Informe Jurídico

Petición: 2563/2013

Eliminación de las cláusulas suelo hipotecarias y devolución de los importes cobrados indebidamente.

Elaborado por:

Doña Victoria Picatoste Bobillo
Doctora en Derecho

Málaga, España Abril 2.015

LA CLÁUSULA SUELO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO NACIONAL ESPAÑOL Y EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Victoria Picatoste Bobillo
Doctora en Derecho
Profesora de la Universidad de Vigo
PaseodeAlfonso Avogados

Sumario: I. Introducción.- II. Antecedentes.- III. Sobre la naturaleza de las cláusulas insertas en el contrato de préstamo.- IV. Sobre el control de incorporación de las condiciones generales de la contratación.- V. Sobre el carácter abusivo de la cláusula suelo: 1.- La doctrina del TS sobre la cláusula suelo y su carácter abusivo por falta de transparencia; 2.- La no vinculación al consumidor de las cláusulas abusivas por ser nulas de pleno derecho.- VI. El carácter retroactivo de la nulidad de la cláusula suelo: 1) No concurren las circunstancias excepcionales que fundan la sentencia de 9 de mayo de 2013; 2) El principio de no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas; 3) La irretroactividad declarada por el Tribunal Supremo se circunscribe únicamente a su propia sentencia; 4) El incumplimiento de los requisitos sancionados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea para limitar los efectos de las resoluciones judiciales en el tiempo: a) *El requisito de la buena fe; b) La existencia de trastornos graves; 5.* Jurisprudencia nacional sobre la limitación de los efectos *ex tunc* de la nulidad.- VII. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Según datos del Instituto Nacional de Estadística, a fecha 30 de septiembre de 2014, las ejecuciones hipotecarias siguen incrementándose en el segundo trimestre de 2014, siendo el 21,7% de las ejecuciones hipotecarias iniciadas sobre viviendas de hipotecas constituidas en el año 2007.

En muchos de estos casos, las dificultades de las familias de pagar la cuota mensual correspondiente seguramente podrían reducirse con la eliminación de la denominada cláusula suelo, puesto que de esta forma el importe a satisfacer cada mes sería notablemente inferior. Si a esto añadimos, como consecuencia inescindible, la imputación de las cantidades cobradas de forma indebida al capital del préstamo pendiente de amortización, el resultado sería todavía más halagüeño para las economías familiares.

Tomando como punto de partida (y no de llegada) estos datos, a través del

presente documento se pretende, desde un punto de vista eminentemente jurídico, hacer una fotografía de la situación actual en relación con la cláusula suelo, desde la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 hasta la situación de absoluta incertidumbre que reina en la actualidad con resoluciones contradictorias de las distintas Audiencias Provinciales en lo atinente a los efectos retroactivos de la nulidad de esta cláusula, pasando por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la materia. El fin último es proporcionar aquellos datos que se estiman esenciales para entender la problemática existente y abrir un debate sobre las soluciones que deben adoptarse para dar una protección adecuada a los consumidores afectados.

II. ANTECEDENTES

En un marco empañado por la crisis económica que asolaba Europa y con el Euribor en mínimos históricos, la cláusula suelo irrumpe en la opinión pública alcanzando sus cotas más altas de popularidad con la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013.

Como es sobradamente sabido, el Alto Tribunal resuelve a través de esta Sentencia una acción colectiva interpuesta por una asociación de consumidores mediante la que se solicitaba la condena a determinadas entidades bancarias (BBVA, Caixanova y Cajamar) a dejar de utilizar las cláusulas limitativas del tipo mínimo de interés (cláusulas suelo) en sus contratos de préstamos hipotecarios. El Tribunal Supremo acogió esta pretensión, entendiendo que esas cláusulas que habían sido sometidas a su conocimiento eran nulas por abusivas, al no haber observado las entidades demandadas su obligación de proporcionar una información transparente.

A partir de entonces se han incrementado notablemente las demandas de consumidores individuales que exigen la declaración de nulidad de las cláusulas suelo insertas en sus contratos de préstamo obteniendo en su mayoría pronunciamientos favorables tanto en 1ª como en 2ª Instancia.

Ahora bien, la cuestión más espinosa es la relativa a las consecuencias de la nulidad declarada; esto es, según la legislación española cuando un contrato (en este

caso, una cláusula) es nulo de pleno derecho, se retrotraen los efectos de ese contrato al momento de su celebración. Es decir, es como si nunca hubiera existido; no puede producir efectos, puesto que es nulo.

En el caso de la cláusula suelo, esto significa que, una vez declarada nula, debe tenerse por no puesta; es decir, es como si nunca hubiera existido. La consecuencia inmediata es que la entidad prestamista deberá devolver al consumidor todas aquellas cantidades cobradas de forma indebida en virtud de esa cláusula que ha sido declarada nula por abusiva y ello desde la celebración del contrato de préstamo.

No obstante, el Tribunal Supremo, en la Sentencia de referencia, consideró que al tratarse de un proceso colectivo, los efectos de la nulidad debían limitarse, produciéndose solamente desde la fecha de su resolución (9 de mayo de 2013). Fundamentó esta decisión en el principio de seguridad jurídica sancionado en el artículo 9.3 de la Constitución Española y también para evitar graves trastornos al orden económico nacional.

Sin entrar a valorar la suficiencia de estos argumentos, basta señalar que esta decisión ha sido acogida por algunas Audiencias Provinciales, aun cuando, al tratarse de acciones individuales, no parece que pueda sostenerse la vigencia de los principios citados. Esta cuestión reviste especial gravedad, toda vez que se está infringiendo la normativa comunitaria que prohíbe que el consumidor quede vinculado del modo que sea por una cláusula abusiva. Por lo tanto, al no condenar a las entidades bancarias a devolver las cantidades cobradas de forma indebida por la cláusula suelo, lo que se está consintiendo es que una cláusula que ha sido declarada nula produzca efectos, vinculando al consumidor y produciéndole serios perjuicios.

Dicho esto, hay que advertir que otras Audiencias Provinciales han estimado la devolución de las cantidades cobradas indebidamente desde la fecha de celebración del contrato, creándose así un conflicto jurisprudencial que deberá ser resuelto por el Tribunal Supremo, esperemos que a favor de la retroactividad.

En suma, a continuación se pretenden abordar todas aquellas cuestiones de índole jurídico que afectan a la denominada cláusula suelo; en primer término, se hace una breve referencia a la naturaleza de los contratos de préstamo hipotecario como contratos de adhesión, pues esta característica es la que va a determinar su

sometimiento a los controles que la Ley prevé para sancionar la nulidad de una cláusula. A continuación, se exponen cuales son estos controles y cuando van a entrar en juego, para finalmente, introducirse de lleno en el estudio de la cláusula suelo. Los extremos que son objeto de tratamiento son, de un lado, su carácter abusivo por falta de transparencia y, a continuación, las consecuencias derivadas del mismo y que son fundamentalmente la nulidad y la consecuente devolución de las cantidades cobradas de forma indebida por la entidad prestamista en aplicación de esa cláusula nula.

III. SOBRE LA NATURALEZA DE LAS CLÁUSULAS INSERTAS EN EL CONTRATO DE PRÉSTAMO

No cabe duda que el contrato de préstamo hipotecario celebrado entre las partes es un contrato de adhesión o, dicho de otro modo, un contrato con condiciones generales. Los requisitos legales para afirmar la existencia de condiciones generales en un contrato y que se recogen, siguiendo la doctrina mayoritaria, en la STS de 9 de mayo de 2013 (Fto. nº 137), son los siguientes:

> «a) Contractualidad: se trata de "cláusulas contractuales" y su inserción en el contrato no deriva del acatamiento de una norma imperativa que imponga su inclusión.
>
> b) Predisposición: la cláusula ha de estar prerredactada, siendo irrelevante que lo haya sido por el propio empresario o por terceros, siendo su característica no ser fruto del consenso alcanzado después de una fase de tratos previos. En particular en el caso de los contratos de adhesión.
>
> c) Imposición: su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes –aunque la norma no lo exige de forma expresa, dada su vocación de generalidad, debe ser impuesta por un empresario-, de tal forma que el bien o servicio sobre el que versa el contrato nada más puede obtenerse mediante el acatamiento a la inclusión en el mismo de la cláusula.
>
> d) Generalidad: las cláusulas deben estar incorporadas a una pluralidad de contratos o estar destinadas a tal fin ya que, como afirma la doctrina, se trata de modelos de declaraciones negociales que tienen la finalidad de disciplinar uniformemente los contratos que van a realizarse».

Dicho esto, tal y como ha tenido oportunidad de declarar el propio TS en la resolución citada (cfr. Ftos. nº 132, 133 y 144), cabe afirmar que **los contratos de préstamos hipotecarios son contratos con condiciones generales** y no cabe poner en tela de juicio la concurrencia de estos requisitos.

La naturaleza de las cláusulas del préstamo como condiciones generales de la contratación tiene importancia en tanto en cuanto van a someterse al denominado control de incorporación previsto en la Ley de Condiciones Generales y cuyo régimen se desarrolla a continuación.

IV. SOBRE EL CONTROL DE INCORPORACIÓN DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN

Según la legislación vigente, cuando en un contrato con condiciones generales el adherente no haya tenido oportunidad de conocer estas condiciones de forma real y efectiva, o, en todo caso, cuando habiendo tenido oportunidad de conocerlas efectivamente, no resultan legibles, trasparentes, claras y fácilmente comprensibles, no pasarán a formar parte del contenido contractual.

El resultado último, en suma, si no se cumplen estas prescripciones, es la nulidad de las condiciones generales que no hubieran podido ser objeto de conocimiento o que no fueran claras y transparentes.

Por tanto, las condiciones que no cumplan los requisitos de incorporación sancionados en la Ley de Condiciones Generales son nulas de pleno derecho.

En la materia que nos ocupa, el Alto Tribunal, en la citada STS de de 9 de mayo de 2013, ha declarado que este control de incorporación regulado con carácter general en Ley de Condiciones Generales, puede estimarse superado cuando se hayan observado las obligaciones de información contenidas en la normativa específica.

Es decir, **el TS ha declarado que en los contratos de préstamo con garantía hipotecaria cabe entender superado el control de inclusión previsto en la Ley de Condiciones Generales, cuando se hayan cumplido las obligaciones sancionadas**

en la normativa sobre transparencia de los servicios bancarios. Entre estas obligaciones pueden destacarse fundamentalmente la necesaria entrega al consumidor del folleto informativo y de la correspondiente oferta vinculante con carácter previo a la celebración del contrato.

En definitiva, por tanto, el Alto Tribunal considera que si se han observado los deberes de trasparencia sancionados en la normativa específica, cabe entender que el adherente ha tenido oportunidad real de conocer y de comprender efectivamente las condiciones generales que integran el contrato de préstamo celebrado. **En caso contrario, esto es, cuando la entidad bancaria incumple este deber de información, no puede reputarse superado el control de incorporación sancionado en la Ley de Condiciones Generales, con la consecuencia expresada ya más arriba, esto es, que las condiciones generales que no hayan podido ser conocidas por el adherente no pasarán a integrar el contenido contractual por ser nulas de pleno derecho**.

Esta consecuencia, además, es aplicable con carácter general, es decir, con independencia de que el prestatario tenga o no la condición de consumidor; ahora bien, sin perjuicio de lo expuesto, cuando además el adherente tiene la condición de consumidor entra en juego también la legislación protectora de los consumidores que impone al empresario un deber de trasparencia al que se hará referencia a continuación.

V. SOBRE EL CARÁCTER ABUSIVO DE LA CLÁUSULA SUELO

1.- La doctrina del TS sobre la cláusula suelo y su carácter abusivo por falta de transparencia

Al lado del control de incorporación sancionado en la Ley de Condiciones Generales, si el contrato ha sido suscrito con un consumidor, procede un segundo control, esta vez sobre el contenido de las cláusulas que integran el contrato de adhesión. En concreto, es preciso determinar si estas condiciones pueden reputarse abusivas, en perjuicio del consumidor claro está, y a tenor de lo dispuesto en los artículos 82 y siguientes del *Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios*.

En este sentido, el Alto Tribunal ha determinado, en su Sentencia de 9 de mayo de 2013 (Fto. 225), que **no son transparentes** aquellas cláusulas en las que:

> «a) Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.
>
> b) Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas.
>
> c) No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar
>
> d) No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad –caso de existir- o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas.
>
> e) En el caso de las utilizadas por el BBVA, se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor».

Dicho esto, cabe sostener que todos estos presupuestos se incumplen en la mayor parte de los contratos de préstamo con cláusula suelo celebrados con consumidores, pues así se desprende de las numerosas resoluciones jurisprudenciales que han sido dictadas, sobre todo, con posterioridad a esta Sentencia del Tribunal Supremo. Y es que si se observan las escrituras de préstamo hipotecario empleadas por la mayor paret de las entidades, los cierto es que difícilmente se puede llegar a identificar la denominada cláusula suelo (o limitativa de la variabilidad del tipo de interés aplicable) como definidora del objeto principal del contrato de préstamo.

Por lo tanto, en la mayor parte de los casos, los consumidores no han sido informados ni suficientemente ni de forma clara de que la cláusula suelo es "un elemento definitorio del objeto principal del contrato".

Es más, antes de llegar a esta cláusula, suele ofrecerse diversa información que no hace sino contribuir a la creencia de que se está contratando un préstamo con un tipo de interés variable, esto es, que puede alterarse a la baja o al alza con el trascurso del tiempo, cuando en realidad, a consecuencia de la aplicación del suelo, en realidad se trata de un préstamo con interés mínimo fijo (cfr. los Ftos. 217, 256 y 264 de la

STS de 9 de mayo de 2013).

Y no sólo eso, la atención del consumidor se intenta dirigir hacia extremos que, por el juego de la propia cláusula suelo, apenas van a tener una trascendencia real en la economía del préstamo, como puede ser el diferencial aplicable. Así, es habitual que en los contratos de préstamo hipotecario se prevea la posibilidad de reducir el diferencial pactado si el prestatario cumple una serie de condiciones (que pasan fundamentalmente por tener contratados un número determinado de productos con la entidad prestamista). Esta bonificación sólo va a operar en la práctica cuando el tipo aplicable al préstamo supera el mínimo fijado, pero esta advertencia no se plasma en ningún momento en el contrato, contribuyendo a crear una imagen distorsionada al consumidor e incidiendo claramente en su comportamiento económico contratando productos que de otro modo no contrataría (sobre esto, cfr. Fto. 218 de la STS de 9 de mayo de 2013).

Sin embargo, en lo que respecta a la información que resulta más trascendente para los intereses del consumidor, como es el tipo mínimo fijo aplicable (suelo), suele insertarse en una cláusula "BIS", denominación que ya de por sí reviste carácter secundario, camuflada en una maraña de conceptos, datos e informaciones ya de por sí complejos para un consumidor medio profano en la materia.

En suma, cabe sostener que, además de que la relevancia de esta información no se evidencia en el propio contrato, se aportan otros datos que sin ser tan trascendentes en la práctica real, distraen la atención del consumidor, acaparándola y diluyendo aquellos otros, como es el propio suelo, que sí van a ser verdaderamente determinantes para los intereses del prestatario.

Tampoco se aporta información alguna al consumidor sobre el previsible comportamiento del tipo de interés a lo largo de la vida del préstamo; en palabras del TS, en la mayor parte de los casos no se han mostrado **"simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar"** ni tampoco se ha puesto a disposición del consumidor **"el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad".**

En definitiva, de todo lo expuesto cabe colegir que resulta difícil, por no decir

imposible, que un consumidor medio, con la información de la que disponía, pudiera llegar a "conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos", tal y como exige el TS en su Sentencia de 9 de mayo de 2013 para sancionar la licitud de las cláusulas suelo en los contratos con consumidores. La consecuencia esencial deberá ser, entonces, la nulidad de la cláusula suelo por abusiva, con las consecuencias que pasan a exponerse a continuación.

2.- La no vinculación al consumidor de las cláusulas abusivas por ser nulas de pleno derecho

La abusividad de una cláusula acarrea necesariamente su nulidad de pleno derecho, tal y como se dispone en la legislación nacional. Ahora bien, **¿significa esto que también es nulo el contrato en el que se inserta?**

La respuesta es negativa; según la normativa aplicable, sólo cuando el contrato no pueda subsistir sin las cláusulas declaradas nulas por abusivas, podrá estimarse la ineficacia del contrato.

En el caso de la cláusula suelo, el hecho de que ésta sea declarada nula no puede acarrear la ineficacia del contrato y así lo ha afirmado, de hecho, el Tribunal Supremo en su Sentencia de 9 de mayo de 2013.

Y una vez declarada nula esa cláusula, **¿podría un juez integrar la parte del contrato afectada por la nulidad?**

La respuesta debe ser, nuevamente negativa; en efecto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha señalado en numerosas ocasiones que cuando una cláusula se declare nula simplemente se tendrá por no puesta y no podrá vincular en modo alguno al consumidor.

Y es que, como señala el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea, "la mencionada facultad **contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores** (…), en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a

declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales".

Por lo tanto, en aplicación de esta jurisprudencia comunitaria, **cuando una cláusula se declare nula simplemente se tendrá por no puesta y no podrá vincular en modo alguno al consumidor**. Esta afirmación, como se verá a continuación, tiene una importancia capital a los efectos de determinar el alcance de la nulidad de la cláusula suelo cuando haya sido declarada abusiva.

VI. EL CARÁCTER RETROACTIVO DE LA NULIDAD DE LA CLÁUSULA SUELO

De lo expuesto hasta el momento cabe extraer como idea esencial que la nulidad de una cláusula declarada abusiva hace que esta cláusula se tenga por no puesta, o, dicho de otro modo, las disposiciones contenidas en una cláusula declarada abusiva no pueden vincular en modo alguno al consumidor al ser nulas de pleno derecho. Asimismo, si se acude a la normativa nacional sobre nulidad de los contratos, cabe afirmar que la nulidad de una cláusula comporta la restitución íntegra de las prestaciones que traen causa de la cláusula declarada nula. De esta forma, el consumidor no quedaría vinculado en modo alguno por la cláusula que ha sido declarada nula por abusiva, siendo este resultado acorde con el principio de "no vinculación" sancionado en la normativa y jurisprudencia comunitaria y al que se ha hecho referencia más arriba.

Ahora bien, aun cuando la legislación nacional es clara en el sentido de anudar a la nulidad de una cláusula declarada abusiva la restitución de las prestaciones realizadas al amparo de esa cláusula, el Tribunal Supremo, en su ya archiconocida Sentencia de 9 de mayo de 2013, decidió limitar el alcance la nulidad de las cláusulas suelo que fueron declaradas abusivas en su Sentencia, produciendo esta nulidad sus efectos solamente desde la fecha de esta resolución. Para fundamentar esta decisión, el Alto Tribunal alegó, fundamentalmente, el principio de seguridad jurídica sancionado en el artículo 9.3 de la Constitución Española y en el hecho de "que la retroactividad de la sentencia generaría el riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden

público económico".

Estos argumentos hay que ponerlos en relación con la propia naturaleza de la acción ejercitada y es que no cabe olvidar que aquella Sentencia del alto Tribunal se dictó con motivo de una acción de cesación. Este hecho tiene una trascendencia capital, no sólo ya porque una acción individual permite un análisis pormenorizado de las circunstancias e intereses concretos del caso, cosa que no es posible en el marco de un proceso de carácter colectivo, sino porque además la salvaguarda del orden público económico y el principio de seguridad jurídica no se ven afectados del mismo modo y ello por razones evidentes.

No obstante, y aun a pesar de las circunstancias aludidas, algunas Audiencias Provinciales han entendido que aun cuando se trate de acciones ejercitadas individualmente procede la limitación del alcance de la nulidad de la cláusula suelo, no produciendo esta declaración efectos *ex tunc*, y a pesar de la regla general sancionada en el artículo 1303 del CC. En cuanto a los fundamentos que se arguyen en estas resoluciones prácticamente se reproducen los de la Sentencia del Alto Tribunal de 9 de mayo de 2013, por lo que, a efectos de evitar reiteraciones y en aras de la claridad y ligereza que se pretende en el presente escrito, no se van a transcribir aquí.

Dicho esto, frente a aquellas Audiencias Provinciales que entienden procedente la limitación de los efectos retroactivos de la nulidad de la cláusula suelo, existe otra corriente de Audiencias Provinciales que sostienen la postura contraria, esto es, la aplicación del artículo 1303 del CC en toda su extensión, fallando a favor de la devolución de las cantidades cobradas de forma indebida como consecuencia de la aplicación de la cláusula suelo. Los argumentos en los que se apoyan estas Audiencias Provinciales, más allá de la literalidad misma del artículo 1.303 del CC, se pueden resumir en los siguientes:

1) NO CONCURREN LAS CIRCUNSTANCIAS EXCEPCIONALES QUE FUNDAN LA SENTENCIA DE 9 DE MAYO DE 2013

Como ya se ha tenido oportunidad de exponer, el Alto Tribunal alegó la salvaguarda del orden público económico y seguridad jurídica para fundar su decisión de limitar los efectos de la nulidad de las cláusulas suelo declaradas en su Sentencia. No obstante, estas circunstancias no pueden prosperar en aquellos casos en que lo que se ejercitan son acciones individuales. Es más, se ha llegado a afirmar que "admitir efectos jurídicos y económicos a cláusulas declaradas nulas en virtud de una normativa imperativa como la de consumo podría generar, en efecto, graves problemas de seguridad jurídica y económica, al menos a una de las partes afectadas".

2) EL PRINCIPIO DE NO VINCULACIÓN DEL CONSUMIDOR A LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

Como ya se ha hecho referencia anteriormente, el principio jurisprudencial de "no vinculación" de los consumidores a las cláusulas abusivas se desprende de numerosas resoluciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea con motivo de la interpretación de la *Directiva del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores*.

3) LA IRRETROACTIVIDAD DECLARADA POR EL TRIBUNAL SUPREMO SE CIRCUNSCRIBE ÚNICAMENTE A SU PROPIA SENTENCIA

Según este razonamiento, la Sentencia de 9 de mayo de 2013 del Tribunal Supremo se dicta en el marco de una acción de cesación y se pronuncia en términos abstractos; es por ello que el Alto Tribunal no se pronuncia sobre la irretroactividad de la nulidad en relación con las cláusulas suelo, sino que esta declaración sobre la irretroactividad se circunscribe a su Sentencia (y así lo pone expresamente de manifiesto el propio Tribunal Supremo en el Fto. 294 de su Sentencia y en el apartado décimo del Fallo).

4) INCUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS SANCIONADOS POR EL

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA PARA LIMITAR LOS EFECTOS DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES EN EL TIEMPO

Tal y como se ha puesto de manifiesto por algún autor (DE PUIG MATEU), según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (a la que el propio Tribunal Supremo alude en su sentencia del 9 de mayo de 2013), para limitar los efectos retroactivos de la nulidad de la cláusula suelo es preciso que se den dos requisitos: la existencia de buena fe y el riesgo de trastornos graves. Por lo tanto, solo cuando se den ambos requisitos se podrán limitar los efectos de una resolución judicial; además, cabe advertir que, a tenor de las consideraciones realizadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, esta facultad es excepcional, debiendo interpretar la concurrencia de ambos presupuestos de forma restrictiva.

En el caso de la cláusula suelo, lo cierto es que resulta bastante dudoso que puedan entenderse cumplidos los requisitos aludidos, tal y como se pasa a exponer a continuación:

a) El requisito de la buena fe

Así, en lo que respeta al requisito de la buena fe parece que es cuanto menos discutible su existencia y ello por varias razones. De un lado, porque tanto los valores históricos del Euribor desde 2000 (año en que se comenzó a utilizar este índice de forma generalizada) como las informaciones de que disponen las entidades bancarias permitían realizar una previsión bastante cercana a la realidad de las subidas y/o bajadas del tipo de referencia.

En este sentido, resulta esclarecedor el informe elaborado en Octubre de 2010 por ADICAE y en el que, entre otras informaciones de interés, se cita un informe de fecha 3 de Junio de 2008 emitido por el BBVA y en el que se anunciaba ya que “el BCE recortará los tipos una vez la caída de la inflación y el crecimiento sean evidentes, a finales de 2008”. Por tanto, cabe presumir que **las entidades bancarias eran conocedoras en todo momento del comportamiento de los tipos**, introduciendo la cláusula suelo en los contratos celebrados con consumidores para neutralizar los efectos de la bajada del tipo de interés y

dejando sin efecto real la anunciada variabilidad del préstamo celebrado. Es más, según el Informe del Banco de España publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 7 de mayo de 2010, varias entidades incrementaron notablemente el uso de este tipo de cláusulas limitativas del interés a la baja a partir de 2009.

Insistiendo en esta idea, además, cabe poner de manifiesto otro hecho de gran relevancia y es que en la contratación de préstamos hipotecarios resulta una práctica habitual el ofrecimiento por las entidades bancarias de una serie de bonificaciones sobre el diferencial aplicable a cambio de la contratación por el consumidor de diversos productos de la entidad. Sin embargo, estas bonificaciones no entran en juego si el tipo resultante es inferior al señalado como suelo. En suma, la virtualidad de estas bonificaciones en la práctica ha resultado ser prácticamente nula como consecuencia de la cláusula suelo, siendo conocedoras, como ya se ha expuesto, las entidades de la más que probable bajada paulatina del Euribor desde 2008.

Asimismo, se ha puesto de manifiesto por algún autor (DE PUIG MATEU) que ya desde el año 2010 se han dictado diversas sentencias donde se declaraba la nulidad de las cláusulas suelo y ello no impidió que las entidades prestamistas dejasen de incluirlas en sus contratos. En la misma línea, también se ha hecho ya referencia a la doctrina consolidada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en lo atinente a la no vinculación de las cláusulas abusivas al consumidor. Es decir, el Tribual Europeo ya se ha pronunciado en más de una ocasión en el sentido de que el consumidor no puede quedar vinculado en modo alguno por las cláusulas que hayan sido declaradas abusivas. Sin embargo, el hecho de que se limiten los efectos de la nulidad de la cláusula suelo, no parece que se compadezca con la legalidad vigente, toda vez que, tal y como se ha apuntado anteriormente, se está permitiendo que el consumidor quede vinculado a determinados efectos de una cláusula que es nula de pleno derecho. Y a pesar de esto las entidades continúan negando los efectos retroactivos de la nulidad en el caso de las cláusulas suelo incluso cuando han sido declaradas nulas por los Tribunales.

En conclusión, tal y como se desprende de lo expuesto hasta el

momento, puede afirmarse que las entidades bancarias no han actuado de buena fe ofreciendo a los consumidores contratos de préstamos hipotecarios con tipos de interés variable cuando en la práctica, por efecto de la cláusula suelo, se comportarían como préstamos con interés fijo mínimo.

b) La existencia de trastornos graves

En lo que respecta a la cláusula suelo resulta extraordinariamente difícil valorar si la devolución de las cantidades cobradas de forma indebida como consecuencia de su aplicación en los contratos de préstamo hipotecario puede provocar un trastorno realmente tan grave como para justificar la aplicación de la doctrina referida. De un lado, porque **no existen informes oficiales sobre el número de contratos de préstamo hipotecario celebrados con cláusula suelo**, con lo que resulta complicado hacer siquiera una estimación del número de afectados por estas cláusulas, así como del quebranto económico que supondría para las diversas entidades la devolución de los importes cobrados indebidamente en cada caso concreto.

Dicho esto, de las consideraciones efectuadas por el Banco de España en su Informe publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 7 de mayo de 2010, cabe extraer algunos datos significativos. El informe está realizado sobre una muestra de 49 entidades, y "tomando datos del conjunto de la cartera de cada entidad encuestada, se puede apreciar que en 23 de las 49 entidades la aplicación de estas cláusulas es nula o residual (en todo caso, por debajo del 15% de los importes de la cartera), mientras que para 16 ocurre lo contrario. Es decir, las han aplicado ampliamente (a más del 85% de sus operaciones).

De lo expuesto, por tanto, no parece que pueda afirmarse la existencia de un riesgo real y grave de trastornos del orden público económico como consecuencia de la condena a la devolución de las cantidades cobradas indebidamente por un consumidor a título individual, ni siquiera cuando esta condena pudiera acarrear, como insinúan algunas resoluciones que sostienen la necesaria irretroactividad de la

nulidad de la cláusula suelo, futuras reclamaciones por parte de otros consumidores. Y es que tal y como se ha tenido oportunidad de exponer, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea apela a una aplicación estricta de la tesis jurisprudencial según la que pueden limitarse en el tiempo los efectos de una resolución judicial por el riesgo de graves trastornos.

En suma, de lo expuesto puede concluirse que en el caso concreto objeto de recurso, los efectos de la nulidad deben ser los consignados en el artículo 1303 del CC, sin que haya ningún motivo legítimo que permita alcanzar otro resultado distinto al declarado en este precepto.

5) JURISPRUDENCIA NACIONAL SOBRE LA LIMITACIÓN DE LOS EFECTOS *EX TUNC* DE LA NULIDAD

Continuando con los argumentos que fundamentan la retroactividad de los efectos de la nulidad de la cláusula suelo, se hace preciso aludir ahora a la jurisprudencia nacional sobre la eventual limitación de la *"restitutio in integrum"* sancionada en el artículo 1303 del CC. Así, el Alto Tribunal ha advertido que esta consecuencia no siempre opera de forma automática, puesto que en algunos supuestos puede producirse un enriquecimiento sin causa de una de las partes y a costa de la otra.

Según esta tesis, a la que se hace referencia por el propio Tribunal Supremo en la Sentencia de 9 de mayo de 2013 para justificar la limitación de los efectos de la nulidad de la cláusula suelo, por tanto, la posibilidad de modular las consecuencias de la nulidad responde a una única finalidad: evitar el enriquecimiento injusto por una de las partes del contrato que ha devenido nulo.

Pues bien, si se lleva esta afirmación al caso concreto no cabe la menor duda de que la limitación del carácter retroactivo de la nulidad de la cláusula suelo, precisamente, lo que provoca es un enriquecimiento injusto a favor de la entidad prestamista. Por lo tanto, no solo no se da en este caso el fundamento que ampara la

tesis aducida, sino que más al contrario, **la irretroactividad de la nulidad de la cláusula suelo provoca precisamente el resultado que se pretende evitar a través de la aplicación de esta tesis jurisprudencial, esto es, el enriquecimiento injusto por parte de la entidad bancaria**.

VII. CONCLUSIONES

1. El Tribunal Supremo ha declarado que **los contratos de préstamo con garantía hipotecaria son contratos de adhesión** y como tales están **sometidos a los controles de inclusión y de contenido** sancionados por la Ley de Condiciones Generales y el Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios.

2. Las **condiciones que no cumplan los requisitos de incorporación sancionados en la Ley de Condiciones Generales son nulas de pleno derecho**. Según el Alto Tribunal no se cumplen estos requisitos si no se han observado los deberes de transparencia impuestos en la legislación específica.

3. Si el contrato ha sido suscrito con un consumidor, procede además un segundo control sobre el contenido de las cláusulas; **la mayoría de cláusulas suelo insertas en los contratos de préstamo celebrados con consumidores no cumplen los requisitos de transparencia exigidos por el Tribunal Supremo**, por lo que han de reputarse nulas de pleno derecho.

4. La nulidad de la cláusula suelo significa que se tendrá por no puesta y a tenor de la jurisprudencia comunitaria en interpretación de la normativa sobre cláusulas abusivas **no podrá vincular en modo alguno al consumidor**.

5. En el caso de la cláusula suelo **no se cumplen los requisitos que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea exige para limitar los efectos de las resoluciones judiciales**.

6. Los **efectos de la nulidad de la cláusula suelo deben ser los consignados en el artículo 1303 del CC**, sin que haya ningún motivo legítimo que permita

alcanzar otro resultado distinto al declarado en este precepto.

7. La irretroactividad de la nulidad de la cláusula suelo provoca un **enriquecimiento injusto de la prestamista**.

ANEXO I: NORMATIVA

1) Orden del Ministerio de Economía 734/2004, de 11de marzo, sobre los Departamentos y Servicios de Atención al Cliente y el Defensor del Cliente de las Entidades Financieras (B.O.E. núm. 72, de 24 de marzo de 2004).

2) Real Decreto 303/2004, de 20 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de los Comisionados para la Defensa del Cliente de Servicios Financieros (B.O.E. núm. 54, de 3 de marzo de 2004).

3) Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero (B.O.E. núm. 281, de 23 de noviembre de 2002).

4) Ley 7/1998, de 13 de abril, reguladora de las condiciones generales de la contratación (B.O.E. núm. 89, de 14 de abril de 1998).

5) Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios

6) Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

7) 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.

8) Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) 1093/2010.

9) Resolución de 10 de abril de 2014, de la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa, por la que se publica la lista de entidades que han comunicado su adhesión al Código de Buenas Prácticas de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social; y la lista de entidades que han comunicado su adhesión voluntaria al Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual.

10) Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos.

11) Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios.

12) Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.

ANEXO 2: JURISPRUDENCIA COMUNITARIA

⇒ STJUE, de 14 de junio de 2012, asunto C-618/10.

⇒ STJUE, de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11.

1 STJUE de 21 de marzo de 2013, asunto C 92/11.

⇒ STJUE, de 17 de julio de 2014, asunto C-169/14.

1 STJUE de 27 de febrero de 2014, asunto C 82/12.

2 STJUE de 23 de octubre de 2014, asuntos acumulados C 359/11 y C 400/11)