



Cláusula suelo: a vueltas con la devolución de cantidades

Autor/a

Amanda Cohen Benchetrit

Magistrada adscrita al Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Málaga

**REVISTA LEX
MERCATORIA.**

Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación

RLM nº1 | Año 2015

Artículo nº 4

Páginas 13-17

revistalexmercatoria.umh.es

El Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en su Sentencia nº 139/2015, de 25 de marzo, fijó como doctrina jurisprudencial respecto de la cláusula de acotación mínima a la variabilidad del tipo de interés (conocida comúnmente como “cláusula suelo”) en caso de ejercicio por el consumidor de la acción individual de declaración de nulidad con la accesoria de devolución de cantidades percibidas de más por la entidad financiera como consecuencia de la activación de la referida estipulación, la siguiente: “Que cuando en aplicación de la doctrina fijada en la sentencia de Pleno de 9 de mayo de 2013, ratificada por la de 16 de julio de 2014, Rc.1217/2013 y la de 24 de marzo de

2015, Rc. 1765/2013 se declare abusiva y, por ende, nula la denominada cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo con tipo de interés variable, procederá la restitución al prestatario de los intereses que hubiese pagado en aplicación de dicha cláusula a partir de la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013”.

En la indicada resolución se corroboró el criterio ya asumido por la STS (Pleno) nº 241/2013, de 9 de mayo, que optó por la “irretroactividad” de los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula de acotación mínima a la variabilidad del tipo de interés, invocando los principios de seguridad jurídica, buena fe y

el riesgo de trastornos graves para el orden público económico, de tal forma que la nulidad de las cláusulas no afectaría a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de la referida sentencia de 9 de mayo de 2013. Si bien, en la STS de 25 de marzo de 2015, se aclara que a partir de la fecha de publicación de la sentencia del Pleno del 9 mayo 2013 no es posible ya la alegación de buena fe por los círculos interesados, pues dicha resolución “abre los ojos y las mentes de las partes contratantes, pudiendo éstas indagar y esclarecer si las cláusulas suelo insertas en contratos de préstamo con tipo de interés variable, en principio lícitas, carecen de transparencia, no por oscuridad interna, sino por insuficiencia de información”, en los términos indicados en el párrafo 225 de la sentencia de 9 de mayo. Por ello concluye que “Si adoleciesen de tal insuficiencia y fuesen declaradas abusivas por ese concreto motivo, que no por otro ajeno a este debate, las sentencias tendrán efecto retroactivo desde la fecha de publicación de la sentencia de 9 mayo 2013, reiteradamente citada y sobre cuya clarificación nos pronunciamos a efectos de la debida seguridad jurídica; fecha que fue la fijada en ella en orden a la irretroactividad declarada”.

La STS (Pleno de la Sala Primera) de 25 de marzo de 2015 (cuya doctrina fue reiterada por la STS de 29 de abril de 2015) pretendía poner fin, de esta manera, al debate que se había abierto sobre si la irretroactividad que fue acordada en la Sentencia de 9 de mayo de 2013 era predicable únicamente cuando se trataba del ejercicio de una acción colectiva de cesación o, si también resultaba de aplicación en caso de entablarse por el consumidor una acción individual de declaración de nulidad, y que había dado lugar a soluciones dispares por parte de los Juzgados y Tribunales.

No obstante, la solución no convenció. Ni siquiera a todos los Magistrados integrantes de la Sala Primera del Tribunal Supremo, formulando voto particular el Excmo. Sr. Magistrado D. Francisco Javier Orduña Moreno, al que se adhirió el Excmo. Sr. Magistrado D. Xavier O' Callaghan Muñoz. En dicho voto particular, se recuerda que “el verdadero motivo de la limitación del denunciado efecto retroactivo de la nulidad de la cláusula, en su momento, no fue otro que el posible riesgo de trastornos graves o sistémico en las entidades financieras; riesgo que en la actualidad ha desaparecido merced al saneamiento financiero efectuado” y aclarando “que la naturaleza y alcance de la ineficacia de la cláusula abusiva no puede ser sustentada desde un fundamento normativo de retroactividad”, y señalando “la innegable incidencia de la vía o acción específicamente ejercitada en su impugnación, especialmente de la debida diferenciación procesal y sustantiva entre la acción de cesación y la acción individual”, concluye que, tratándose del ejercicio de una acción individual de declaración de nulidad de la denominada cláusula suelo, “los criterios que resultan aplicables no dan otra alternativa posible que no sea la determinación del efecto devolutivo de las cantidades ya pagadas con carácter *ex tunc*”, esto es, desde el momento de la perfección del contrato predispuesto”, pues estamos en presencia de una ineficacia que se caracteriza por ser funcional (toda vez que el contrato no contiene ninguna irregularidad en su estructura negocial, pero funcionalmente su ejecución lleva a un resultado que el ordenamiento jurídico no permite consolidar, que es la lesión del consumidor adherente por la falta de equilibrio prestacional o de transparencia real); relativa y parcial (porque despliega sus efectos entre las partes -no tiene proyección *erga omnes*- y afecta sólo a la cláusula declarada abusiva, que es objeto de la ineficacia, no al resto del contenido contractual, por aplicación del principio de conserva-

ción del contrato en interés del consumidor); por último, la ineficacia es insanable en relación con la cláusula declarada abusiva, dado que no se permite su moderación, ni su integración en el contrato subsistente (conforme a la jurisprudencia emanada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea - TJUE- en interpretación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores).

No conformes con la doctrina jurisprudencial fijada por la STS nº 139/2015, de 25 de marzo, varios han sido los órganos jurisdiccionales que han decidido plantear cuestión prejudicial ante el TJUE (sin ánimo de ser exhaustiva, C-154/15, admitida al Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Granada -DOUE 13 de julio de 2015-; C307/15 y C-308/15, admitidas a la Audiencia Provincial de Alicante -DOUE 24 de agosto 2015-; C-349/15, admitida a la Audiencia Provincial de Castellón -DOUE 14 de septiembre de 2015-; C-381/15, admitida a la Audiencia Provincial de Zamora el 17 de julio de 2015 -DOUE 14 septiembre de 2015, habiendo también planteado cuestión prejudicial las Audiencias de Álava y Cantabria).

Precisamente, en fecha reciente, la Comisión Europea ha presentado sus alegaciones a la cuestión planteada por el Magistrado Sr. Sanjuán y Muñoz en los autos de juicio ordinario tramitados ante el Juzgado de lo Mercantil nº 1(C-154/15) y propone al Tribunal de Justicia de la Unión Europea que responda a las cuestiones planteadas de la siguiente manera:

A la pregunta sobre si la interpretación de “no vinculación” que realiza el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE es compatible en estos supuestos con una interpretación que determine que la declaración de nulidad de la citada cláusula no obstante extiende sus efectos

hasta que se declare la misma y si, por tanto, aunque se declare su nulidad se entenderá que los efectos que ha producido durante su vigencia no quedarán invalidados o ineficaces, la Comisión señala que “el tenor literal del artículo 6.1 de la Directiva afirma que las cláusulas abusivas no vincularán a los consumidores, sin añadir ningún matiz o limitación temporal a la “no vinculación”, por lo que, teniendo presente dicho tenor literal del precepto y la interpretación dada al mismo por el Tribunal de Justicia, “cabe concluir que el concepto de “no vinculación” referido en el artículo 6.1 de la Directiva surte efectos *ex tunc* y no sólo desde la declaración de abusividad de la cláusula en cuestión”, puntualizando que cualquier otra interpretación pondría en peligro el objetivo protector o tuitivo del consumidor para el que nació la Directiva 93/13/CEE, pues “tal limitación generaría un aliciente perverso para los comerciantes, quienes no tendrían nada que perder al incluir sistemáticamente cláusulas abusivas en sus contratos con los consumidores, ya que sólo a partir de una hipotética declaración de abusividad de la cláusula, ésta cesaría de surtir efectos” e insistiendo en que esta interpretación coincide plenamente con los efectos de la nulidad de pleno Derecho previstos en el ordenamiento jurídico español, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.303 del Código Civil Español. Por ello, la Comisión propone al Tribunal que conteste a la primera pregunta que la interpretación de “no vinculación” que realiza el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE es incompatible con una interpretación que determine que la declaración de nulidad de la citada cláusula extiende sus efectos hasta la declaración de nulidad de la misma.

Respecto de la segunda pregunta formulada por el órgano jurisdiccional español, consistente en si es posible limitar los efectos de la nulidad y si la declaración de dicha nulidad sería compatible con una moderación por

parte de los Tribunales nacionales de las cantidades a pagar por el comerciante al consumidor como consecuencia de la misma, la Comisión realiza las siguientes consideraciones:

1º En primer lugar, estima que no es posible aplicar por analogía la doctrina invocada en la STJUE del Asunto RWE Vertrieb (como hizo la STS de 9 de mayo de 2013, ratificada por la de 25 de marzo de 2015) en un caso en el que no se dilucida el alcance de una determinada interpretación judicial, sino los efectos de la nulidad de la una cláusula abusiva. Y llega a señalar, a tal efecto, que en el asunto que originó la sentencia del Tribunal Supremo español, la jurisprudencia aplicable del Tribunal de Justicia sobre el artículo 6 de la Directiva era clara y consolidada, “por lo que no se trataba de limitar un giro jurisprudencial sobrevenido”.

2º En segundo lugar, la Comisión considera que no sería posible reconocer a los tribunales nacionales la posibilidad de limitar el alcance de la interpretación dada por el Tribunal de Justicia a una norma del Derecho de la Unión, pues ello implicaría darles la posibilidad de decidir sobre el alcance del Derecho de la Unión, “lo cual menoscabaría la competencia del propio Tribunal de Justicia y sería claramente contraria a los Tratados”.

3º Por último, la Comisión niega que, en el supuesto que nos ocupa, la doctrina reflejada en la sentencia RWE invocada por el Tribunal Supremo español pueda tener aplicación y pueda servir de base para una eventual limitación de los efectos de la nulidad de las cláusulas abusivas, toda vez que no concurriría aquí la buena fe de los círculos interesados, en la medida en que se trataría, en el caso presente, de limitar la interpretación de “no vinculación” de las cláusulas abusivas y, conforme a lo que dispone el artículo 3.1 de la Directiva 93/13/CEE, la buena fe quedaría excluida

cuando se trata de una cláusula abusiva. Y, por otro lado, tampoco se ha acreditado la hipotética existencia de trastornos graves en el sentido de lo indicado en los apartados 61 y 62 de la sentencia RWE, no pudiendo determinarse las consecuencias financieras únicamente sobre la base de la interpretación que hace el Tribunal.

4º Pero la Comisión recuerda que ello no significa que la protección a los consumidores que emana de la Directiva sea absoluta o que no exista límite alguno a los efectos extinc de la “no vinculación” de las cláusulas abusivas, sino que podrá excepcionalmente limitarse para salvaguardar el principio de cosa juzgada de las resoluciones que hubieran ganado firmeza conforme a las normas procesales internas, cuando resulte necesario, como corolario del principio general de seguridad jurídica (STJUE de 6 de octubre de 2009, C-40/08, Asturcom Telecomunicaciones, S. L., contra Cristina Rodríguez Nogueira). Sin embargo, la Comisión estima que otros límites potenciales a la nulidad de las cláusulas abusivas tales como los pagos que hubieran sido efectuados antes de que el tribunal nacional dictara la sentencia declarativa de tal nulidad - tal y como parece esgrimir la sentencia del Tribunal Supremo español de 9 de mayo de 2013- caerían - en opinión de la Comisión- de justificación y respaldo jurídico y por ello, no deberían ser aceptados “so pena de socavar la aplicación de la Directiva y el efecto disuasorio del artículo 6.1 de la misma”.

Por ello, la Comisión propone al Tribunal de Justicia contestar que el cese en el uso de una determinada cláusula declarada nula como consecuencia de una acción individual ejercitada por un consumidor no sería compatible con una limitación, salvo aquella que fuera necesaria para preservar el principio de cosa juzgada, pero que no es posible que los tribunales nacionales puedan moderar la devolu-

ción de las cantidades que ya ha pagado el consumidor - a que está obligado el profesional. en aplicación de una cláusula declarada nula desde el origen por defecto de información y/o transparencia, por ser contrario a los principios de primacía y de efecto directo del Derecho de la Unión, de conformidad con lo que disponen los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva).

Con estas observaciones formuladas por la Comisión, habrá que esperar a las conclusiones del Abogado General y a la posterior sentencia del Tribunal de Justicia, para escribir la siguiente página de esta historia.