiva. Por el contrario, las partes pretenden incidir en la relación preexistente, variando alguno o algunos de sus elementos objetivos» y añade: «En mi opinión, la función del convenio de alteración objetiva consiste en facilitar, mediante la realización de un solo acto, la “continuidad” de la relación obligatoria».

económico-financiera en su totalidad, integrada también por los contratos posteriores»⁴⁸, toda vez que «cuando un acto se ofrece en unidad intencional como causa eficiente del posterior, la nulidad del primero debe trascender a él»⁴⁹ y 2) La ausencia de causa en el segundo negocio jurídico, al haberse declarado nula (inexistente) la del primero. Hay que partir de la premisa de que el segundo contrato persigue, siempre, el propósito de reavivar una causa «muerta» y dotarla de eficacia.

B) Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 3721/2017, de 16 de octubre de 2017

Avanzando en la línea del tiempo, hallamos la citada resolución judicial⁵⁰ que conforma un hito importante en la historia de la aplicación de la ineficacia en cadena. En la misma, el Alto Tribunal expresa con profunda rotundidad la imposibilidad de que una cláusula nula –por su carácter abusivo– pueda convalidar un ulterior contrato o pacto.

No obstante, para comprender tal pronunciamiento, se hace necesario contextualizar la sentencia, en el marco de su dictado: la problemática de las denominadas «cláusulas suelo» y los llamados «pactos novatorios».

a) Breve exposición sobre la problemática de las «cláusulas suelo» y sus «pactos novatorios»

Las cláusulas suelo, insertas en las escrituras de préstamo hipotecario como un límite (mínimo) del interés variable, comenzaron a «judicializarse» de forma masiva provocando que su problemática alcanzara al Alto Tribunal, quien debió pronunciarse acerca de su «validez», así como sobre los efectos de su «nulidad».

La cuestión nuclear se centraba en el peculiar *control de abusividad*, a que debían someterse las precitadas cláusulas, habida cuenta su falta de transparencia material. Por *falta de transparencia* debemos entender, tal y como sostiene, por todas, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 21 de diciembre de 2016⁵¹: «La observancia formal y material», que se vincula con el art. 5 de la citada directiva «y relacionado con el carácter suficiente de la información que se facilita a los consumidores, en el momento de la celebración del contrato, acerca de las consecuencias jurídicas y

48. De la Sentencia 375/2010, de 17 de junio.

49. De la Sentencia 375/2010, de 17 de junio, con cita a la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 1964.

50. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 3721/2017, de 16 de octubre. ECLI:ES:TS:2017:3721.

51. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), de 21 de diciembre de 2016 (ECLI:EU:C:2016:980), rectificada por Auto de 1 de febrero de 2017 y dictada en los asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308-15, en materia de cláusulas suelo.

económicas derivadas para ellos de la aplicación de las cláusulas relativas, en particular, al objeto principal del contrato».

Es preciso definir algunos conceptos invocados, tales como el de *buena fe*, en el ámbito de las aludidas cláusulas abusivas, comprendiendo aquélla una «norma modeladora del contenido contractual, capaz de expulsar determinadas cláusulas del contrato (...)\", al menos aquéllas que «suponen un desequilibrio de la posición contractual del adherente, es decir, aquellas que modifican subrepticamente el contenido que el adherente había podido representarse como pactado conforme a la propia naturaleza y funcionalidad del contrato; en el sentido de que puede resultar contrario a la buena fe intentar sacar ventaja de la predisposición, imposición y falta de negociación de cláusulas que perjudican al adherente. Así el art. 1.258 CC ha sido aducido para blindar, frente a pactos sorprendentes, lo que se conoce como el contenido natural del contrato (las consecuencias que, conforme a la buena fe, y según las circunstancias –publicidad, actos preparatorios, etc.– se derivan de la naturaleza de aquel»⁵². Como acertadamente manifiesta PERTÍÑEZ VÍLCHEZ⁵³: «En el caso concreto de las cláusulas suelo, la contrariedad a la buena fe radica en haber atraído a la clientela mediante una oferta en apariencia muy atractiva, representada por el diferencial aplicable al índice de referencia, que no es real, por cuanto que la ventaja que representa un diferencial bajo se ve amortizada por la existencia de la cláusula suelo, sobre la que no se ha informado suficientemente».

Respecto al *desequilibrio en la relación negocial*, para determinar si el mismo se puede apreciar en una cláusula «debe plantearse si deja al consumidor en peor situación que la prevista en el derecho vigente y si el profesional, tratando de forma leal y equitativa al consumidor, hubiera estimado de forma razonable que el consumidor la hubiera aceptado si hubiera una negociación individual con él (Dir. 1993/13/CEE art. 3.1; TJUE 14-3-13, C-415/2011)»⁵⁴.

Se dictó entonces la controvertida Sentencia de 9 de mayo de 2013⁵⁵, que tras sentar una rica doctrina sobre el control imperativo de las cláusulas abusivas, habida cuenta la «situación de inferioridad de los consumidores»; el control de oficio de la nulidad de las precitadas cláusulas; la influencia de las condiciones generales de la contratación sobre elementos esenciales del contrato; la necesidad de que el empresario aporte la carga de la prueba sobre la existencia de la negociación de las cláusulas predisuestas;

52. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 123/2017, de 18 de enero de 2017. ECLI:ES:TS:2017:123.

53. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Francisco (2017): *La Nulidad de las Cláusulas Suelo en Préstamos Hipotecarios*. Tirant lo Blanch, Valencia, p. 102.

54. En la obra citada, Memento Experto Francis Lefebvre: Protección Legal del Consumidor, 2021, p.72.

55. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 1916/2013, de 9 de mayo de 2013. ECLI:ES:TS:2013:1916.

el control de abusividad y el de transparencia respecto a las condiciones incorporadas a contratos con consumidores; la necesidad de información en la inserción de las cláusulas suelo en los préstamos hipotecarios; la exigencia de buena fe y equilibrio en las cláusulas no negociadas; nos sorprendió con el criterio acogido en torno a la eficacia no retroactiva de la sentencia.

¿Qué suponía dicha «eficacia no retroactiva»? A los efectos de no extendernos innecesariamente –en esta breve exposición que aborda el caso concreto de las «cláusulas suelo», por su relevancia en la evolución de la aplicación de la eficacia en cadena o propagación del vicio invalidante– resumiremos la respuesta en el siguiente razonamiento que arguye el Tribunal Supremo, en el Fundamento Jurídico Decimoséptimo de la mentada resolución: «287. 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 (artículo 9.3 CE)–, como lo evidencia el artículo 106 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común que pone coto a los efectos absolutos, inevitables y perpetuos de la nulidad y admite limitaciones al disponer que “[l]as 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, al derecho de los particulares o a las leyes”».

En síntesis, el Alto Tribunal restringe las consecuencias de la nulidad declarada, por mor del principio de seguridad jurídica, traducido en «el riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico», de suerte que la retroactividad de la sentencia no afectaría a las situaciones decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos que ya se hubieran efectuado en la fecha de publicación de la resolución judicial.

El efecto más inmediato que provocó el fallo fue que miles de afectados por las cláusulas suelo, con una sentencia a su favor, no pudieran recuperar todo el dinero pagado de más, por aplicación de una cláusula declarada nula de pleno derecho. Como matiza CORDERO LOBATO⁵⁶, sostener este argumento sería tanto como «concluir que el contratante de buena fe (consumidor) debe soportar los efectos ya producidos en la aplicación de una cláusula abusiva».

Indudablemente, desde nuestra perspectiva, no podemos suscribir la tesis defendida por el Tribunal Supremo, toda vez que el criterio sobre el que descansa su decisión no es otra que preservar la seguridad jurídica, ¿pero a favor de quién?, desde luego no *en pos* de la parte más débil en un contrato. Tampoco resulta ponderado –bajo nuestra

56. CORDERO LOBATO, Encarnación (2013). «Nulidad de cláusulas suelo no transparentes: ¿puede el consumidor recuperar los pagos excesivos? (STS, Sala de lo Civil, 9 de mayo, 2013)». *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, (6), pp. 129-133. Recuperado a partir de <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/308> (28/09/2023).

perspectiva– excepcionar el contenido del art. 1.303 del Código Civil, en aras a preservar el «orden público económico» favoreciendo, así, un palmario enriquecimiento injusto, a favor de la banca y, consecuentemente, refrendando el empobrecimiento del prestatario/ consumidor, que ha sufrido los resultados –sobre su patrimonio– de la imputación de una cláusula nula de pleno derecho. Ahondando en tales conceptos, consideramos que la seguridad jurídica no debe convalidar la exención de una norma, pues el resultado que genera es, justamente, el contrario al pretendido. Piénsese en las consecuencias de perpetuar la doctrina sentada por el Tribunal Supremo –en la referida sentencia del año 2013–, ello hubiera valido para que los bancos y cajas, *de facto*, encontraran una respuesta anuente a la incorporación de una cláusula nula, en los contratos de préstamo hipotecario suscritos con miles de consumidores, sin otro impacto que –en muchas ocasiones– una sentencia mero-declarativa de la nulidad de la cláusula suelo o con unos efectos restitutorios, extremadamente favorables al empresario, por restrictivos.

Con respecto al «orden público económico», tampoco parece tener predicamento, dentro de la doctrina, así, autores como PERTÍÑEZ VÍLCHEZ señalan con tino que el orden público económico «no es fuente de derecho en nuestro ordenamiento»⁵⁷. Sin embargo, dicha fundamentación –desde luego, bajo nuestro prisma, poco jurídica– sirvió para ratificar su posicionamiento en la Sentencia de 25 de marzo de 2015⁵⁸ (aunque en esta ocasión con un voto particular, rubricado por dos magistrados de la misma sala⁵⁹), en

57. En la obra citada, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Francisco (2017), p. 180.

58. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 1280/2015, de 25 de marzo de 2015. ECLI:ES:TS:2015:1280.

En efecto, la resolución judicial citada resuelve en su Fundamento Jurídico Cuarto lo siguiente: «4. Respecto del trastorno grave del orden público económico la sentencia de la Sala en la letra “K” del parágrafo 293 afirma que: “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 nulidad de las cláusulas controvertidas”. Pretender que en la acción individual no se produzca meritado riesgo no se compadece con la motivación de la sentencia, pues el conflicto de naturaleza singular no es ajeno al conjunto de procedimientos derivados de la nulidad de las cláusulas suelo incorporadas en innumerables contratos origen de aquellos, como es notorio y constatable por la abundante cita de sentencias que sobre tal objeto se hace en la presente causa. Y esa fue la razón que retuvo la Sala en su sentencia. 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».

59. Dicho voto particular, firmado por los magistrados Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno y Excmo. Sr. D. Xavier O’Callaghan Muñoz, discrepa del fallo de la sentencia, entre otros motivos, al considerar que: «Por último, debe señalarse que la presente sentencia al declarar la irretroactividad de la nulidad respecto de los pagos de los intereses realizados con anterioridad a la fecha de publicación de la sentencia de 9 mayo 2013, declaración que se realiza de un modo generalizado para todo consumidor adherente, venga no afectado por la acción colectiva de cesación que fue objeto de la citada sentencia, y con independencia de la naturaleza del ejercicio individual de la

el sentido de seguir limitando los efectos restitutorios de la nulidad de la cláusula suelo. En conclusión, debemos apuntalar la idea de JIMENA QUESADA⁶⁰ cuando mantiene que la apreciación del Alto Tribunal –en la consideración que este hace del principio de seguridad jurídica y del respeto al orden público económico– al resolver los efectos restitutorios de la cláusula suelo (nula de pleno derecho) supone una «apreciación subjetiva» que «refleja una discrecionalidad no respaldada por una acreditación numérica cuantificadora de los posibles daños en el concreto procedimiento judicial», de lo que se deduce la imposibilidad de que el Tribunal Supremo pueda (ni deba) combatir los excesos cometidos por las entidades financieras –en los contratos suscritos por ellas y los consumidores y usuarios– socavando la regulación legal establecida en nuestro Código Civil –también, en la normativa comunitaria, como podremos abordar con posterioridad– so pretexto de un riesgo para la economía española, derivada de la restitución (incuantificable) de los importes pagados de más por los prestatarios que soportaron la inclusión de una cláusula nula de pleno derecho, en sus hipotecas. No es misión del Tribunal Supremo erigirse en autoridad financiera o gubernativa que deba salvar el sistema económico-bancario del país, sino la de proteger, con apoyo en la interpretación y aplicación de la ley, los derechos e intereses de los más vulnerables, frente a la «mala praxis» de los bancos y cajas de ahorro.

acción de impugnación, opera, de modo material, una consecuencia jurídica que expresamente viene prohibida tanto por la jurisprudencia del TJUE, sentencia de 14 junio 2012 (TJCE/2012/143, caso Banco Español de Crédito), como por la reforma legislativa a la que dicha sentencia dio lugar (nuevo artículo 83 de la Ley 3/2014, de 27 marzo de modificación del Texto refundido 1/2007), esto es, que se produzca una integración, aunque sea temporalmente parcial, de la eficacia de la cláusula declarada nula por abusiva; extremo que claramente determina la presente sentencia pues en el plano material señalado, afectante al derecho de tutela judicial efectiva de los consumidores, que sin ser parte del proceso judicial establecido y, por tanto, sin atención a las circunstancias concretas de su relación contractual, ven vulnerada su legítima pretensión de impugnación de la citada cláusula y su derecho a la devolución íntegra de las cantidades satisfechas. Atentándose, del mismo modo, al efecto sancionador y disuasorio que informó la sentencia citada del TJUE, pues dada esta integración parcial de la eficacia de la cláusula nula, el mensaje que se transmite no es otro que el de la posibilidad de incumplir los especiales deberes de transparencia por el predisponente, sin sanción inicial alguna, que es lo que aquí ocurre al no estimarse la restitución de dichas cantidades con carácter «ex tunc», esto es, desde el momento en que venía obligado el predisponente. Bastando, de cara al futuro, que respecto de otras posibles cláusulas conflictivas se provoque una acción colectiva de cesación, cuestión que no descrita su posible instrumentalización abusiva o fraudulenta al respecto, para condicionar su aplicación a este incorrecto plano de la retroactividad y, en consecuencia, a la posible eficacia parcial de la cláusula que se declare abusiva».

60. JIMENA QUESADA, Luis (2016): «El pretexto de la excepcionalidad del orden público económico: Una ilustración de jurisprudencia nacional anticrisis». *Revista jurídica de los Derechos sociales. Lex Social*, 6, 2.

b) *El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su sentencia de 21 de diciembre de 2016*

Llegados a este punto, tenemos que referirnos a la «corrección» que se produjo, sobre el criterio jurisprudencial del Tribunal Supremo, por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su sentencia de 21 de diciembre de 2016 –ya mencionada– y por la que se declara la retroactividad de los efectos restitutorios, derivados de la declaración de nulidad de una cláusula abusiva (en este supuesto, de la cláusula suelo)⁶¹; haciendo especial hincapié en el «efecto disuasorio», acogido en la Directiva 93/13 y, por supuesto, en la protección integral del consumidor, sin que sea dable fraccionar, limitar o seccionar sus derechos.

Fruto de tal «enmienda» surgió la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2017⁶², que, finalmente, y siguiendo la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, reconoció los efectos retroactivos de la nulidad de las cláusulas suelo⁶³.

61. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea dispone, en sus Fundamentos Jurídicos 72 y 73, que: «Pues bien, la limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo, que el Tribunal Supremo acordó en la sentencia de 9 de mayo de 2013, equivale a privar con carácter general a todo consumidor que haya celebrado antes de aquella fecha un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula de ese tipo del derecho a obtener la restitución íntegra de las cantidades que haya abonado indebidamente a la entidad bancaria sobre la base de la cláusula suelo durante el período anterior al 9 de mayo de 2013.

De lo anterior se deduce que una jurisprudencia nacional –como la plasmada en la sentencia de 9 de mayo de 2013– relativa a la limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración del carácter abusivo de una cláusula contractual, en virtud del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, sólo permite garantizar una protección limitada a los consumidores que hayan celebrado un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula suelo con anterioridad a la fecha del pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró dicho carácter abusivo. Así pues, tal protección resulta incompleta e insuficiente y no constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de dicha cláusula, en contra de lo que establece el artículo 7, apartado 1, de la citada Directiva (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de marzo de 2013, Aziz, C415/11, EU:C:2013:164, apartado 60)».

62. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 123/2017, de 24 de febrero de 2017. ECLI:ES:TS:2017:123.

63. La sentencia cambia el criterio jurisprudencial, seguido en sus sentencias de 2013 y 2015, estableciendo, en su Fundamento Jurídico Quinto, que: «Adaptación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a los pronunciamientos del TJUE en materia de devolución de las cantidades cobradas en aplicación de la cláusula suelo. Desestimación del recurso de casación. 1.- Según reiterada jurisprudencia tanto del TJUE –actualmente o en sus denominaciones anteriores– (sentencias de 17 de diciembre de 1970, Internationale Handelsgesellschaft, C-11/70; 9 de marzo de 1978, Simmenthal, C-106/77; 22 de octubre de 1987, Foto-Frost, C-314/85; y 8 de septiembre de 2010, Winner Wetten, C-409/06,) como del TC (sentencias 28/1991, de 14 de febrero; 58/2004, de 19 de abril; 78/2010, de 20 de octubre; y 145/2012, de 2 de julio, entre otras muchas), los jueces nacionales, en su condición de jueces de la Unión, están obligados a salvaguardar la efectividad

Otra de las consecuencias que se desencadenaron, en paralelo, tras el pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, fue que el Gobierno español dictara una normativa «ad hoc», para tratar de resolver la enorme litigiosidad, promovida por las cláusulas nulas aludidas, cual es el Real Decreto-Ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusula suelo. Una norma no exenta, desde luego, de polémica, pues, a pesar de su denominación, aquella volvía a convertirse en un instrumento que reforzaba, enormemente, la posición –claramente dominante– de los bancos y cajas. En efecto, entre otras muchas cuestiones de dudosa imparcialidad, se contempla la creación de una suerte de conciliación o arbitraje, cuya resolución se entrega a los mismos que decidieron imponer la cláusula nula a miles de clientes que confiaron en sus recomendaciones. Es decir, era el propio banco quien debía –previo el supuesto estudio del caso en concreto– decidir si procedía ofrecer un acuerdo al cliente o no. «Pacto» que volvía a adolecer de la transparencia exigible y que –en la mayoría de supuestos– era igual de abusivo e irrespetuoso con los derechos del consumidor, como antaño lo habían sido las propias cláusulas suelo. *En primer lugar,*

del Derecho comunitario y su primacía sobre el Derecho nacional conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. 2.- El procedimiento de remisión prejudicial se basa en una cooperación que implica un reparto de funciones entre el juez nacional, competente para aplicar el Derecho comunitario a un litigio concreto, y el Tribunal de Justicia, al que corresponde garantizar la interpretación uniforme del Derecho comunitario en el conjunto de los Estados miembros (STJCE de 16 de diciembre de 1981, Foglia/Novello, C-244/1980). Además, las sentencias prejudiciales son obligatorias (artículo 91 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, versión consolidada de 25 de septiembre de 2012) y tienen, como regla, eficacia *ex tunc* desde su pronunciamiento, sin perjuicio de que el Tribunal de Justicia pueda limitar su dimensión temporal cuando concurren consideraciones imperiosas de seguridad jurídica (STJUE de 7 de julio de 2011, Nisipeanu, C-263/10). Se trata de una fuerza obligatoria *erga omnes*, por lo que son vinculantes no solo para el juez remitente, sino también para cualquier jurisdicción nacional que conozca de un caso análogo en el que se plantee la aplicación de la norma comunitaria interpretada o cuya invalidez haya sido declarada, con independencia de que sus decisiones sean recurribles o no en el ordenamiento nacional de los estados miembros de la UE (STJCE de 6 de marzo de 2003, Kaba, C-446/005, y SSTJUE de 5 de octubre de 2010, Elchinov, C-173/09; de 19 de abril de 2016, DI, C-441/145; y de 1 de julio de 2016, Ognyanov, C-614/14). 3.- En consecuencia, procede modificar la jurisprudencia de esta sala sobre los efectos retroactivos de la declaración de nulidad de la denominada cláusula suelo, toda vez que la citada STJUE de 21 de diciembre de 2016 ha considerado que: a) La limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo, que el Tribunal Supremo acordó en la sentencia de 9 de mayo de 2013, se opone al art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE y equivale a privar con carácter general, a todo consumidor que haya celebrado antes de aquella fecha un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula de ese tipo, del derecho a obtener la restitución íntegra de las cantidades que haya abonado indebidamente a la entidad bancaria en virtud de la cláusula suelo durante el período anterior al 9 de mayo de 2013. b) Dicha jurisprudencia nacional sólo permite garantizar una protección limitada a los consumidores que hayan celebrado un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula suelo con anterioridad a la fecha del pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró dicho carácter abusivo; y tal protección resulta incompleta e insuficiente y no constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de dicha cláusula, en contra de lo que establece el artículo 7.1 de la Directiva 93/13/CEE».

porque –como se ha expuesto– esa «solución» procedía de la misma entidad que había roto con el equilibrio de posiciones y derechos entre las partes contratantes. *En segundo lugar*, porque se trataba de textos prerredactados a placer de la entidad, sin que en él cupiera un mínimo margen de negociación entre el cliente y el banco. El primero debía limitarse a firmar ese nuevo pacto, en muchos casos, con cláusulas de confidencialidad y renuncia al ejercicio de futuras acciones (lo cual supone otro abuso más). *En tercer lugar*, porque no siempre se actuaba con ecuanimidad, restituyéndose las cantidades que procedían (ello causó que muchos consumidores aceptaran devoluciones de importes erróneas o que se vieran obligados a contratar a un abogado y/o a un perito –incurriendo en los gastos derivados de ello– para que les asesoraran en la aceptación o rechazo de tal acuerdo). Otras veces, la entidad no reconocía –ni tan siquiera– el derecho de ser restituído, so pretexto de que las cláusulas de sus escrituras de préstamo hipotecario eran válidas. Ese escenario forzaba al consumidor a iniciar la vía judicial, con un enorme retraso temporal (3 meses era el plazo que el antedicho real decreto ley, concedía a las entidades para el estudio y ofrecimiento de un acuerdo, en su caso), que se veía incrementado por la propia demora en la tramitación del procedimiento judicial⁶⁴ –ya de por sí extremadamente lenta y tediosa–. *En cuarto lugar*, porque la normativa preveía un sistema de imposición de costas –una vez más, en términos de benevolencia hacia la banca– que suponía un retorcimiento del clásico «vencimiento objetivo» previsto en el art. 394 LEC⁶⁵.

64. Recuérdese que el paradigmático caso de las cláusulas suelo también motivó la creación de los «Juzgados Especializados», por orden del Acuerdo de 21 de diciembre de 2022, de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, por el que se atribuye a determinados juzgados, con la competencia territorial indicada para cada juzgado, de manera exclusiva y excluyente o no excluyente, según los casos, el conocimiento de la materia relativa a las acciones individuales sobre condiciones generales incluidas en contratos de financiación con garantías reales inmobiliarias cuyo prestatario sea una persona física. BOE núm. 310, de 27 de diciembre de 2022, pp. 185573 a 185575. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2022-22646 (Consultado el 17/9/2023).

65. El art. 4 del Real Decreto Ley 1/2017, de 20 de enero, dispone que: «1. Solamente si el consumidor rechazase el cálculo de la cantidad a devolver o declinase, por cualquier motivo, la devolución del efectivo e interpusiera posteriormente demanda judicial en la que obtuviese una sentencia más favorable que la oferta recibida de dicha entidad, se impondrá la condena en costas a esta.

2. Si el consumidor interpusiere una demanda frente a una entidad de crédito sin haber acudido al procedimiento extrajudicial del artículo 3, regirán las siguientes reglas: a) En caso de allanamiento de la entidad de crédito antes de la contestación a la demanda, se considerará que no concurre mala fe procesal, a efectos de lo previsto en el artículo 395.1 segundo párrafo, de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. b) En el caso de allanamiento parcial de la entidad de crédito antes de la contestación a la demanda, siempre que consigne la cantidad a cuyo abono se comprometa, solo se le podrá imponer la condena en costas si el consumidor obtuviera una sentencia cuyo resultado económico fuera más favorable que la cantidad consignada. 3. En lo no previsto en este precepto, se estará a lo dispuesto en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil».

En suma, como de forma valiente concluye RIBÓN SEISDEDOS⁶⁶, el real decreto ley «más parece un salvavidas para la banca que un remedio para el maltrecho consumidor».

Tras la anterior exposición, en la que hemos incluido un inciso explicativo sobre el criterio correctivo que introdujo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, respecto del pronunciamiento del Tribunal Supremo, sobre el emblemático caso de las cláusulas suelo, retomamos el análisis jurisprudencial de la mencionada Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 2017⁶⁷, necesaria, por otra parte, para seguir el hilo conductor acerca de la evolución jurisprudencial de la aplicación de la teoría de la propagación del vicio invalidante y del tratamiento de los llamados «pactos novatorios» –a que se hizo alusión con anterioridad– derivados de las –ya conocidas– cláusulas suelo.

Tal resolución judicial analiza un asunto en que la entidad financiera Caja España, impuso una cláusula suelo en el préstamo hipotecario de los clientes, fijado en un 3 %. Los particulares –alertados por otros clientes de la misma entidad– solicitaron al banco que les redujera dicha cláusula suelo a un 2,5 %. Por Caja España se accedió a tal petición y durante los años 2010 y 2011 se les aplicó el suelo del 2,5 %. Sin embargo, en 2013 se les volvió a incrementar al 3 % inicial. Los consumidores acudieron a la vía judicial solicitando, en su escrito de demanda, como pretensión principal: la declaración de nulidad de la cláusula suelo, al tratarse de una cláusula abusiva por falta de transparencia, junto a la restitución de las cantidades pagadas de más por aplicación de la susodicha cláusula limitativa. Subsidiariamente, se suplicó al juzgador que –para el supuesto de no estimarse la acción principal– se aplicara «el suelo» del 2,5 % y se restituyeran las cantidades cobradas a partir de 2012, momento en el que se volvió a elevar el límite al 3 %. En primera instancia, el juzgado estimó que, conforme al art. 1.208 del Código Civil, al haberse negociado un nuevo límite (del 2,5 %) en el año 2009, los demandantes habían sanado el vicio inicial de la cláusula tornándola válida. Por ende, se desestimó la petición inicial y se accedió a la subsidiaria, fijándose la cláusula suelo en un 2,5 % y obligando a la entidad a restituir las cantidades cobradas de más desde el año 2012 (cuando Caja Madrid decidió volver a incrementar el porcentaje al

Parece que el criterio impuesto en la normativa *ad hoc*, en materia de cláusulas suelo, ha sido superada por la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 288/2023, de 22 de febrero (ECLI:ES:TS:2023:563), por la que se reconoce la imposición de las costas, en los procedimientos con consumidores, en los que se haya estimado una acción de nulidad de una cláusula abusiva (incluso si no se han estimado las pretensiones restitutorias), de acuerdo con lo dispuesto en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de julio de 2020 (Asuntos acumulados C-224/19 y C-259-19) y de conformidad con los principios de no vinculación y de efectividad del Derecho de la Unión Europea, así como con lo previsto en los arts. 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE (principio de carácter no vinculante de los consumidores a las cláusulas abusivas, impuestas en un contrato y principio de efecto disuasorio).

66. RIBÓN SEISDEDOS, Eugenio (2017), p. 59.

67. ECLI:ES:TS:2017:3721.

3 %). En segunda instancia, la Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación formulado por los demandantes, al entender que carecían de legitimación, toda vez que la sentencia del órgano *a quo* no les era perjudicial, al haberse estimado la acción subsidiaria. Así las cosas, los particulares interpusieron recurso extraordinario por infracción procesal y de casación.

El Alto Tribunal, en su sentencia, tras declarar que la cláusula suelo adolecía de nulidad absoluta, por virtud de lo establecido en el art. 6.1 de la Directiva 93/13 entra a valorar el fallo de la sentencia recaída en la primera instancia, aduciendo que, con respecto a la novación acogida por dicho órgano: «La nueva obligación adolecerá de los mismos vicios que la obligación novada, salvo que la voluntad de los interesados pueda y quiera subsanar tales defectos. Para que tal subsanación se produzca, es preciso que se den los requisitos que el art. 1.311 del Código Civil y la jurisprudencia que lo desarrolla establecen para la convalidación de los negocios anulables». Y añade que la petición de los clientes de que, al menos, se le redujera la cláusula suelo al 2,5%, no puede «en ningún caso» considerarse como una «convalidación del contrato pues no constituye un acto inequívoco de la voluntad tácita de convalidación o confirmación de un contrato, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir, esclarecer sin ninguna duda dicha situación financiera». Asimismo, conviene reseñar que los magistrados manifiestan –en su resolución– que «la nulidad absoluta o de pleno derecho es insubsanable y no permite la convalidación del contrato (Sentencia 654/2015, de 19 de noviembre, y las que en ella se citan)».

Se ha de subrayar –en tal contexto– la aseveración que el Tribunal efectúa en línea a la doctrina, representada por el brocardo *quod nullum est, nullum effectum producit*, a cuyo tenor la nulidad absoluta –explica– no puede ser convalidada o subsanada, y, por ende, carece de cualquier posibilidad de generar consecuencia alguna. Regresamos, del mismo modo, a la idea inicial –también plasmada en la sentencia– de ausencia de voluntad, por los consumidores, de «revivir» una cláusula nula –incluso con su propio ruego de disminución de la cláusula nula–, habida cuenta el profundo desconocimiento de las derivaciones financieras que ello podía suponer en su patrimonio. Dicha carencia en su consentimiento, libre y válidamente prestado, regido por la ignorancia, es motivo suficiente como para que la nulidad de la cláusula suelo (contratada bajo el mismo influjo y escasez de juicio económico-jurídico) contagie o se propague al «acuerdo» u acto posterior. Entendemos, como lo hace el Alto Tribunal, que el art. 1.208 del Código Civil es inoperable –en el supuesto transcrito– al colisionar con una causa de nulidad de pleno derecho de las contenidas en el art. 1.261 del mismo texto legal. En tal hipótesis, debemos representar un juicio de ponderación en que sea posible apreciar si existe consentimiento válidamente prestado y causa en el acto posterior que se soporta e infiere de una nulidad radical frente a la «voluntad» de subsanar o convalidar esa nulidad. No parece que la actitud desesperada de quien pretende minorar la carga económica de sus obligaciones pecuniarias sea causa o voluntad suficientes como para mutar lo nulo en un acto válido. Tampoco resulta lógica la invocación de la novación (en los términos del art. 1.208 del Código Civil) ni mucho menos su aplicación, si –como sostiene

el Alto Tribunal– la alegación de la nulidad no solo pende del deudor, sino que –en el supuesto de la nulidad absoluta– es apreciable de oficio (esto es, por un tercero ajeno a la relación jurídica); o si no cabe hablar de ratificación convalidable de los actos nulos en su origen, dada cuenta que es imposible dicho remedio jurídico, cuando tratamos de una nulidad absoluta (esto es, de un acto o contrato que, por carecer de sus elementos más esenciales, nunca debió nacer a la vida jurídica y, consecuentemente, está impedido para crear efectos). Sin embargo, el Tribunal Supremo cambió su posicionamiento en una sentencia posterior, aquilatando el argumento de la convalidación de un pacto alumbrado por una cláusula primitiva nula de pleno derecho.

C) *Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 1238/2018, de 11 de abril de 2018*

En este supuesto, nos hallamos ante unos hechos, ciertamente, distintos a los descritos con anterioridad, toda vez que existiendo una cláusula suelo ínsita en la escritura de préstamo hipotecario de unos clientes, la demandada –Ibercaja, SAU– ofreció a aquellos un pacto en el que se les rebajaba el interés a un 2,25 %⁶⁸. En tal documento privado, los prestatarios afirmaban lo siguiente: «Soy consciente y entiendo que el tipo de interés de mi préstamo nunca bajará del 2,25 % nominal anual». Los demandantes acudieron a la vía judicial, en solicitud de la declaración de nulidad de la cláusula suelo y del contrato privado, suscrito a *posteriori*. El Alto Tribunal, apartándose de su criterio sentado en la sentencia de 2017, considera que:

«los contratos no son novaciones sino transacciones, en la medida en que se conciertan en un momento en que existía una situación de incertidumbre acerca de la validez de las cláusulas suelo incorporadas a los dos contratos originales, después de que se hubiera dictado la Sentencia 241/2013, de 9 de mayo, y los posteriores autos aclaratorio y denegatorio de nulidad de actuaciones, y en ellos se advierte la causa propia de la transacción: evitar una controversia judicial sobre la validez de estas dos concretas cláusulas y sus efectos. Conviene no perder de vista que la Sentencia 241/2013, de 9 de mayo, expresamente refiere que la cláusula suelo en sí misma no es nula por abusiva, sino tan solo en la medida en que no se cumplan las exigencias de transparencia. El efecto mediático de aquella sentencia y sus consecuencias en la litigiosidad posterior explica la reseñada situación de incertidumbre y el *animus* de evitar el pleito, circunstancias que caracterizan la transacción y permiten diferenciarla de la mera novación».

Asimismo, añade y se corrige, con respecto a la sentencia de 2017, en los siguientes términos: «En ese caso entendimos que la nulidad de la cláusula suelo, consecuencia de no cumplir las exigencias de transparencia, no quedaba convalidada por la posterior petición de los prestatarios de que se les redujera la cláusula suelo al nivel que tenían

68. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 1238/2018, de 11 de abril de 2018. ECLI:ES:TS:2018:1238.

otros compradores de la misma promoción», «pues no constituye un acto inequívoco de la voluntad tácita de convalidación o confirmación del contrato, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda dicha situación confirmatoria». Y como razón adicional, añadimos que, al tratarse de una nulidad absoluta, operaría la previsión del art. 1.208 CC, que vedaría la novación modificativa de la cláusula.

Lo que distingue la Sentencia 558/2017, de 16 de octubre, del presente caso es que, en el primero, no se apreció la voluntad de realizar concesiones recíprocas para evitar el pleito, sino que la finalidad del acuerdo era equiparar el suelo al previsto para otros «compradores de la misma promoción».

Como conclusión, el Tribunal Supremo sostiene que la transacción «en principio» no contraviene a la ley, por ser una materia disponible y dicha posibilidad no puede vetarse al consumidor, cuando la finalidad es «favorecer la solución extrajudicial de conflictos».

Ahora bien, en este punto, es obligado detenerse en el voto particular formulado por el exmagistrado Excmo. D. Javier Orduña, respecto del cual –ya adelantamos– compartimos íntegramente sus razonamientos en las discrepancias que opone al criterio del resto del Tribunal. Así, a nuestro juicio, con gran acierto, Orduña manifiesta en su voto discrepante las siguientes ideas que, por su trascendencia y en consonancia con la tesis que defendemos, debemos desglosar:

- La carga de la prueba sobre la negociación de una cláusula o condicionado la debe soportar el predisponente y es, por ello, que dichos actos no deben escapar al control de transparencia, entendiéndose que tales documentos merecen la calificación de «condiciones generales de la contratación», máxime cuando el consumidor –*a sensu contrario*– no ha influido efectivamente en su redacción (extremo este que debe «ser probado por el profesional o el empresario»).
- En el caso enjuiciado, sostiene Orduña que la entidad bancaria no probó que el referido acuerdo –alcanzado con los clientes– fuera realmente negociado, sino que, incluso, no niega que el documento o documentos ofertados por la propia Ibercaja eran predisuestos e impuestos por ella misma, sin que se entregara copia de aquellos. En su consecuencia, la entidad parecía perseguir «limitar su responsabilidad patrimonial en los casos de contratación de préstamos hipotecarios con inclusión de cláusula suelo, que pudiera ser declarada abusiva».
- El consumidor no puede ser considerado «consciente (...) del carácter no vinculante de la cláusula suelo o de su carácter litigioso», por ende, no puede hablarse de «disponibilidad de las partes» (en términos de libertad contractual).
- En la contratación bajo condiciones generales, «el poder de decisión del adherente, si acaso lo tiene, porque el bien o el servicio le puede resultar imprescindible, se limita a “aceptar” o “rechazar” el único contrato posible que es el que ha redactado el predisponente».

- En esa clase de contratación existen unas «reglas de conducta» o «reglamentación» que poco o ningún margen dejan a la voluntad de una de las partes (el adherente) al imponerse «las exigencias mismas que el sistema económico ha determinado».
- Los documentos postreros a la cláusula suelo, por consiguiente, deben ser así tratados: como condiciones generales de la contratación que, además, «inciden en los elementos esenciales del contrato (configuración del tipo de interés aplicable, como en la renuncia de los derechos del consumidor, tal y como expresamente se reconoce en dichos documentos)» y, por ende, sometidos al control de transparencia «como presupuesto *ab initio* de su posible validez y eficacia».
- Al empresario o predisponente que «configura condiciones generales que inciden sobre elementos esenciales de la relación negocial» se le debe exigir “un plus” de información, o de exigencia de transparencia», sin que se le deba requerir al consumidor «dada la simetría de información existente», el que deban efectuar por ellos mismos «un minucioso y pormenorizado análisis del condicionado predispuerto», máxime cuando este último comporta una carga jurídica y económica de vital trascendencia.
- Como recuerda el exmagistrado, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea impone que el control de la transparencia sea no solo «cuantitativo» (abarcando «todos los elementos relevantes»), sino también «temporal» (abrazando a todas las etapas del *iter* contractual, especialmente a la fase precontractual, a fin de que el consumidor –con la información suministrada– «pueda valorar correctamente el alcance del compromiso que va a asumir con la celebración del contrato».
- De lo anterior, Orduña colige que los documentos objeto de análisis, en cuanto a su validez, deben reputarse nulos de pleno derecho por no superar el control de transparencia, habida cuenta que existió –por parte de la entidad financiera– una ausencia de información acerca de los aspectos relevantes referidos, como la «trascendencia de la carga jurídica y económica que para los consumidores reportaba la «renuncia de acciones y conformidad con las liquidaciones y pagos realizados». Esto es así porque, como apuntala el autor del voto particular, «de un modo deliberado» esos «pactos novatorios» parten de la “validez y vigor de los préstamos suscritos”, “de su formulación y clausulado”, justificando la modificación operada, al margen de cualquier acuerdo transaccional, en el “cambio de la coyuntura económica financiera”».
- La susodicha renuncia de acciones por parte del consumidor aparece en el documento privado como «inocua». «De forma que se le “oculta” la verdadera razón de su predisposición, es decir, la cobertura o blindaje para el predisponente de las previsibles consecuencias o efectos que se deriven de la declaración de abusividad de las cláusulas suelo incluidas en los iniciales contratos de préstamo hipotecario».

- Orduña aduce «ambigüedad calculada» y «falta de claridad y precisión de la información suministrada», tanto en lo que acontece a la «cláusula de renuncia» como a los «documentos en su conjunto», todo ello, con relación a la «“trascendencia” para los derechos del consumidor».
- Compara, el disidente, la conducta de la entidad financiera con la misma «publicidad engañosa», al ofertar –con engaño– un «acuerdo» o «pacto» que influyó, decisivamente, sobre los clientes, al «“silenciar” datos fundamentales que ofrecieran una mínima concreción sobre las consecuencias jurídicas y económicas» que aquellos «asumían con su adhesión», esto es, la ocultación del «carácter litigioso de dichas cláusulas suelo en materia de consumidores y la posibilidad de denunciar su abusividad y de reclamar las consecuencias derivadas a los efectos de la restitución procedente».
- Se apela, en el susodicho voto particular, a las SSTJUE de 14 de abril de 2016 y 21 de febrero de 2013, para razonar ese símil con la publicidad engañosa y el influjo psicológico que, de la mano de una aparente solución, se ejerce sobre los consumidores. Concretamente, se arguye que «solo el temor en su momento a la posible eficacia de la cláusula tachada ahora nula justifica acceder a una mera rebaja del tipo de interés impuesto».
- Orduña hace especial hincapié en la [falta de] diligencia y en la anticipación con que actuó la entidad financiera, para «hacer firmar, “de puño y letra de los consumidores”, la cláusula de conocimiento y comprensión de las cláusulas suelo resultantes de las novaciones modificativas. Con una clara intencionalidad de confirmar la validez de las mismas».
- Otro aspecto relevante que se aborda es el relativo a la conexión entre la protección del consumidor (ante la presencia de documentos predispuestos, de la naturaleza expuesta con anterioridad) y el «orden público comunitario». En una excepcional demostración del profundo conocimiento del derecho de la Unión Europea del que es poseedor el doctor Orduña, este manifiesta –en síntesis– que la propia declaración de ineficacia (derivada de la falta de transparencia por su abusividad) –incuestionada por el Alto Tribunal– de que adolece la cláusula suelo «constituye un elemento conceptual que forma parte integrante del orden público comunitario, conforme al principio de efectividad del art. 6 de la Directiva 93/13/CEE» –como así lo avalan diversas sentencias comunitarias⁶⁹– y añade: «De ahí su indisponibilidad y la prohibición de moderación e integración por los jueces nacionales». De lo anterior se deriva un efecto trascendental como es que: la ineficacia «resultante de la declaración de abusividad» queda asimilada «a una nulidad radical o de pleno derecho». Es decir, que la propia ineficacia determina una «desvinculación plena» de las

69. Entre ellas, se citan las SSTJUE de 6 de octubre de 2009, asunto C-40/08 y 30 de mayo de 2013, asunto C-488/2011).

consecuencias jurídicas que hayan podido dimanar de la cláusula declarada nula. Tal desconexión opera «temporalmente» con relación a la restitución *ex tunc* de lo ya pagado o entregado, como «materialmente», con relación a la supresión de la validez y eficacia de los actos que traigan causa directa de la cláusula declarada abusiva». Concluye Orduña este análisis en torno al principio de «orden público comunitario» con una conexión directa entre el mismo y el efecto disuasorio, que se desprende del art. 7.1 de la meritada directiva –cuestión esta que se abordará más adelante–.

- Asevera el exmagistrado que el supuesto enjuiciado no puede reconducirse a la mediación o a la homologación judicial de convenio transaccional, toda vez que «el régimen de ineficacia absoluta» «se extiende también a aquellos actos o negocios que traigan causa directa de las cláusulas declaradas abusivas y, por ende, traten de “moderar”, “integrar” o “convalidar” la ineficacia resultante, bien rebajando el interés mínimo de la cláusula suelo, o bien, (...) predisponiendo una renuncia de los derechos básicos de los consumidores contraria, a la tutela judicial efectiva de los consumidores (art. 24 CE), esto es, el control judicial de oficio de las cláusulas suelo y de las posteriores renunciaciones predispuestas por el profesional».
- La deliberación discrepante culmina con el examen de la (in)validez de los denominados pactos novatorios, en los siguientes argumentos que se formulan someramente: *en primer lugar*, entiende el exmagistrado, que otorgar eficacia a tales «pactos» entraña (en el supuesto enjuiciado por el Alto Tribunal) «una renuncia al ejercicio de acciones y reclamaciones» contraria a los derechos de los consumidores y usuarios que, a su vez, compromete el «marco normativo de nuestro Derecho nacional». *En segundo lugar*, se abona la tesis sobre la ineficacia de tales «pactos novatorios», por cuanto su «calificación» (jurídica) es errónea, entre otros motivos, porque solo se aprecia la «voluntad de novar» de la entidad bancaria, quien, al propio tiempo, se vale de los mismos para subrayar la pretendida «validez y vigor de los préstamos suscritos y de sus condiciones». *En tercer lugar*, la ineficacia de esos «contratos transaccionales» obedece a que su finalidad –contrariamente a lo razonado por la mayoría de los miembros de la Sala Primera del Tribunal Supremo– no persigue la evitación de un pleito o «situación litigiosa», toda vez que –como ya se ha sugerido con anterioridad– la entidad financiera parte de la validez de las cláusulas suelo incorporadas en la escritura de préstamo hipotecario, cuando el verdadero objetivo de tales «acuerdos» era –sostiene el *exponendo*– preservar el «cambio de la coyuntura económica financiera».
- Recuerda Orduña que las «meras quejas» de los clientes afectados por los intereses pagados (en aplicación de la cláusula suelo) no pueden considerarse convalidación de las mismas, tampoco de un «acuerdo transaccional (...) cuya ineficacia y alcance último ha sido conocido por los consumidores tras la STJUE de 21 de diciembre de 2016».

- Como corolario de todo lo anterior, expone el doctor Orduña, acerca de la validez de los pactos novatorios, lo siguiente:
 - i) Los documentos suscritos responden a la naturaleza de una novación modificativa de los contratos iniciales de préstamo hipotecario, por la que el predisponente pretende la convalidación de las cláusulas suelo. Dicha convalidación, conforme a la normativa comunitaria y a la legislación sectorial aplicable, resulta improcedente dada la nulidad de pleno derecho de la obligación objeto de la novación, tal y como contempla el art. 1208 del Código Civil y la jurisprudencia de esta sala (SSTS 654/2015, de 19 de noviembre y 558/2017, de 16 de octubre).
 - ii) La calificación de novación modificativa declarada por las instancias no es ilógica, arbitraria o contraria a norma imperativa; por lo que queda extramuros de la revisión en sede casacional. En cualquier caso, su revisión por el carácter transaccional de los citados documentos también resulta improcedente, pues vulnera la regla de la interpretación «contra proferentem» (art. 1288 del CC, art. 10 del TRLGCU y art. 6.2 LCGC) que impone que debe resolverse dicha duda de interpretación o de calificación en contra del predisponente, esto es, en el sentido más beneficioso para la posición e intereses del consumidor y no, como en el presente caso, para favorecer la limitación de responsabilidad patrimonial de la entidad bancaria que ve confirmadas sus cláusulas suelo, sin restitución alguna.
 - iii) La calificación transaccional de dichos documentos tampoco procede en atención a los presupuestos requeridos para la misma, a saber, la previa existencia o delimitación de la situación litigiosa y la idoneidad de la controversia para ser objeto de transacción. Ninguno de estos presupuestos concurrieron en la predisposición y adhesión de los citados documentos. Los consumidores no otorgaron un consentimiento «libre e informado» sobre la cláusula de renuncia de acciones y su alcance transaccional, pues no fueron conscientes del alcance de su carácter litigioso. Tampoco la entidad bancaria podía recurrir a la figura de la transacción para dejar sin efecto las normas imperativas de protección de los consumidores por medio de una previa renuncia de sus acciones, esto es, de su derecho básico a que las cláusulas predispuestas queden sujetas al control de transparencia y puedan ser declaradas abusivas y, por tanto, nulas de pleno derecho con los correspondientes efectos restitutorios (art. 10 TRLGDCU, en relación con el art. 86.7 de dicho texto legal). Del mismo modo que la citada renuncia de acciones no puede vulnerar el derecho de los consumidores a la tutela judicial efectiva, es decir, al control judicial de oficio de las cláusulas suelo.

Finaliza el voto particular resolviendo que el recurso de casación promovido por la entidad financiera debiera haberse desestimado íntegramente, en consonancia con la línea jurisprudencial acogida en la sentencia de 2017, en cuanto que la práctica bancaria llevada a cabo es vulneradora de los «derechos básicos de los consumidores».

D) *Jurisprudencia actual*

Tras la resolución estudiada –que abre paso a la validez de los llamados «pactos novatorios»– son muy frecuentes los fallos que el Tribunal Supremo ha dictado a favor de los susodichos documentos redactados –de diferentes modos, pero con una finalidad común– por las entidades financieras. Alguno de esos contratos –es bien cierto– no recogen la cláusula de renuncia a las futuras acciones legales que pudieran entablar los consumidores a futuro contra el banco; empero, en líneas generales, y en su conjunto, tales pactos continúan suponiendo una cortapisa para los derechos de los consumidores en tanto en cuanto siguen restringiendo su capacidad de decisión (su voluntad) limitando la información suministrada y amparándose en una predisposición en que la transparencia brilla por su ausencia.

Asimismo, en la práctica forense, tales contratos (bajo el influjo del Real Decreto Ley 1/2017, de 20 de enero y, dígase de paso, con el respaldo de la jurisprudencia, desde la sentencia de 2018) han incorporado una amalgama de estipulaciones de lo más variopintas, así como liquidaciones de intereses erróneas que, claramente, benefician al empresario.

En definitiva, se ha concedido al sector bancario la prerrogativa de «enjuiciar» la validez de las cláusulas suelo (en muchos casos confirmando la misma) y de posibilitar la «restitución» (no siempre justa y de acuerdo con lo establecido en el art. 1.303 del Código Civil) de lo pagado de más por el cliente, en aplicación de la mentada cláusula.

A título de ejemplo, y siguiendo un orden cronológico, hemos seleccionado algunas sentencias, de años posteriores, en las que constatamos cómo el Alto Tribunal mantiene su criterio otorgando validez a los «pactos transaccionales», a saber:

— Año 2020

- *Sentencia del Tribunal Supremo 589/2020, de 11 de noviembre*⁷⁰, en la que se expone con meridiana claridad que en cuanto al acuerdo novatorio no cabe declarar su nulidad, toda vez que «es admisible una transacción, aunque la obligación preexistente sobre la que exista la controversia pudiera ser nula por falta de transparencia y/o abusividad, circunstancia que solo podría determinarse si se declara dicha nulidad judicialmente, y siempre que la nueva relación jurídica nacida de la transacción no contravenga la ley». Y añade: «Como cualquier otro negocio jurídico, lo convenido por las partes tiene eficacia vinculante entre ellas en tanto no se justifique su nulidad (Sentencia 344/2017, de 1 de junio). Esta fuerza obligatoria del contrato de transacción la expresa el art. 1.816 CC diciendo que “la transacción tiene para las partes la autoridad de la cosa juzgada”. Por ello, en tanto no se acredite alguna causa de nulidad del acuerdo litigioso, las

70. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 589/2020, de 11 de noviembre de 2020. ECLI:ES:TS:2020:3688.

partes quedan vinculadas en los términos transigidos y, por tanto, con renuncia al ejercicio de acciones a cambio de la eliminación del suelo (...), lo que impediría, en vía de principios, enjuiciar la situación previa a la transacción precisamente porque las partes quedan vinculadas por lo transigido»⁷¹.

En el mismo sentido, dentro del mismo año 2020, entre otras: SSTS 676/2020, de 15 de diciembre⁷² y 692/2020, de 28 de diciembre⁷³.

— Año 2021

- SSTS 32/2021, de 26 de enero⁷⁴; 309/2021, de 12 de mayo⁷⁵, 325/2021, de 17 de mayo⁷⁶; 335/2021, de 18 de mayo⁷⁷ entre otras. Las notas comunes que poseen las resoluciones anteriormente reseñadas son:
 1. Que reiteran la doctrina sentada por el propio Tribunal Supremo, en la ya analizada Sentencia de 11 de abril de 2018, en cuanto a otorgar validez a los acuerdos «novatorios» posteriores a la nulidad de la cláusula suelo.

71. Conviene advertir que respecto a la sentencia de la Audiencia Provincial, que casa la resolución mencionada (SAP Álava 54/2018, de 13 de febrero de 2018), aquella sostenía la nulidad del acuerdo transaccional, a cuenta de la nulidad de pleno derecho de la cláusula suelo, de la que nació y, por ende, de la imposibilidad de que esos acuerdos transaccionales extrajudiciales originen nuevos vínculos jurídicos; incluyendo que tales pactos no pueden «convalidar una cláusula radicalmente nula ni las liquidaciones derivadas de ella. Lo que es nulo ningún efecto produce», concluye. Todo lo anteriormente expresado se basa en la regulación contenida en los arts. 8 LCGC y 10 bis.2 LGDU, así como en diversas sentencias de la propia sala enjuiciadora.

72. ECLI:ES:TS:2020/4290. Esta sentencia se apoya en la STJUE de 9 de julio de 2020, a la que, con posterioridad, haremos mención.

73. ECLI:ES:TS:2020:4388. La resolución, si bien declara la validez del pacto transaccional –posterior a la declaración de nulidad de cláusula suelo–, no es menos cierto que considera nula la estipulación –en él contenida– relativa a la renuncia al ejercicio de acciones, pues la misma se extiende a «cualquier acción que traiga causa de su formalización y clausulado (...), así como por las liquidaciones y pago realizados hasta la fecha». Advierte el Tribunal que se le hubiera podido otorgar validez a esa estipulación de haberse ceñido a acciones relativas a la «validez de la cláusula suelo y a las liquidaciones y pagos realizados hasta la fecha».

74. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 125/2021, de 26 de enero de 2021. ECLI:ES:TS:2021:125.

75. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 1843/2021, de 12 de mayo de 2021. ECLI:ES:TS:2021:1843.

76. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 1924/2021, de 17 de mayo de 2021. ECLI:ES:TS:2021:1924.

77. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 1925/2021, de 18 de mayo de 2021. ECLI:ES:TS:2021:1925.

2. Que se basan en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de julio de 2020⁷⁸, la cual faculta, al juzgador, a otorgar validez a los pactos nacidos de una cláusula nula de pleno derecho, previo el análisis de su transparencia.
3. Que rechazan la validez de la estipulación relativa a la renuncia de acciones legales que pudieran amparar a los consumidores; ínsita en los mentados contratos novatorios, por cuanto aquellas –en la mayoría de casos– se solían referir, genéricamente, a «cualquier acción» que trajera causa de la formalización y clausulado del contrato de préstamo, trascendiendo a aspectos que excedían del ámbito de la cláusula suelo y sus efectos (liquidaciones y pagos realizados, en aplicación de la misma).

— Año 2022

- SSTS 489/2022, de 21 de junio⁷⁹, 555/2022, de 8 de julio⁸⁰, 143/2022, de 22 de febrero⁸¹; por todas. Con reiteración de doctrina, el Alto Tribunal insiste en la validez de las cláusulas de novación insertas en los pactos o contratos

78. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de julio de 2020, asunto C-452/2018. ECLI:EU:C:2020:536. En tal resolución, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea resolvía una cuestión prejudicial, planteada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 de Teruel, acerca de la interpretación de los arts. 3 y 6 de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y, más concretamente, su encaje con los llamados «pactos novatorios o transaccionales» suscritos entre las entidades financieras y sus clientes, con cláusula suelo en sus contratos de préstamo hipotecario. El Tribunal de Justicia Europeo, en síntesis, concede validez a los reiterados pactos novatorios, nacidos de una estipulación nula de pleno derecho (la cláusula suelo), así como a las renunciaciones de los consumidores a hacer valer acciones legales, en un futuro, siempre y cuando «la renuncia proceda de un consentimiento libre e informado por parte del consumidor, extremo este que corresponde comprobar al juez nacional». Clarifica el Tribunal, además, que una cláusula potencialmente abusiva puede dar lugar a un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, con la finalidad de modificar aquella, correspondiendo al juzgador nacional el análisis de su transparencia, así como la detección de la posible falta de información suministrada al consumidor, en aras a que este comprenda las consecuencias económicas a que puede llevarle la firma de ese contrato. Concluye la resolución afirmando que los convenios firmados entre un profesional y un consumidor, que no se hayan negociado individualmente, se considerarán abusivos «cuando, contrariamente a las exigencias de la buena fe, causen en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato».

79. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 2457/2022, de 21 de junio de 2022. ECLI:ES:TS:2022:2457.

80. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 2775/2022, de 8 de julio de 2022. ECLI:ES:TS:2022:2775.

81. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 664/2022, de 22 de febrero de 2022. ECLI:ES:TS:2022:664.

transaccionales, suscritos por bancos y clientes (previamente, afectos a una cláusula suelo).

Debemos detenernos en la *Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 303/2022, de 19 de abril de 2022*⁸², por desestimar el recurso de casación planteado por la entidad financiera, Liberbank, S.A., contra la resolución dictada por la Audiencia Provincial de Cáceres, en fecha 10 de julio de 2018. En este supuesto, los clientes habían firmado con la entidad un documento privado en cuya virtud se eliminaba el límite mínimo de variación del tipo de interés (fijado en un 3 %) y se sustituía por un interés nominal anual fijo del 2,75 %. Asimismo, se preveía una estipulación de renuncia irrevocable –a cumplir por los prestatarios– consistente en la prohibición de instar cualquier acción judicial o extrajudicial, relacionada con la cláusula suelo (también con la «techo») que se había eliminado en ese pacto. Los particulares promovieron demanda contra Liberbank, que culminó con una sentencia del Tribunal Supremo en la que se declaraba la nulidad de la novación del tipo de interés variable por un tipo de interés fijo, pues, con base en la Directiva 93/13 (art. 4.2), así como en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 2020 –a la que nos hemos referido con anterioridad–, la información ofrecida sobre los aspectos más trascendentales (las consecuencias jurídicas y económicas derivadas de la celebración del pacto novatorio) había resultado insuficiente, provocando que el consentimiento prestado por los clientes no pudiera reputarse «libre e informado».

— Año 2023

- *SSTS 260/2023, de 15 de febrero*⁸³, *423/2023, de 28 de marzo*⁸⁴, *673/2023, de 5 de mayo*⁸⁵, *878/2023, de 5 de junio*⁸⁶, por mencionar algunas de las dictadas, en el año 2023, respecto de las cuales el Tribunal Supremo confirma su decisión de validar los, ya tan mencionados, pactos o acuerdos novatorios, en líneas generales.

82. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 1550/2022, de 19 de abril de 2022. ECLI:ES:TS:2022:1550.

83. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 1192/2023, de 15 de febrero de 2023. ECLI:ES:TS:2023:1192.

84. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 1124/2023, de 28 de marzo de 2023. ECLI:ES:TS:2023:1124.

85. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 1898/2023, de 5 de mayo de 2023. ECLI:ES:TS:2023:1898.

86. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 2533/2023, de 5 de junio de 2023. ECLI:ES:TS:2023:2533.

En sentido opuesto, la Sentencia del Tribunal Supremo 283/2023, de 21 de febrero⁸⁷, que estima el recurso interpuesto por la consumidora, frente a la entidad financiera. En este supuesto, la cliente del banco de Castilla-La Mancha, S.A., había suscrito un préstamo hipotecario con cláusula suelo y, a la postre, un documento de novación modificativo del préstamo hipotecario, en marzo de 2015, que sustituía dicho límite variable, del 3,25 %, a un interés nominal anual fijo del 2,75 %. Asimismo, se incluía una estipulación intitulada «compromiso de la parte prestataria», que imponía la obligación de no instar, en el futuro, ninguna reclamación –judicial o extrajudicial– que guardara relación con la cláusula suelo y con la cláusula techo, incorporadas en la hipoteca de la consumidora. El Alto Tribunal dictó sentencia, por la que apreciaba que la acción de renuncia incorporada en el pacto novatorio no superaba, en modo alguno, el test de transparencia y, más concretamente, declaraba su abusividad, en orden a aplicar la doctrina del TJUE, en su resolución de fecha 9 de julio de 2020 y posterior auto de 3 marzo de 2021, al asegurar que «el predisponente no había facilitado a los prestatarios/consumidores la información sobre las consecuencias jurídicas y económicas derivadas de (la) renuncia» y aclara que «tal información era necesaria para considerar que la renuncia fue fruto de un consentimiento libre e informado».

87. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 752/2023, de 21 de febrero de 2023. ECLI:ES:TS:2023:752.

II. ESPECIAL MENCIÓN A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 15 DE JUNIO DE 2023 Y SU INCIDENCIA EN LOS «PACTOS NOVATORIOS»

Recientemente se ha dado a conocer la Sentencia del TJUE de 15 de junio de 2023⁸⁸, dictada en el seno de una cuestión prejudicial, planteada por un Tribunal del Distrito de Varsovia-Śródmieście (Polonia), y cuyo objeto es el análisis, acerca de la interpretación de los arts. 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, así como de los principios de efectividad, seguridad jurídica y proporcionalidad. En la citada resolución, los magistrados reiteran su doctrina acerca de la necesidad de que el juez nacional analice las condiciones predispuestas por el profesional, para dilucidar si cumplen con las exigencias de la buena fe, equilibrio y transparencia, recogidas en la Directiva 93/13/CEE. Sin embargo, no es menos cierto que ello debe conjugarse –necesariamente– con lo establecido en el art. 7.1 de la citada normativa europea, a fin de prever «los medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en contratos celebrados entre profesionales y consumidores».

Lo verdaderamente relevante en la sentencia del Tribunal de Justicia Europeo es que, en su Fundamento Jurídico 57, asevere que:

«procede considerar, en principio, que una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido, de manera que no podrá tener efectos frente al consumidor. Por consiguiente, la declaración judicial del carácter abusivo de tal cláusula debe tener como consecuencia, en principio, el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula».

A mayor abundamiento, el Tribunal exige al juez nacional que «imponga el pago de importes que resulten ser indebidos», al objeto de procurar el «efecto restitutorio», ante «su exclusión (...) podría desvirtuar 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 el profesional con los consumidores». En unión con tal Fundamento de Derecho, el 65 incide en que:

«Una cláusula contractual declarada “abusiva” nunca ha existido, de modo que no podrá tener efectos frente al consumidor. Por consiguiente, la declaración judicial del carácter abusivo de tal cláusula debe tener como consecuencia, en principio, el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula, 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».

88. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta) de 15 de junio de 2023, asunto C-520/21. ECLI:EU:C:2023:478. ECLI:ES:TS:2022/1550.

Muy esclarecedora, en este punto, la resolución judicial invoca el «principio disuasorio» contenido en el art. 7.1 de la Directiva 93/13, que, en línea con el ya citado «principio restitutorio», conmina a los profesionales a evitar aplicar cláusulas abusivas, abriendo la puerta a una indemnización⁸⁹ cuando el contrato de préstamo hipotecario no pueda subsistir, debido a la anulación de las cláusulas abusivas.

Como corolario, la sentencia –secundando los argumentos esgrimidos por el abogado general en sus conclusiones– manifiesta, con meridiana claridad, que:

«El argumento relativo a la estabilidad de los mercados financieros no es pertinente en el marco de la interpretación de la Directiva 93/13, cuyo objetivo es proteger a los consumidores. Por otra parte, no es admisible que los profesionales puedan eludir los objetivos perseguidos por la Directiva 93/13 por razones de preservación de la estabilidad de los mercados financieros. En efecto, corresponde a las entidades bancarias organizar sus actividades de conformidad con dicha Directiva».

Nos preguntamos si tal resolución, dictada por el Tribunal de la Unión Europea, podría hacer posible, basándonos en su fundamentación, una revisión de los argumentos jurídicos que, desde la Sentencia del Tribunal Supremo de 2018, han permitido otorgar validez a los acuerdos «transaccionales», principalmente si –como se infiere de la sentencia europea– la nulidad no puede dar lugar, sino a la restitución (pero no a ningún otro efecto) y si no es posible aducir que «la estabilidad de los mercados financieros» o el «orden público económico» sean motivo restaurador suficiente como para avalar esa «transacción».

89. En este mismo sentido véase VIVAS TESÓN, Inmaculada (2019): «El resarcimiento de daños morales por cláusulas abusivas en contratos bancarios con consumidores: presente y ¿futuro?», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 96, 780, 2020, pp. 2410-2429.

III. IMPLICACIONES DERIVADAS DE LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA PROPAGACIÓN DEL VICIO INVALIDANTE

Del análisis jurisprudencial, advertimos cómo la teoría de la propagación del vicio invalidante o nulidad en cadena ha ido variando y, acaso, adaptándose a los tiempos (por imperativo del art. 3.1 del Código Civil), en una sociedad cada vez más cambiante que ha experimentado una profunda metamorfosis, desde la primera aplicación, por parte de nuestro Alto Tribunal, de la precitada doctrina. No debemos obviar que como sostiene el profesor ORDUÑA⁹⁰, «nuestro Código Civil hace ya muchos años que dejó de acompañarnos, que dejó de ser el referente para el aprendizaje y la investigación del Derecho». En efecto, para los recientes escenarios y conflictos que se están suscitando, en el presente, y más aún en materia de Derecho Bancario, aplicamos instrumentos legales –como el meritado Código Civil–, anquilosados, que no acaban de ofrecer respuestas terminantes a coyunturas que precisan de soluciones, quizás más contundentes e integrales.

Posiblemente, y motivados por esa corriente doctrinal que reclama una modificación de nuestro Código patrio, ha surgido una interesante y reciente iniciativa para la reforma del Código Civil⁹¹, en materia de derecho de obligaciones y contratos; en lo tocante a la materia objeto del presente trabajo. Dicha propuesta aborda una nueva regulación en materia de la nulidad y la anulabilidad de los contratos, refiriéndose al tiempo, a la regulación específica, en materia de consumidores y usuarios (lo cual es de agradecer). Analizaremos, en el siguiente epígrafe, las aportaciones que contempla tan ambicioso proyecto.

1. La propuesta para la modernización del derecho de obligaciones y contratos

La propuesta para la modernización del derecho de obligaciones y contratos, de reciente publicación (año 2023), ofrece en el título segundo (dedicado a los contratos), una regulación exhaustiva acerca de la nulidad radical y de la anulabilidad (capítulo VII). En este sentido, se debe aplaudir la determinación de tratar, por separado, ambos tipos de invalidez, dedicando los arts. 1.289 a 1.291 a la nulidad radical y los preceptos 1.292 a 1.301 a la anulabilidad de los contratos.

En sede de nulidad absoluta, cabe reseñar como principales novedades: i) La iniciativa de «cualquier persona con interés legítimo» para declarar la citada nulidad; ii) La nulidad del contrato simulado, con la salvedad de que cuando encubra otro distinto, podrá mantenerse la validez de este último, aplicándose el régimen jurídico que le corresponda;

90. ORDUÑA MORENO, Francisco Javier (2019): «Hacia un necesario nuevo Código Civil como instrumento de progreso y cambio Social en el siglo XXI». *Diario La Ley*, núm. 9542.

91. COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN (SECCIÓN DE DERECHO CIVIL) (julio, 2023): *Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos*. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica.

iii) La admisión de la convalidación del contrato nulo de pleno derecho, si no resulta contrario a una norma imperativa; iv) La conversión del contrato nulo de pleno derecho, cuando se cumplan los requisitos de otro contrato distinto; v) La validez del contrato, pese a que, en el momento de su celebración, no sea posible el cumplimiento de la prestación o para el supuesto de que alguna de las partes carezca de la facultad de disponer de los bienes, objeto de aquel; vi) La nulidad parcial para aquellos casos en que la invalidez solo afecte a una cláusula, sin que ello conlleve la frustración de todo el contrato en su conjunto y siempre que ello sea conforme a la buena fe y no contrario a una norma imperativa.

En cuanto a la anulabilidad, resulta de especial interés: i) La posibilidad de que los herederos de la persona con discapacidad puedan anular el contrato de que se trate; ii) El tratamiento del error, al incluirse como causa generadora del vicio, la transmisión de información incorrecta. En tal escenario, se reputa –salvo prueba en contrario– que el incumplimiento de informar debidamente supone un error excusable; iii) Se regula el error en la declaración de voluntad de una de las partes contratantes; iv) El art. 1.297 contempla el supuesto de «ventaja injusta», permitiendo que una de las partes contratantes anule el contrato que otorgue una ventaja injusta a la otra, si esta última lo hizo con aprovechamiento de la situación en que se encontraba la primera; v) La observancia en la intervención del tercero que emplee violencia o intimidación, para cuyo caso es posible anular el contrato. Ello es aplicable a los supuestos de dolo, error o ventaja injusta provenientes de la actuación de un tercero; vi) Modificación de los plazos para el ejercicio de la acción de anulabilidad, desapareciendo el plazo común de los 4 años, que se regula en el art. 1.301 del vigente Código Civil; vii) La previsión de solución extrajudicial, dirigiendo comunicación a la otra parte, en ejercicio de su facultad de anular el contrato, con expresión de sus razones.

La propuesta de modernización mantiene, para los dos tipos de invalidez, la restitución de las contraprestaciones, así como la indemnización por los daños irrogados, con la peculiaridad de que el art. 1.304 prevé la oportunidad de que aquel que transmitió información incorrecta, sin conocer tal circunstancia, y aun habiendo provocado error en la otra parte, pueda exonerarse del deber de indemnizar.

Por último, el texto que se analiza prevé la proscripción de que las partes puedan excluir o limitar los remedios aplicables para el caso de dolo, violencia, intimidación o ventaja injusta; salvando el caso del error, toda vez que concurriendo dicho vicio, sí pueden los contratantes excluir o limitar la nulidad o anulabilidad, siempre que ello no contravenga lo dispuesto en la ley o las exigencias de la buena fe.

La propuesta de modernización pretende equiparar la regulación de la nulidad y de la anulabilidad a otros textos de derecho comparado (como el BGB⁹², al admitir la conversión del contrato nulo o como el Código Civil francés, al regular por separado la nulidad absoluta y la relativa o al introducir la figura de la nulidad parcial); sin embargo, supone

92. Las siglas BGB se corresponden con Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil alemán).

una ruptura con el clásico aforismo latino *simul stabunt, simul cadent* (juntos caerán quienes juntos estén), al plantear, precisamente, la conversión o la confirmación, especialmente, del acto nulo de pleno derecho.

2. Nuevas perspectivas sobre la doctrina de la propagación del vicio invalidante: una mirada crítica

En las líneas precedentes se ha ido esbozando nuestra posición acerca del tratamiento dado por la jurisprudencia (también por la doctrina) a la ineficacia en cadena. Parece muy lógico que, en primer término, debamos diferenciar –como ya hemos defendido– la anulabilidad de la nulidad radical, pues la implementación de la doctrina de la propagación del vicio invalidante, como remedio a tales «males», no puede ser la misma, en uno y otro caso. Así, consideramos que, en el primer supuesto de nulidad relativa, cabe –como ha resuelto el Tribunal Supremo– estimar una convalidación (en forma de novación, si se quiere) siempre que las partes se sitúen en plano de igualdad y convengan –sin recelo alguno– la conversión de aquel contrato o cláusula en otro u otra que pueda adquirir validez y eficacia. Ahora bien, no podemos abogar por la misma tesis tratándose de una nulidad radical y, ello, entre otros motivos que trataremos de elucidar, porque la nulidad radical o absoluta no contempla, en modo alguno, la convalidación, pero tampoco cualquier efecto que trate de revivir, enmascarar o, acaso, dotar de validez –bajo la apariencia de una transacción– aquello que jamás debió nacer a la vida jurídica, por carecer de todos o de alguno de los elementos más esenciales de la contratación o ser contraria al orden público. Nuestra postura no puede avalar el «resucitar» una estipulación o un negocio jurídico, cuya única consecuencia debe ser la restitución en los términos previstos en el art. 1.303 del Código Civil. Lo contrario no es entorpecer la contratación –cuando esta tiene lugar entre un profesional y un consumidor, en el ámbito de la adhesión y de las condiciones generales–, sino proteger a la parte más débil (el consumidor) que ha visto cercenados sus derechos más básicos. El derecho no puede amparar ni buscar fórmulas para blanquear los constantes abusos –especialmente de la banca– so pretexto de la evitación de una nueva crisis financiera. Así lo ha sostenido la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15 de junio de 2023.

Las motivaciones puramente económicas no deben, a nuestro juicio, empañar la aplicación del derecho con rigor, porque el legislador no contempló esas contingencias cuando estableció que, de lo radicalmente nulo, solo puede derivarse una consecuencia: la restitución de las contraprestaciones. No resulta admisible que el órgano judicial de turno se alce como «salvador» del sistema financiero, so pretexto de preservar el «orden público económico», pues ese no es su cometido. Sí lo es interpretar y aplicar el derecho para garantizar la seguridad jurídica; cuestión esta que en los últimos años se ha visto bastante cuestionada con los pronunciamientos mutantes de nuestro Alto Tribunal en asuntos tan mediáticos como las cláusulas suelo –que hemos pergeñado–, el IRPH o las comisiones de apertura de los préstamos hipotecarios. Una jurisprudencia vacilante, que se modifica en un período de tiempo breve o que, constantemente, debe ser matizada

por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que –en muchos de los casos– no genera sino inseguridad, desconfianza, agotamiento y distancia entre los justiciables, que ya deben soportar los efectos de una justicia tardía.

Otra respuesta plausible, si se quiere salvaguardar los efectos de la nulidad radical, otorgándoles validez por la vía de la transacción, la convalidación o la novación, pasaría por una necesaria regulación «ex novo» que contemplase esa finalidad, mas –en nuestra opinión– se desnaturalizaría la institución, entregándola a la anulabilidad o nulidad relativa. Con ello, la nulidad radical –cada vez más despojada de significación y autonomía– podría llegar a desaparecer.

Ahora bien, ¿por qué respaldamos una aplicación exhaustiva de la doctrina de la propagación del vicio invalidante, en el caso de una cláusula o contrato nulos de pleno derecho? Por varias razones, que pasamos a enumerar:

- a) En general, consideramos que el principio disuasorio, que se predica del art. 7.1 de la Directiva 93/13, no se respeta cuando nos adentramos en el derecho de consumo. Hemos citado numerosos ejemplos acaecidos –en los últimos tiempos– dentro del denominado derecho bancario, pero ello resulta de todo punto aplicable y extensible a otros sectores como el de la telefonía, los suministros o las aerolíneas. La nota común en todos estos segmentos es que nos situamos en una relación de mera adhesión, con contratos que –en la mayoría de supuestos– no acatan el equilibrio, la buena fe y la transparencia. En los clausulados de tales contratos –además de condiciones generales de la contratación que deben reputarse abusivas, por no ser claras y/o comprensibles– hallamos numerosas cláusulas de penalización que coartan la libertad de contratación del consumidor en un mercado libre, pero que oculta auténticos oligopolios. Igualmente, en los documentos de adhesión se disponen sistemas de desistimiento, claramente perversos y mucho más difíciles de ejecutar por el consumidor, máxime cuando tal proceso debe hacerse por medio de llamadas telefónicas.

En consecuencia, no se está arbitrando, desde los poderes públicos y organismos competentes, un sistema de control previo para evitar dichas prácticas abusivas (por todos conocidas), dando cumplimiento al mandato contenido en la directiva en los términos mencionados. No existe, por ende, en rigor, un mecanismo eficiente para frenar a esas industrias o empresas que, de forma reiterada e impasible, quebrantan el derecho de consumo.

- b) *Grosso modo*, se actúa cuando el daño ya se ha generado y el perjuicio a veces resulta irreparable, reiterándose la vulneración de la normativa europea (y patria) sobre el principio restitutorio, que se ha de imponer en los procesos de detección de cláusulas abusivas –extrajudiciales o judiciales–. Somos muchos los que nos preguntamos cómo es posible que se hayan permitido técnicas de arbitraje para la resolución de conflictos entre el consumidor y el profesional, cuando quienes asumían el papel de «terceros independientes» resultaban ser profesionales contratados por la propia mercantil (como en el caso de Caja Madrid –actualmente,

Bankia– con las participaciones preferentes o las acciones de la OPV), o bien asesores jurídicos que forman parte de la plantilla propia de esa entidad (como ocurre en el caso de las cláusulas suelo, en que –como se ha señalado– el Real Decreto Ley 1/2017, de 20 de enero, elevó a «oficial» tan esperpéntica solución para los afectados). Esa misma normativa es la que ha permitido, en la práctica forense, que ciertos bancos hayan aplicado el principio restitutorio de manera parcial o desajustada; provocando que el consumidor deba acudir –del mismo modo– a la vía judicial, después de haber visto frustradas sus expectativas e implicando un coste en tiempo y dinero –frecuentemente, irreparable o inasumible–. A colación de este último apunte, debería tenerse en cuenta –aunque no ahondaremos en ello– que las costas judiciales también forman parte de ese principio restitutorio a que se aludía, a pesar de que, en algunos casos, no hayan sido impuestas⁹³ a la entidad, o, en otros, se hayan visto extremadamente reducidas, por vía de impugnación o de oficio por el letrado de la Administración de Justicia, so pretexto de tratarse de «procedimientos masa». Dando por válido ese argumento, ¿acaso cabe excepcionar el régimen del art. 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuando el consumidor se ha visto abocado –contra su voluntad– a pleitear para que le sean restituidos sus derechos y su dinero? ¿Se puede admitir que, a la entidad financiera, se le aminore el gasto que supone pagar unas costas, cuando –en un elevado porcentaje de asuntos– se le ha dirigido una reclamación extrajudicial previa, para evitar el pleito y ha rehusado llegar a una solución o la ofrecida ha sido tan insuficiente como abusiva?

- c) En línea con los «remedios» ofrecidos, en particular por los bancos, al objeto de «eludir» un proceso judicial (razonamiento argüido por el Tribunal Supremo, en aras a apoyar las «transacciones»), varias son las cuestiones que cabe colegir de aquellos: i) Tales «pactos» adquieren su consideración de válidos y eficaces cuando –nacidos de un contrato o cláusula nula de pleno derecho– surgen de la «voluntad» de las partes signatarias. Pues bien, acaso sea necesaria una reflexión en profundidad del contenido y finalidad (real) de tales acuerdos, en los que –como apuntaba ORDUÑA, en su voto particular, de manera impecable– la «voluntad» del consumidor brilla por su ausencia, habida cuenta que la misma –en la gran mayoría de asuntos analizados y relativos a dichas cláusulas suelo– ha sido sustituida por el temor o la misma ignorancia imperante al tiempo de la contratación escondiendo, entre su abrumador clausulado, una estipulación abusiva. Miedo y desconocimiento que, dicho sea de paso, debieran haber sido valorados, oportunamente, por los órganos judiciales, al objeto de otorgar (o no) eficacia a esos acuerdos, pues ese elemento subjetivo resultó decisivo para que el conjunto de consumidores que decidieron aquietarse al contenido del pacto,

93. En este sentido, hay que tener en cuenta la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 288/2023, de 22 de febrero. ECLI:ES:TS:2023:563, por la que se establece que «estimadas las acciones de nulidad por abusivas de cláusulas impuestas (...) aunque no se hayan estimado las pretensiones restitutorias» procede «la imposición de costas» al banco demandado.

prosiguieran guiados por la «cultura del “dónde hay que firmar”»⁹⁴; ii) Difícilmente se puede probar la intervención de la citada voluntad del consumidor en documentos prerredactados por el profesional, obedeciendo a una «estandarización» de sus propuestas que resultan ser idénticas para todos los clientes de la entidad –tal y como puede demostrarse por la reproducción literal de los mentados textos en las múltiples sentencias dictadas en esta clase de procedimientos–. Por consiguiente, esas «transacciones» perpetúan el sistema de «aceptación del consumidor» como única opción, como ocurre con la contratación de otros muchos productos financieros (hipotecas, créditos al consumo, depósitos) o servicios (billetes de avión, contratos de suministro eléctrico, agua, gas o telefonía móvil), en los que la participación del consumidor se reduce –como se ha dicho– a aceptar, sin más, esas condiciones impuestas por el empresario. Sin embargo, nuestros órganos judiciales se han resistido a declinar esa imposición, dotándola de valor «transaccional».

- d) Retomando los contratos de adhesión en general, prerredactados por cualquier profesional –no, necesariamente, por las entidades financieras, sino por cualquiera que pretenda reavivar o dotar de eficacia una cláusula nula de pleno derecho–, sostenemos que es tan posible como necesario crear una nueva legislación que aborde, en términos generales, los presupuestos comunes e indispensables, en aras a regular la teoría de la propagación del vicio invalidante o ineficacia en cadena⁹⁵, siempre que estemos ante negocios jurídicos o estipulaciones contractuales declaradas nulas de pleno derecho. Esto, en contraposición a la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia que secundan la inviabilidad de establecer «reglas generales para la determinación de cuándo la nulidad de un acto deba trascender a otro posterior que con él se relacione». En nuestra consideración, sí es posible constituir esos parámetros que homogenicen los supuestos en que un acto jurídico posterior deba correr la misma suerte (ineficacia) que el precedente, si este es nulo de pleno derecho. Las propias bases de esos fundamentos las ha puesto de relieve la jurisprudencia, ya desde el año 1964, cuando se habla de la presencia de una «unidad intencional» o «causa eficiente» del acto nulo con respecto del posterior. Es decir, se apuesta por analizar si interviene una relación de causalidad entre los dos actos jurídicos, para deducir que, existiendo la misma, debe operar la tesis de la ineficacia en cadena. Algo similar a lo que ocurre en los supuestos de responsabilidad extracontractual, en los que se acomete, sin cortapisas, el examen de esa causalidad entre el acto gravoso y su resultado. En suma, es necesario acometer una nueva regulación (valiente) en orden a contemplar los efectos aparejados a la nulidad radical, sin incurrir en divagaciones o confusiones que nos lleven a otorgar las mismas consecuencias a un acto nulo de pleno

94. GARRIGUES Y DÍAZ CAÑABATE, Joaquín (1975): *Contratos Bancarios*. Editorial JG, Madrid.

95. Véase el art. 144.2 del Anteproyecto de Código Europeo de Contratos.

derecho y a un acto anulable (que permite la convalidación, bajo la forma de transacción o novación). Resulta indispensable, por ende, que esa ordenación devuelva el sentido a la nulidad absoluta; absteniéndose el legislador (y, posteriormente, el juzgador) de adecuar la norma al «orden público económico» o a otros intereses, que distan mucho de aplicar la norma a la realidad del momento. Desde nuestro punto de vista, el proyecto de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos no resulta suficientemente clarificador ni completo en la regulación que propone, pese a sus innegables aportaciones.

- e) Lo anterior no implica –de ninguna forma– que declarada nula la cláusula de un contrato y expulsada del mismo, por adolecer de nulidad radical, se deba incurrir en el error de dar por supuesta la ineficacia de todo el negocio jurídico. La Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 2017, que declaraba nulo el pacto nacido bajo el paraguas de una cláusula suelo (también nula), demostró cómo se puede seguir aplicando el resto de estipulaciones contempladas en el préstamo hipotecario, sin necesidad de recurrir a la integración del contrato o de imputarlo ineficaz. Otro ejemplo lo constituyen las llamadas «hipotecas multidivisa», en las que, tras la declaración de nulidad de la cláusula pertinente, se sigue aplicando, con normalidad, el resto del contrato; eso sí, adecuándolo a tal nulidad y reconviertiendo el crédito en euros, como los índices de referencia al euríbor.
- f) Si bien los llamados «pactos novatorios» o «transaccionales» suponen un hito trascendental en la evolución y aplicación de la teoría de la propagación del vicio invalidante, por cuanto constituyen una excepción, acaso se haría necesario proceder a una «revisión» de los fundamentos jurisprudenciales aducidos, tal y como se ha hecho⁹⁶ con la retroactividad de los efectos restitutorios, derivados de la nulidad de las cláusulas suelo, limitados, a consecuencia de la resolución dictada por el Tribunal Supremo, en el año 2013. Así, consideramos oportuna una revisión de los motivos proporcionados tanto por el Tribunal Supremo como por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, teniendo en cuenta que ambos órganos han alterado el sentido de sus pronunciamientos. El primero, el Alto Tribunal español, otorgando validez a dichos pactos nacidos de una cláusula suelo nula de pleno derecho, al estimar que se trataba de una transacción⁹⁷. El segundo, el Tribunal de Justicia Europeo, según se infiere de su sentencia de

96. Al respecto, véase la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 17 de mayo de 2022, asunto C-869/19. ECLI:EU:C:2022:397, en la que se ratifica la posibilidad de devolución íntegra a los afectados por cláusulas suelo, a quienes se les limitaron las restituciones de los importes abonados en exceso, por efecto de la sentencia del Tribunal Supremo de 2013.

97. CARRASCO PERERA, Ángel (2021), p. 58, al estimar que «Este precepto [refiriéndose al art. 1208 CC] no está diciendo, *evidentemente*, que la novación de un contrato nulo sea nula. Si así fuera la cosa, habría que sostener también, conforme a la lógica ya explicada, que todo contrato que siga en el tiempo a un contrato nulo, y verse sobre materia equivalente, es también nulo. Es

junio de 2023 ya mencionada, modifica su posición, respecto a la resolución del año 2020 –en la que adscribía vigencia a esos acuerdos, siempre que no contuvieran cláusulas abusivas, como también se ha visto–. En estos términos, no resulta del todo razonable que mantenga su posicionamiento del año 2020 cuando en 2023 afirma con rotundidad que «una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido, de manera que no podrá tener efectos frente al consumidor» (a salvo, claro está, de la restitución). Y, ¿qué es sino un acuerdo o pacto, novatorio o transaccional, que tiene como causa y como objeto la reviviscencia de una cláusula nula o, dicho de otra forma, su conversión a una estipulación válida y eficaz?

notorio que la cláusula o el contrato novatorio sólo será nulo si adolece del mismo vicio que hacía nulo el primero, pero no si lo subsana. O si adolece de otro vicio distinto que también lo haga nulo».

IV. CONCLUSIONES

PRIMERA.- La teoría de la propagación del vicio Invalidante bebe de las fuentes de las regulaciones más remotas como el *Digesto* o el Proyecto de Código Civil de 1851. Nuestra legislación actual –dentro del Código Civil de 1889– no asume tal doctrina de manera explícita en los preceptos dedicados a la nulidad y sus efectos. Sin embargo, la jurisprudencia rebosa de múltiples ejemplos que acogen la «teoría de la ineficacia en cadena», representada mediante el apotegma latino *quod nullum est, nullum effectum producit*. Una de las más emblemáticas, por acuñar la denominación de la doctrina de la propagación del vicio invalidante, es la dictada por el Tribunal Supremo, de 10 de noviembre de 1964, en virtud de la cual el órgano judicial declaraba la nulidad de cuantos actos nacieran a la luz de un negocio jurídico previo, declarado nulo.

SEGUNDA.- Hasta el año 2018, con la efervescencia del llamado derecho de consumo y, más concretamente, del derecho bancario, mediante el ingente número de litigios que han inundado nuestros juzgados, el Tribunal Supremo aplicaba, sin excepción, la mencionada doctrina. Así, en los casos de participaciones preferentes, en los supuestos de obligaciones subordinadas, *swaps* o en el mediático asunto de las acciones de la OPV de Bankia, declaraba la nulidad –por virtud de la teoría de la propagación del vicio invalidante– de las operaciones financieras con que los bancos pretendían resolver la anulabilidad de aquellos contratos.

TERCERA.- La Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 11 de abril de 2018, «deroga» la aplicación de tal teoría, dando validez a los llamados «pactos novatorios», tratados, no obstante, como transacciones; siempre que estas cumplieran con determinados requisitos tales como buena fe, transparencia y concurrencia de voluntades. El Alto Tribunal, entonces, argüía, en pro de tal pronunciamiento y cambio jurisprudencial, que los acuerdos ofrecidos por las entidades bancarias reforzaban las «soluciones extrajudiciales de conflictos» a la par que aseguraban el «orden público económico», y, en tanto que tales transacciones no contravinieran a la ley, debían reputarse válidas y eficaces.

CUARTA.- En este sentido, tal resolución judicial motivó un voto particular, formulado por el exmagistrado don Javier Orduña, quien –con antecedentes jurisprudenciales patrios y europeos, así como con legislación europea y española– discrepó de la mayoría del Tribunal, rechazando la validez de aquellos pactos, habida cuenta que los mismos no podían operar como una novación y tampoco como una transacción, toda vez que seguían conteniendo cláusulas poco o nada transparentes (por ende, abusivas) y se basaban en textos prerredactados, en los que difícilmente operaba la autonomía de la voluntad del consumidor, a quien se limitaba sus derechos a litigar en un futuro (condición de renuncia) por causa de tal acuerdo y se negaba o cercenaba su derecho a la restitución de las cantidades pagadas de más por aplicación de la cláusula nula.

QUINTA.- En nuestra opinión, y recogiendo el guante del precitado voto particular, entendemos que no cabe hablar de novación, por imperativo del art. 1.208 CC y a pesar

de algunas voces divergentes⁹⁸, ya que: *en primer lugar*, como ya se ha expuesto, porque nos encontramos ante supuestos de «ineficacia absoluta», por lo que ningún efecto puede derivarse de aquel negocio jurídico, que no sea otro que la propia restitución (art. 1.303 CC). Una novación debe entenderse como un efecto de lo, previamente, declarado nulo si versa sobre la misma materia y hace uso o referencia al condicionado dispuesto en el contrato que contenía esa estipulación nula. Máxime cuando sirve a la finalidad de «salvar» o «enmendar» todo o parte de un contrato que adolece de nulidad radical. *En segundo lugar*, porque se pretende novar una causa contractual, que ha sido declarada nula de pleno derecho y, ello no es posible, al sufrir las consecuencias de tal nulidad radical: su expulsión del contrato y de la vida jurídica. Transformar esa causa nula en otra válida, acaso podría traducirse en un «remiendo» jurídico poco o nada ortodoxo, que alguna o ambas partes aprovechara como un fraude de ley. *En tercer lugar*, porque es bien sabido que la nulidad radical no permite convalidación de ninguna clase (no puede ser tratada como una anulabilidad), y ¿qué sería sino la novación, si sobre su propia base retornáramos la validez a algo que nació muerto en el tráfico jurídico? Esa reviviscencia (la convalidación) solo es predicable respecto de negocios jurídicos anulables. Admitir lo contrario es tanto como hacer estéril la diferenciación entre ambas clases de ineficacia.

SEXTA.- Tampoco resultan, bajo nuestra perspectiva, admisibles los argumentos que se esgrimen en aras a defender la transacción nacida de algo radicalmente nulo y, menos aún si aquellos se apoyan en una voluntad de las partes orientada a evitar litigios. Lo anterior resulta extremadamente complejo si en nuestro ordenamiento jurídico la nulidad radical solo puede ser declarada por un juez: esto, nos lleva, irremediablemente, a solicitar del órgano judicial dicho pronunciamiento, que pasa por la previa interposición de una acción legal que sostenga tal pretensión. En consecuencia, nos colocamos ante un procedimiento judicial que únicamente puede admitir la transacción dentro de la esfera de tal proceso iniciado –no ya en el ámbito extrajudicial previo–. Solo queda, pues, la posibilidad de acuerdo si las partes contratantes reconocen la existencia de una cláusula nula y convienen expulsarla del contrato. Circunstancia esta que, en la mayoría de casos, suele ser difícil de aceptar (especialmente por quien redactó, impulsó e incluyó tal estipulación o contrato, buscando su propio beneficio). De ahí que la mayoría de asuntos que versan sobre la nulidad de un contrato o de una cláusula, acaben judicializándose, ante la férrea oposición de uno de los contratantes a admitir la creación de una obligación nula de pleno derecho, máxime si aquella redundó en su provecho.

98. CARRASCO PERERA, Ángel (2021), p. 58, al estimar que: «Este precepto [refiriéndose al art. 1208 CC] no está diciendo, evidentemente, que la novación de un contrato nulo sea nula. Si así fuera la cosa, habría que sostener también, conforme a la lógica ya explicada, que todo contrato que siga en el tiempo a un contrato nulo, y verse sobre materia equivalente, es también nulo. Es notorio que la cláusula o el contrato novatorio solo será nulo si adolece del mismo vicio que hacía nulo el primero, pero no si lo subsana. O si adolece de otro vicio distinto que también lo haga nulo».

SÉPTIMA.- Existe un plus de «rebeldía» en la aceptación y reconocimiento de la existencia de nulidad que afecte a un contrato o a parte de él, si nos colocamos en el plano de los llamados «contratos de adhesión»; con textos prerredactados por una sola de las partes. Esto ya hace prácticamente imposible la transacción si se pretende «sustituir» un documento de adhesión por otro –así se evidencia en los temas relativos a derecho bancario y como se ha ido manifestando a lo largo de este trabajo–, pues la voluntad se reduce a solo una: la del profesional que pretende volver a imponer sus condiciones, sin dejar margen al consumidor, para poder modificar aquellos extremos en los que pueda acometerse un nuevo abuso, o ni tan siquiera cuando eso ocurra, sino porque el empresario –con tal tipología de contratación– busca la mera aceptación (que no puede ser confundida con voluntad) de quien, se sabe, está colocado en un plano de «inferioridad», «vulnerabilidad» e, incluso, «necesidad».

OCTAVA.- El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su sentencia de 9 de julio de 2020, secundó la posición del Alto Tribunal español, aceptando la transacción emanada de una cláusula nula, siempre que se respetaran los principios ya referidos: esencialmente, la transparencia de los acuerdos transaccionales. Su postura en cuanto a la renuncia de las acciones que pudieran entablarse, fruto de tal acuerdo, fue, asimismo, a favor de aquella, en cuanto dicha renuncia proviniera de un consentimiento libre e informado por parte del consumidor.

NOVENA.- Posteriormente, en junio de 2023, el Tribunal Europeo ha matizado su postura, en un asunto relativo a cláusulas abusivas impuestas a consumidores y usuarios, señalando que «la declaración judicial del carácter abusivo» debe operar a modo de «expulsión» del tráfico jurídico de aquella estipulación y de sus efectos, como si nunca hubiera nacido a la vida jurídica. De igual modo, pone en valor el principio disuasorio, que corresponde a los poderes públicos, como garantes de la transparencia y debiendo ejercer un control previo para evitar la existencia de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores. Adicionalmente, aboga por la necesidad de reparación del daño causado a la parte más vulnerable, a través del principio restitutorio y, acaso, de una indemnización o compensación.

DÉCIMA.- Bajo nuestra perspectiva, la legislación en materia de protección de los derechos de los consumidores y usuarios, tanto nacional como europea, así como la regulación relativa a la nulidad y anulabilidad (y sus efectos), debe pasar por una profunda revisión y actualización que refleje la experiencia de lo acontecido, en la multitud de litigios provocados por los abusos de ciertas entidades financieras y grandes empresas, con respecto a los consumidores. Al tiempo que disipe dudas sobre determinadas instituciones que, a menudo, se suelen confundir (como la nulidad y la anulabilidad) y generan sentencias contradictorias.

ÚNDECIMA.- La reforma legal pretendida (y deseada) debe basarse en la protección real y eficaz de la parte más vulnerable (el consumidor) en sus relaciones con los profesionales, que hacen uso –de manera asidua y extendida– de contratos de adhesión, con condiciones generales de la contratación; abandonando razones puramente económicas

vislumbradas, mayoritariamente, por grupos de presión. Del mismo modo que los órganos judiciales deben aplicar e interpretar el derecho, como mandato constitucional, especialmente, dirigido a ellos; absteniéndose de proyectar en sus sentencias una defensa del sistema económico y financiero de un país; misión esta que no les corresponde.

DÉCIMO SEGUNDA.- En nuestra consideración, una propuesta *de lege ferenda* hace posible construir requisitos uniformes que permitan seguir aplicando la antigua (pero no por ello trasnochada) y eficaz teoría de la propagación del vicio invalidante cuando: i) Nos encontremos ante un supuesto de nulidad absoluta, que no permite convalidación (por adolecer de los elementos esenciales del contrato o por ser contraria al orden público). ii) Dicha nulidad haya sido declarada judicialmente. iii) Exista una unidad intencional que vincule al acto nacido con posterioridad y el primigenio negocio jurídico nulo. iv) El negocio postrero se sirva de la causa nula del precedente o de otro de sus elementos esenciales (consentimiento u objeto). v) El único efecto derivado de tal declaración de nulidad debe ser la restitución. vi) Posibilidad de que el contrato pueda seguir aplicándose en el resto de estipulaciones no afectas a la nulidad o, en otro caso, tras la restitución, procederá, entonces sí, la negociación –con todas las garantías– de una nueva relación jurídica entre las partes, exenta de vicios que la invaliden y con los elementos esenciales necesarios para su válida constitución, pero sin servirse de aquellos otros que quedaron eliminados de la vida jurídica.

DÉCIMO TERCERA.- Como propuestas «preventivas» para la evitación de tan indeseadas situaciones, cabría hablar de: i) Un *pacto* entre el Estado y las comunidades autónomas con competencias en la materia a fin de favorecer y promover una mejor y eficaz *educación en materia de consumo*⁹⁹, a favor de los ciudadanos. ii) Un *control previo* por parte de los poderes públicos, por ejemplo, a través del Ministerio correspondiente, y de los organismos competentes en cada sector, que en aplicación del principio disuasorio (art. 7.1 de la Directiva Europea 93/13/CEE) prohibieran la inserción, en los contratos de adhesión, suscritos entre profesionales y consumidores, de estipulaciones contrarias a la ley y conculcadoras de los derechos de aquellos. iii) En sede judicial o extrajudicial (a través de mecanismos de arbitraje y mediación, que resulten ser plenamente objetivos e independientes), efectuar un mejor análisis sobre la *intervención de la voluntad del consumidor* en las negociaciones previas con el profesional, que no se limiten a la estampación de una firma o de una declaración del conocimiento sobre las implicaciones de ese documento, sino del margen real de intervención del cliente en la redacción del texto. Esto puede resultar sencillo, atendiendo al número de acuerdos iguales o similares alcanzados por el profesional y una multitud de consumidores, que, inevitablemente, deben conducir a la estrechez de ese margen de negociación, por parte del consumidor, en pro de la imposición de condiciones por el profesional.

99. Véase REYES LÓPEZ, María José (2022), pp. 206-207.

DÉCIMO CUARTA.- En definitiva, el derecho de consumo, en general, y la regulación clásica de la «ineficacia de los contratos» esperan, con imperiosa necesidad, el definitivo cambio legislativo que abrace los cambios experimentados, en los últimos años, en nuestra sociedad, y dote de una mayor seguridad jurídica a los ciudadanos y a los operadores jurídicos, en última instancia. A los primeros, con el objeto de evitarles pleitos innecesarios al gozar de los derechos que les asisten en sus relaciones con terceros (fundamentalmente, con profesionales). A los segundos, con la finalidad de obtener las herramientas jurídicas necesarias, capaces de soslayar pronunciamientos contradictorios o cambiantes, que suelen favorecer a aquellos que promueven desequilibrios y desigualdades en la contratación.

V. BIBLIOGRAFÍA

- CARRASCO PERERA, Ángel (2021): «Novaciones y transacciones sobre tipos de interés usurario. Otra vez contra una tendencia equivocada». *Centro de Estudios de Consumo*, nº 40/2021.
- COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN (SECCIÓN DE DERECHO CIVIL) (julio, 2023): *Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos*. Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica.
- CORDERO LOBATO, Encarnación (2013). «Nulidad de cláusulas suelo no transparentes: ¿puede el consumidor recuperar los pagos excesivos? (STS, Sala de lo Civil, 9 de mayo, 2013)». *Revista CESCO de Derecho de Consumo*.
- DELGADO ECHEVARRÍA, Jesús y PARRA LUCÁN, M. Ángeles (2005): *Las nulidades de los contratos*, Dykinson, Madrid.
- DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio (2001): *Sistema de Derecho Civil*. Volumen II. Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 9ª ed.
- DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio (2016, con reimposición de 2022): *Sistema de Derecho Civil. El contrato en general. La relación obligatoria*. Volumen II (Tomo 1), Madrid, 11ª ed.
- DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis (1973): *Estudios sobre la jurisprudencia civil*. Tecnos, Madrid.
- GARCÍA-PITA y LASTRES, José Luis (1999): «El derecho bancario. Consideraciones generales», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 3.
- GARRIGUES Y DÍAZ CAÑABATE, Joaquín (1975): *Contratos Bancarios*. Editorial JG, Madrid.
- GRANADOS PÉREZ, Carlos (2001): *Derecho de Consumo: Acceso a la Justicia, Responsabilidad y Garantía*. Edición conjunta de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Sanidad y Consumo y del Consejo General del Poder Judicial. Madrid.
- JIMENA QUESADA, Luis (2016): «El pretexto de la excepcionalidad del orden público económico: Una ilustración de jurisprudencia nacional anticrisis». *Revista jurídica de los Derechos sociales*. Lex Social, vol. 6, núm. 2/2016.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis (2006): *Teoría del Delito*. Iure Editores. Colección Textos Jurídicos, México.
- LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen (2009): *La Nulidad de los Contratos*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- MORETÓN SANZ, María Fernanda (2007): «El régimen registral de la tutela preventiva». *Revista de Derecho UNED*, núm. 2.
- MORETÓN SANZ, María Fernanda (2008): «Examen crítico de los fundamentos dogmáticos y jurisprudenciales de la expromisión y del artículo 1205 del Código Civil español.

- La “vicenda” modificativa, la sucesión singular de las deudas, el programa de la prestación y la aplicabilidad de ciertos principios contractuales». *Anuario de Derecho Civil*, p. 696. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2763897>
- ORDUÑA MORENO, Francisco Javier (2019): «Hacia un necesario nuevo Código Civil como instrumento de progreso y cambio Social en el siglo XXI». *Diario La Ley* 9542, Wolters Kluwer.
- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Francisco (2017): *La Nulidad de las Cláusulas Suelo en Prestamos Hipotecarios*. Tirant lo Blanch, Valencia.
- RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe (1987): «El concepto de alteración objetiva convencional de la relación obligatoria». *Anuario de Derecho Civil*.
- REYES LÓPEZ, María (2022): *Manual de Derecho Privado de Consumo*. Editorial LA LEY, Madrid, 3ª ed.
- RIBÓN SEISDEDOS, Eugenio (2017): *Cláusula suelo y reclamación de gastos hipotecarios. Acciones para su eliminación y devolución de cantidades indebidamente percibidas*. Editorial Sepín, Madrid.
- RODRÍGUEZ DE FONSECA, BARTOLOMÉ AGUSTÍN (1874): *Digesto del emperador Justiniano. Traducido y publicado en el siglo anterior*.
- SÁNCHEZ RUBIO, Alfredo (2003): «Comentario a la STS de 5 de diciembre de 2002». *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 62.
- UNIVERSIDAD DE MURCIA (s.f.): «Código Civil: Proyecto de 1851». Texto digitalizado por: ATAZ LÓPEZ, JOAQUÍN. <https://webs.um.es/jal/leyes/1851-Proyecto.pdf> (25/09/2023).
- VV. AA. (2017): *Contratos Bancarios Litigiosos. Análisis de la jurisprudencia*. Editorial Francis Lefebvre, Madrid.
- VILLAMIL PÉREZ, Ariadna (2016): «Recientes Aportaciones en materia de Derecho Bancario: El Caso Bankia». *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, nº 142 (abril-junio).
- VIVAS TESÓN, INMACULADA (2019): «El resarcimiento de daños morales por cláusulas abusivas en contratos bancarios con consumidores: presente y ¿futuro?». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 96, 780, 2020.

VI. RESOLUCIONES CITADAS

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 10 de noviembre de 1964, ECLI:ES:TS:1994:19224.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 16 de marzo de 1897, Id. VLEX-76691372. <https://app.vlex.com/vid/76691372> (3/9/2023).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 1 de junio de 1948. ECLI:ES:TS:1948:1509.

SAP Ibiza 928/2014, de 2 de mayo de 2014 (ECLI:ES:APIB:2014:928).

SAP Albacete 1203/2014, de 28 de octubre de 2014 (ECLI:ES:APAB:2014:1203).

SAP Valencia 5959/2014, de 26 de diciembre de 2014 (ECLI:ES:APV:2014:5959).

SAP Palencia 72/2015, de 12 de marzo de 2015 (ECLI:ES:APP:2015:72).

SAP Murcia 671/2015, de 23 de marzo de 2015 (ECLI:ES:APMU:2015:671).

SAP Madrid 6051/2015, de 5 de mayo de 2015 (ECLI:ES:APM:2015:6051).

Sentencia del Tribunal Supremo 4750/1079 (Sala de lo Civil), de 28 de mayo de 1979, ECLI:ES:TS:1979:4750.

Sentencia del Tribunal Supremo 9809/1988 (Sala de lo Civil), de 13 de abril de 1988, ECLI:ES:TS:1988:9809.

SAP Zaragoza 673/2017, de 26/04/2017 (ECLI:ES:APZ:2017:673).

SAP Madrid 8388/2017, de 19/06/2017 (ECLI:ES:APM:2017:8388).

SAP Cuenca 319/2017, de 26/09/2017 (ECLI:ES:APCU:2017:319).

SAP Logroño 314/2017, de 13/11/2017 (ECLI:ES:APLO:2017:314).

SAP Soria 238/2017, de 11/12/2017 (ECLI:ES:APSO:2017:238).

Sentencia del Tribunal Supremo 1160/2002, de 9 de diciembre (Sala Primera, de lo Civil). ECLI:ES:TS:2002:819.

Sentencia del Tribunal Supremo 3792/2006 (Sala de lo Civil), de 19 de junio de 2006. ECLI:ES:TS:2006:3796.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 4149/2015, de 20 de octubre de 2015. ECLI:ES:TS:2015:4149.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-administrativo) 7103/2012, de 30 de octubre de 2012. ECLI:ES:TS:2012:7103.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 375/2010, de 17 de junio de 2010. ECLI:ES:TS:2010:4216.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 3721/2017, de 16 de octubre.
ECLI:ES:TS:2017:3721.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 241/2013, de 9 de mayo de 2013.
ECLI:ES:TS:2013:1916.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), de 21 de diciembre de 2016 (ECLI:EU:C:2016:980), rectificada por Auto de 1 de febrero de 2017 y dictada en los asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308-15.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 123/2017, de 18 de enero de 2017.
ECLI:ES:TS:2017:123.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 1916/2013, de 9 de mayo de 2013.
ECLI:ES:TS:2013:1916.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 1280/2015, de 25 de marzo de 2015.
ECLI:ES:TS:2015:1280.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 123/2017, de 24 de febrero de 2017.
ECLI:ES:TS:2017:123.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 288/2023, de 22 de febrero de 2023
ECLI:ES:TS:2023:563.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 3721/2017, de 16 de octubre de 2017.
ECLI:ES:TS:2017:3721.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 1238/2018, de 11 de abril de 2018.
ECLI:ES:TS:2018:1238.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 589/2020, de 11 de noviembre de 2020. ECLI:ES:TS:2020:3688.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 4290/2020, de 15 de diciembre de 2020. ECLI:ES:TS:2020:4290.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 4388/2020, de 28 de diciembre de 2020. ECLI:ES:TS:2020:4388.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 125/2021, de 26 de enero de 2021.
ECLI:ES:TS:2021:125.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 1843/2021, de 12 de mayo de 2021.
ECLI:ES:TS:2021:1843.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 1924/2021, de 17 de mayo de 2021.
ECLI:ES:TS:2021:1924.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 1925/2021, de 18 de mayo de 2021.
ECLI:ES:TS:2021:1925.

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 2457/2022, de 21 de junio de 2022.
ECLI:ES:TS:2022:2457.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 2775/2022, de 8 de julio de 2022.
ECLI:ES:TS:2022:2775.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 664/2022, de 22 de febrero de 2022.
ECLI:ES:TS:2022:664.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 1550/2022, de 19 de abril de 2022.
ECLI:ES:TS:2022/1550.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 752/2023, de 21 de febrero de 2023.
ECLI:ES:TS:2023:752.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 1192/2023, de 15 de febrero de 2023.
ECLI:ES:TS:2023:1192.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 1124/2023, de 28 de marzo de 2023.
ECLI:ES:TS:2023:1124.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 1898/2023, de 5 de mayo de 2023.
ECLI:ES:TS:2023:1898.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 2533/2023, de 5 de junio de 2023.
ECLI:ES:TS:2023:2533.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 752/2023, de 21 de febrero de 2023.
ECLI:TS:2023:752.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta) de 15 de junio de 2023, asunto C-520/21. ECLI:EU:C:2023:478.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 288/2023, de 22 de febrero. ECLI:ES:TS:2023:563.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de mayo de 2022. Asunto C-869/19. ECLI:EU:C:2022:397.

