

**¿RETROACTIVIDAD O IRRETROACTIVIDAD DE LA
ELIMINACIÓN DE LAS CLÁUSULAS SUELO?
O DE LA REBELIÓN DE LOS JUZGADOS Y AUDIENCIAS
PROVINCIALES**

Alicia Agüero Ortiz

Centro de Estudios de Consumo

Universidad de Castilla-La Mancha

La Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 en la que declaraba la nulidad de las cláusulas suelo del litigio, sin reconocer la retroactividad intrínseca a la declaración de nulidad de sus efectos (art. 1303 CC) alegando la afección de la seguridad jurídica y el orden público económico, no ha hecho más que generar incertidumbre sobre la eficacia de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo, y en particular, sobre si se puede recuperar o no las cantidades ya aportadas por aplicación de una cláusula declarada nula.

En este trabajo realizaremos un análisis de las sentencias publicadas con posterioridad a la STS de 9 de mayo de 2013. En primer lugar desgranaremos la fundamentación jurídica de las sentencias que reconocen la retroactividad de los efectos de la nulidad –ordenadas cronológicamente-, para pasar seguidamente al estudio de las sentencias que niegan su retroactividad o que, incluso, declaran la licitud de la cláusula suelo.

1. Sentencias dictadas con posterioridad a la STS de 9 de mayo de 2013, que reconocen la retroactividad de los efectos de la eliminación de la cláusula suelo

1.1. Sentencia del JPI núm. 4 de Ourense, de 13 de mayo de 2013

En el presente litigio conoce el JPI de Ourense de una demanda en la que el consumidor reclama que se declare la nulidad de la cláusula suelo de su préstamo hipotecario, suscrito con N.C.G. BANCO, S.A., del siguiente tenor:

“No obstante la variación pactada (Euribor + 0,50 %), el tipo de interés nominal aplicable no podrá ser inferior al tres coma veinticinco por ciento (3,25 %), ni superior al nueve por ciento (9 %)”.

En primer lugar, el JPI analiza si la controvertida cláusula suelo tiene naturaleza de condición general de la contratación, y en consecuencia es merecedora de la protección otorgada por la LCGC y el TRLGDCU pudiendo ser considerada abusiva, extremo que la entidad de crédito niega, insistiendo en que la cláusula suelo no fue impuesta sino aceptada libremente por el demandante. Recuerda el JPI que el art. 1.1 LCGC define a los contratos de adhesión como aquellos en los que el contenido viene predeterminado por el predisponente, mientras que el adherente se limita a aceptar en bloque las cláusulas propuestas, incluso cuando haya tenido lugar negociación individual de alguna de las cláusulas (art. 1.2). Por lo que, será un contrato de adhesión si, en general, su contenido no ha sido fruto de una negociación previa entre las partes, por ello, su no calificación como condición general no depende de que haya sido aceptada libremente por el adherente, y es que este tipo de contratos no excluyen la autonomía de la voluntad. Más aún, afirma el JPI que no puede equipararse el desconocimiento de la cláusula a la imposición de ésta, pues puede el empresario imponer una cláusula no deseada por el consumidor, quien pese a conocerla, debe aceptarla. Tampoco excluye la condición de condición general la formulación del empresario de diversas ofertas, cuando todas ellas están estandarizadas, pues no conlleva posibilidad de negociación real del consumidor en orden a la singularización o individualización del contrato. Así pues, y en ausencia de prueba en contrario por la entidad¹, dicha cláusula debe ser considerada una condición general de la contratación.

En segundo lugar, se propone el JPI determinar la abusividad de la cláusula suelo litigiosa. El Juez parte del art. 82.4.c del TRLGDCU que contempla la abusividad en cualquier caso de las cláusulas que “determinen la falta de reciprocidad en el contrato”. El contrato de préstamo contiene una cláusula por la que se fija un límite mínimo al tipo de interés (3,25 %) que protege a la entidad permitiendo que siempre perciba un mínimo de interés ante los posibles descensos del índice. Ciertamente, el contrato también contiene un cláusula que establece un límite máximo al tipo de interés (9 %), sin embargo esto supone una clara falta de semejanza entre las acotaciones a la alta y a la baja, pues el prestatario no ve cubierto su riesgo de afrontar una cuota superior –como sí está haciendo el prestamista– por lo desproporcionado del límite que sirve de techo muy superior al mayor previsible. Entiende el juzgador que ello supone una falta de proporcionalidad en perjuicio del consumidor, contraria a la buena fe, que provoca un desequilibrio entre las partes y así declara abusivas tanto la cláusula suelo como la cláusula techo, haciendo especial hincapié en que la cláusula suelo no es abusiva por sí misma, sino que lo es por no contener el contrato ninguna contrapartida al riesgo real y efectivo que asume el consumidor y, no la entidad bancaria, frente a las fluctuaciones del tipo de

¹ No se acreditó siquiera la entrega de la oferta vinculante previa a la firma del contrato de préstamo hipotecario.

interés. Finalmente, justifica la concurrencia de los requisitos fijados en la STS de 9 de mayo de 2013, a saber, creación de apariencia de contrato de préstamo a interés variable, falta de información suficiente, creación de apariencia de contraprestación del suelo con el techo, ubicación en una abrumadora cantidad de datos, ausencia de simulaciones de escenarios adversos e inexistencia de advertencia previa, clara y comprensible.

En tercer y último lugar, declara los efectos retroactivos de la declaración de nulidad de la cláusula suelo. El argumento esgrimido es el único que ofrece el ordenamiento jurídico, así el art. 83.1 TRLDGCU *“Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas”*, y es que, como dice el Juez, *“la declaración de nulidad lleva implícito que haya de ignorarse la misma, conforme prevé el art. 83.1 TRLDGCU, con independencia de que se mantenga su presencia material en el documento que contiene el contrato”*. Por ello, condena a la entidad bancaria al reintegro de las cantidades percibidas desde el momento en que comenzó a aplicarse la cláusula suelo (un total de 7.987,71 €), como obliga el art. 219.1 LEC *“Cuando se reclame en juicio el pago de una cantidad de dinero determinada o de frutos, rentas, utilidades o productos de cualquier clase, no podrá limitarse la demanda a pretender una sentencia meramente declarativa del derecho a percibirlos, sino que deberá solicitarse también la condena a su pago, cuantificando exactamente su importe (...)”*.

Asimismo, el fallo previene la eventual alegación a la STS de 9 de mayo de 2013 a instancia de la parte demandante, en orden a impedir la retroactividad de los efectos de la nulidad. En este sentido, el juzgador realiza una dura crítica a la STS ya que el pronunciamiento no contenía ninguna de las peticiones de las partes, sin poder ser rebatido por ninguna de ellas al no haber una instancia posterior, produciendo una vulneración del principio de tutela judicial efectiva. Finalmente, reprocha el recurso del TS a la legislación administrativa, de Patentes y Marcas, etc. (párrafos de la STS 287 y ss.) para justificar la limitación de la retroactividad, pues la aplicación analógica de otras leyes sólo es posible en caso de laguna legal (art. 4 CC). Sin embargo, como acertadísimo considera el Juez de Ourense, en este caso no hay laguna alguna, sino que el art. 1303 CC regula el supuesto de declaración de nulidad de las obligaciones, siendo claro al respecto: *“Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes”*. Por consiguiente, y como -recuerda- tiene declarado el TS (en sus sentencias de 29 de octubre de 1956, de 22 de septiembre de 1989, de 28 de septiembre de 1996, de 26 de julio de 2000, etc.) cuando el contrato hubiese sido ejecutado en todo o en parte procede la reposición de las cosas al estado que tenían al tiempo de la celebración, debiendo devolverse lo que hubieren percibido por razón del contrato.

1.2. Sentencia del JMER núm. 2 de Málaga, de 23 de mayo de 2013

Esta sentencia ha sido objeto de un estudio individualizado en CESCO, por lo que para un análisis en profundidad, remitimos al lector a este trabajo². En este caso, el consumidor reclama la declaración de nulidad de la cláusula suelo de su contrato de préstamo hipotecario suscrito con CAJAMAR, por resultar abusiva, y la restitución de las prestaciones. La cláusula suelo rezaba lo siguiente:

"No obstante lo anterior (Euribor + 0,90 %), se establece que en las revisiones el tipo de interés nominal aplicable no será superior al 15 por ciento anual, salvo que resulte de aplicar por penalización por demora, ni inferior al 3,25 por cien nominal".

La juez comienza acotando el marco legal aplicable, citando los preceptos de la LCGC, Directiva 93/13/CEE, TRLDGCU, y los requisitos asumidos por la STS de 9 de mayo de 2013 para considerar nula una cláusula suelo –todos ellos han sido analizados en el punto anterior, por lo que no los reiteraremos-. Tras ello, y asumiendo que se trata de una condición general de la contratación, se dispone el juzgado a determinar si la entidad cumplió con su deber de información y transparencia. La entidad alega que los prestatarios fueron debidamente informados dado que en la oferta vinculante que precedió a la firma del contrato incluía la cláusula suelo. La regulación de la oferta vinculante se halla en la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, y su finalidad es ofrecer al consumidor una relación detallada de las condiciones del préstamo para que, en un plazo mínimo de 10 días decida si acepta o no esas condiciones. Ahora bien, pese a la existencia de la oferta vinculante, no considera el JMER que ello pruebe que la entidad cumpliera con su deber de transparencia, pues en la práctica estas ofertas vinculantes "se traducen en un "firme Ud. aquí" y la información al Notario suele resumirse en una lectura apresurada en la Notaría de las cláusulas financieras, entre las que pasa inadvertida para el común de los mortales la cláusula suelo". No entiende el juzgador acreditado que se haya informado del comportamiento previsible del índice de referencia (Euribor), siquiera a corto plazo, por ende, el cliente no estaba informado de que previsiblemente las bajadas no repercutían en su beneficio, convirtiendo el contrato en un préstamo a interés fijo mínimo.

Por consiguiente, la cláusula es declarada nula y el efecto de dicha nulidad, como declaró la STJUE de 14 de junio de 2012, es su eliminación del contrato sin que pueda ser modificada ni integrada por el juzgador. Así pues, el contrato hipotecario mantiene su vigencia pasando a fijarse los intereses a partir de la fórmula de interés variable contenida. Por último, declara la obligación de restitución de las prestaciones en virtud del art. 1303 CC "sin que sean de aplicación en este punto y al presente caso, las conclusiones que se alcanzan en la STS de 9 de mayo de 2013, (...), teniendo los Jueces y Tribunales el deber inexcusable de resolver los asuntos conforme al

² GARCÍA MONTORO, L.: "Contra la sentencia del Tribunal Supremo sobre cláusulas suelo: hay que devolver las prestaciones".

http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/notasJurisprudencia/jurisprudencia/clausulas_suelo.pdf

sistema de fuentes establecido (art. 1.7 CC), que establece la primacía de la Ley (art. 1303 CC) sobre la jurisprudencia (art. 1 CC)".

1.3. Auto del JPI núm. 1 de Barcelona, de 31 de mayo de 2013

Es este caso, conoce el JPI de Barcelona de una ejecución hipotecaria instada por UNNIM BANC, S.A., en la que el demandado formuló oposición alegando la existencia de cláusulas abusivas en su contrato de préstamo hipotecario, entre ellas, de la cláusula suelo. En concreto, la cláusula decía:

"El tipo de interés nominal aplicable en cada período de interés resultará de la adición del diferencial al índice de referencia, el Euribor a un año. El diferencial para la primera disposición del límite de crédito es de 1,25 puntos y para las restantes disposiciones de 2,50 puntos. Como límite de variabilidad de intereses, se establece el tipo de interés ordinario aplicable al crédito que resulte de las cláusulas de revisión del tipo de interés convenidas en la escritura, no podrá ser, en ningún caso, inferior al 3,25 % ni superior al 12 % nominal anual".

Siguiendo con el criterio de la STS 9 de mayo de 2013, entiende el JPI que no puede ejercerse un control de equilibrio entre suelo-techo, pero sí debe efectuarse un triple control de transparencia:

- Incorporación en el contrato según las exigencias de la LCGC y de la OM de 5 de mayo de 1994: el Juez entiende que se ha incorporado cumpliendo con esta normativa.
- Incorporación –formal- en contratos de consumo (art. 80 TRLGDCU), concreción, claridad y sencillez en su redacción, accesibilidad y legibilidad, etc.: comprende el juzgador que la redacción de la cláusula no presenta una especial complejidad que dificulte, por sí misma, la comprensión.
- Transparencia material o comprensibilidad real, es decir, si el consumidor puede conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos. Por lo que respecta a la prueba documental practicada, declara el Juez que, si bien los anteriores niveles de transparencia se cumplían, en este extremo el control de transparencia no es superado: no consta haberse realizado simulaciones de escenarios diversos, ni que se haya dado información específica sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo, o sobre el comportamiento previsible del índice de referencia (Euribor). Además, siguiendo los parámetros de la STS que refuerzan la posibilidad de que una cláusula suelo pueda resultar abusiva, ocurre que efectivamente la cláusula suelo y techo se contienen en el mismo párrafo, lo que distorsiona la información percibida por el consumidor, quien puede entender que el techo equilibra el suelo; la cláusula suelo está inmersa en otras informaciones que dificultan su identificación; etc.

Por todo lo expuesto, entiende el Juez que concurren los indicios de la STS de 9 de mayo de 2013 respecto a la falta de información suficiente de la cláusula suelo sobre la oferta de préstamo de interés variable, concluyendo que se le dio un tratamiento impropiaemente secundario a esta cláusula, pese a ser una cláusula definitoria del objeto principal del contrato.

Respecto a los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula suelo, como los anteriores juzgadores, recurre al art. 83 TRLDGCU (las cláusulas nulas se tendrán por no puestas), STJUE de 14 de junio de 2012 (las cláusulas nulas se inaplican, sin posibilidad de integración judicial), pero utiliza un nuevo criterio para dejar de aplicar la STS de 9 de mayo. En este caso alega el juzgador la primacía del derecho comunitario, citando las STJUE de 14 de diciembre de 1982 y de 26 de febrero de 2013 según las cuales *"el órgano jurisdiccional nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del Derecho de la Unión está obligado a garantizar la plena eficacia de estas normas dejando de aplicar de oficio, en caso de necesidad, cualquier disposición contraria de la legislación nacional, incluso posterior"*.

En conclusión, reconoce el JPI el efecto restitutorio y compensatorio de la declaración de la nulidad de la cláusula suelo, tal y como prevé el art. 1303 CC, al descartar la existencia de razones de seguridad jurídica o de orden público –como las alegadas por el TS para excluir los efectos retroactivos de la nulidad- que puedan excluir el efecto clásico de la declaración de nulidad, esto es, la restitución.

1.4. Sentencia del JMER núm. 10 de Barcelona, de 7 de junio de 2013

Conoce en esta ocasión el JMER de una demanda de nulidad de la cláusula suelo de un contrato de préstamo hipotecario siendo el prestamista BANCO PASTOR, S.A., cuyo tenor era el siguiente:

*"Las partes acuerdan que, a efectos obligacionales, el tipo resultante de la revisión del tipo de interés aplicable, sea éste el ordinario o el sustitutivo, no podrá ser inferior al **CUATRO COMA CUARENTA Y CINCO POR CIERTO**³ nominal anual"*.

Observamos como en este caso, se fija un suelo del 4,45 % sin tan siquiera prever ningún techo alternativo. Fijada la consideración de consumidor de los demandantes, el Juez pasa a determinar si la cláusula suelo produce un desequilibrio de prestaciones entre las partes, que suponga un perjuicio para los consumidores y una ventaja cualitativa para la entidad financiera, así como si existió falta de información suficiente que determine la abusividad de la cláusula.

Por lo que respecta a la información, el juzgador niega que la entidad –a quien corresponde la carga de la prueba art. 82.2 TRLDGCU- haya probado la existencia de negociación individual de la cláusula que derroque su

³ La negrita y mayúsculas son del contrato de préstamo.

consideración de condición general, ni de la información suficiente otorgada a los ahora actores. Por el contrario, la testifical solicitada por los demandantes del gestor de BANCO PASTOR concluyó con la afirmación de éste de que no había opción de firmar el contrato sin la cláusula suelo, probando que la cláusula ya estaba fijada y era innegociable. Además, los actores presentaron quejas por escrito a la entidad transmitiendo su disconformidad con la cláusula, rechazando aquella todas las reclamaciones. Por todo, entiende el Juez que se trataba de una condición general sobre la que no se dio información suficiente aún cuando estaba contenida en la previa oferta vinculante y resaltada en negrita, pues al ser los actores *"ciudadanos medios, con un escaso o incluso nulo nivel de conocimientos financieros (...) la entidad debería haber realizado un plus de explicación de dicha cláusula y no lo hizo"*.

En relación al desequilibrio de prestaciones, declara que es más que evidente, pues ni siquiera se había previsto una cláusula techo, además la cercanía del suelo con los tipos medios de aquél momento (5,5 %), tal y como señala la STS de 9 de mayo *"el contrato de préstamo, teóricamente a interés variable, se convierte en préstamo a interés fijo variable exclusivamente a la alza"*.

De forma que, dada la ausencia de información suficiente y la inexistencia de contrapartida (cláusula techo) que sitúa a la entidad en una situación absolutamente ventajosa, frente a la falta de protección similar al consumidor, declara la nulidad de la cláusula suelo debiendo ser eliminada del contrato. Adicionalmente, condena a la entidad a devolver las cantidades pagadas por la aplicación de la cláusula suelo anulada (un total de 16.147,46 €), por entender que no concurren en el presente caso las circunstancias alegadas por la STS de 9 de mayo (razones de seguridad jurídica y orden público económico).

1.5. Sentencia del JMÉR núm. 1 de Bilbao, de 19 de junio de 2013

El objeto del litigio es la demanda de nulidad de la cláusula suelo de un préstamo hipotecario concertado con N.C.G. BANCO, S.A. Existe un hecho novedoso en este caso, y es que si bien la entidad se oponía en la contestación a la demanda a que la cláusula suelo fuera considerada nula, en la audiencia previa se allanó a dicha pretensión oponiéndose, en ese momento procesal, únicamente a la condena al reintegro de las cantidades ya satisfechas por el demandado. Así pues, con una argumentación exquisitamente breve, condena el juez a la entidad bancaria a devolver los 11.973,10 € percibidos por aplicación de la cláusula suelo, por ordenarlo así el art. 1303 CC. Justifica la inobservancia de la STS de 9 de mayo de 2013 como sigue:

- El TS *"declara la irretroactividad (únicamente) de (su) sentencia"*;
- El TS no puede extender en su resolución los efectos de cosa juzgada de la sentencia hasta el punto de impedir los posteriores juicios que puedan

interponer aquellos a los que no se les extiende por ley tales efectos, y reconoce que tampoco lo hace;

- Y que en este caso no se da ningún riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico.

2. Sentencias dictadas con posterioridad a la STS de 9 de mayo de 2013, que declaran la irretroactividad de los efectos de la eliminación de la cláusula suelo

2.1. Sentencia de la AP de Córdoba, de 18 de junio de 2013

La AP de Córdoba conoce de un recurso de apelación interpuesto por BBK BANK CAJASUR S.A.U ante la declaración en primera instancia de la nulidad de la cláusula suelo contenida en uno de sus préstamos hipotecarios, y la consecuente condena a la devolución de las cantidades percibidas por aquella cláusula.

En primer lugar, reconoce que en este caso el demandante-prestatario no ostenta la condición de consumidor, sino que el préstamo fue concedido a una entidad mercantil interviniendo los ahora demandantes como fiadores solidarios, por lo que no gozan de la protección dirigida a los consumidores. Con todo, la AP de Córdoba, siguiendo con las previsiones de la LCGC y las exigencias de transparencia e información contenidas en la STS de 9 de mayo de 2013, considera que estas exigencias referidas a la validez de las cláusulas suelo, resultan de aplicación, ya sea el adherente un consumidor o un profesional, y por ello *"aplicando toda esta doctrina al caso de autos, las conclusiones no pueden ser diferentes a las obtenidas por las resoluciones dictadas, aunque la prestataria no sea consumidora"*. Por tanto, la AP confirma el pronunciamiento de instancia respecto a la nulidad de la cláusula suelo por no ser suficientemente clara su inclusión.

Ahora bien, la AP de Córdoba revoca la condena a la devolución de las cantidades abonadas mediante una argumentación carente de contenido jurídico-material, pues se limita a expresar que *"como quiera que estamos siguiendo la doctrina de la STS de 9 de mayo de 2013 (con las salvedades ya expuestas), no podemos hacerlo solamente en una parte y no en su conjunto; por lo que no podemos desconocer que dicha resolución ha declarado que no procede la restitución de las cantidades ya abonadas"*. Sin más. No justifica cómo este caso puede afectar a la seguridad jurídica u orden público económico, ni la inaplicación del orden de prelación de las fuentes del derecho (Ley –art. 1303 CC- sobre la jurisprudencia del TS), etc.

2.2. Sentencia de la AP de Badajoz, de 27 de junio de 2013

Esta sentencia será objeto de un análisis individualizado que próximamente se publicará en CESCO⁴. En resumen, la sentencia niega la posibilidad de

⁴ <http://www.uclm.es/centro/cesco/>

examinar la abusividad de las cláusulas suelo al estar referidas al objeto principal del contrato (precio) en virtud del art. 4.2 Directiva 93/13/CEE y de la STS de 9 de mayo de 2013, resultando únicamente aplicable el doble control de transparencia sobre su inclusión y consentimiento en el contrato, tal y como recoge la citada sentencia del Alto Tribunal. En atención a las peculiares condiciones del caso, en las que la cláusula suelo no se contenía en origen en el préstamo sino que se incluye por medio de una novación – solicitada por el cliente para ampliar el préstamo- más de tres años después, entiende la AP que dadas las condiciones pudo ser objeto de negociación individual y que el cliente era conocedor de las fluctuaciones del índice de referencia⁵, etc. declarando la licitud de la cláusula suelo.

3. Conclusión

Como hemos expuesto, los fallos posteriores a la STS de 9 de mayo de 2013 se inclinan mayoritariamente por la aplicación del art. 1303 CC como fuente del derecho prioritaria frente a la jurisprudencia, condenado así a las entidades a devolver lo percibido por aplicación de la cláusula suelo anulada. Ahora bien, los argumentos que llevan a la declaración de nulidad de la cláusula suelo suelen ser variados, en unos casos la cláusula se considera nula por ser desproporcionada, y así abusiva (pese a la postura del TS⁶), en otros casos se declara nula por no haber cumplido la entidad financiera su obligación de información suficiente, incluso otras veces se conjugan ambos argumentos. Asimismo, son variados los argumentos que fundamentan la condena a la devolución de las cantidades cobradas: orden de prelación de las fuentes del derecho que justifica la aplicación del art. 1303 CC prioritariamente a la jurisprudencia sentada por la STS de 9 de mayo; prioridad del Derecho Comunitario y con él la STJUE de 14 de junio de 2012, o simplemente la inexistencia de elementos en el caso enjuiciado que permitan entender que la seguridad jurídica o el orden público económico pueda resultar afectado.

Con todo, no faltan sentencias⁷ que sigan al pie de la letra la STS de 9 de mayo negando la retroactividad de los efectos de la declaración de nulidad, e incluso alguna declara la licitud de la cláusula y su permanencia en el contrato, aunque atendiendo a especiales circunstancias del caso.

<http://blog.uclm.es/cesco/>

⁵ Asume la AP que el hecho de tener un préstamo hipotecario, si quiera por tres años, convierte al consumidor en un experto conocedor del mercado financiero e hipotecario.

⁶ Considera que no se puede declarar abusiva una cláusula suelo alegando su desproporción, por ir referida al objeto del contrato, el precio, apoyándose en el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE. Entiende el Tribunal Supremo que si ha de ser declarada nula es por el incumplimiento de la entidad de crédito de información y transparencia respecto a su inclusión en el contrato de préstamo hipotecario.

⁷ Si bien son escasas.