

# EL ADIÓS A LAS CLÁUSULAS SUELO Y EL DEBATE SOBRE LA RETROACTIVIDAD DE SU ANULACIÓN

JOSEP DE PUIG MATEU

Abogado

JOSEP DE PUIG VILADRICH

Abogado. Socio de De Puig & Escribano Advocats

Revista Aranzadi Doctrinal 5  
Septiembre 2013  
págs. 157 a 162

**SUMARIO:** INTRODUCCIÓN. LA EVOLUCIÓN DE LAS CLÁUSULAS SUELO EN EL PLANO JURISPRUDENCIAL. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO. UN PASO HACIA DELANTE Y OTRO HACIA ATRÁS. EL DEBATE EN TORNO A LA RETROACTIVIDAD Y SUS ARGUMENTOS A FAVOR. CONCLUSIÓN.

**RESUMEN:** El artículo hace hincapié en la evolución jurisprudencial que ha tenido el tratamiento de las «cláusulas suelo» desde que en 2010 se dictó la primera sentencia declarándolas nulas, hasta que el Tribunal Supremo hizo lo propio el pasado marzo de 2013. Asimismo, se pone en duda que tal nulidad carezca de efectos retroactivos, exponiendo algunos argumentos a favor de la posibilidad de recuperar los importes indebidamente satisfechos en virtud de dichas cláusulas.

**PALABRAS CLAVE:** Palabras claves: contratos bancarios, cláusulas abusivas, cláusulas suelo, consumidores y usuarios.

**ABSTRACT:** The article focuses on the evolution of the jurisprudence regarding the «floor clauses» from mortgages since they first were declared void in 2010, until the Spanish Supreme Court took over last March 2013. Furthermore, it challenges the lack of retroactivity arising out of such nullity, providing arguments according to which the amounts unduly paid under these clauses could be recovered.

**KEYWORDS:** banking contracts, abusive clauses, floor clauses, unfair contract terms, consumer law.

Fecha recepción original: 24 de junio 2013

Fecha aceptación: 2 de julio 2013

## INTRODUCCIÓN

El periplo iniciado a finales de 2010 por el del Juzgado Mercantil nº 2 de Sevilla, tras dictar la primera sentencia que declaró la nulidad de las conocidas cláusulas suelo<sup>1</sup>, parece estar a punto de llegar a su fin.

En efecto, el pasado 9 de mayo el Tribunal Supremo dictó sentencia declarando la nulidad de tales cláusulas, en aquellos casos en que hubiese mediado una falta de transparencia al suscribir un contrato donde éstas se hallasen insertas.

No obstante, el hecho de que el Alto Tribunal haya considerado que la aludida nulidad no tendrá efectos retroactivos, ha impedido que el debate en torno a tales discutidas cláusulas, quedase definitivamente zanjado. Así, tal pronunciamiento sobre la falta de retroactividad, de sabor agrídulce para quienes legítimamente confiaban con recuperar el dinero indebidamente satisfecho, ha generado además una gran perplejidad en la comunidad jurídica.

## LA EVOLUCIÓN DE LAS CLÁUSULAS SUELO EN EL PLANO JURISPRUDENCIAL

La aludida senda con origen en Sevilla, no ha estado exenta de importantes contratiempos. Sin ir más allá, la sentencia fue revocada en sede de apelación por la Audiencia Provincial de la misma ciudad<sup>2</sup>.

Uno de los principales argumentos esgrimidos por el Tribunal de Apelación fue la consideración –acogida, a su vez, por otras Audiencias Provinciales<sup>3</sup>–, de que las cláusulas suelo, en tanto que precio del contrato, y por ello elemento esencial del mismo, no quedaban sujetas al control de abusividad establecido por la legislación en materia de consumidores y usuarios.

Sin embargo, semejante argumento no tardó en quedar en poco más que papel mojado, habida cuenta que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas («TJUE»)<sup>4</sup> tenía declarado que el carácter de elemento esencial del contrato que cupiese atribuir a determinada cláusula, no constituía impedimento alguno para que la misma fuese sometida al control de abusividad<sup>5</sup>. Una

1. Sentencia del Juzgado Mercantil nº 2 de Sevilla, de 30 de septiembre de 2010 (AC 2010, 1550).
2. Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 7 de octubre de 2011, Fundamento de Derecho Quinto (AC 2011, 1569).
3. En este sentido, véase la sentencia del Juzgado Mercantil nº 12 de Madrid, de 3 de febrero de 2012 (AC 2012, 1249), la sentencia del Juzgado Mercantil nº 12 de Jaén, de 7 de febrero de 2012 (AC 2012, 328), o la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, de 14 mayo de 2012 (JUR 2012, 355078).
4. Nota vacía.
5. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de junio de 2010 (TJCE 2010, 162) (Caja Madrid vs Ausbanc), según la cual «el ordenamiento jurídico español, como señala el Tribunal Supremo, un órgano jurisdiccional nacional puede apreciar en cualquier circunstancia, en el marco de un litigio relativo a un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, el carácter abusivo de una cláusula no negociada individualmente, que se refiera en particular al objeto principal de dicho contrato, incluso en supuestos en que esta cláusula haya sido redactada de antemano por el profesional de manera clara y comprensible».

corriente jurisprudencial que, posteriormente, fue asimismo adoptada por el Tribunal Supremo en varias de sus resoluciones<sup>6</sup>.

Por lo demás, con carácter previo a la resolución del Tribunal Supremo, procedente del recurso de casación admitido contra la referida sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, la jurisprudencia menor ya había tenido oportunidad de pronunciarse al respecto en numerosas ocasiones. En su gran mayoría, tales sentencias fallaban en un mismo: declarar la nulidad de las cláusulas suelo por abusivas, de lo que se derivaba la consiguiente condena a las entidades financieras a dejar de aplicarlas y, a la restitución de las cantidades indebidamente cobradas como resultado de su aplicación<sup>7</sup>.

### LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO. UN PASO HACIA DELANTE Y OTRO HACIA ATRÁS

Como ya se ha avanzado, a través de su reciente sentencia, el Alto Tribunal ha venido a consolidar –en parte– la corriente ampliamente seguida por las Audiencias Provinciales, al declarar nulas tales cláusulas cuando, debido a una falta de transparencia, el consumidor no hubiese quedado suficientemente informado de su inclusión en el contrato o del abasto real de aquéllas.

Al hilo de lo anterior, como parámetros para valorar la eventual falta de transparencia, el Tribunal Supremo ha establecido diversos supuestos que, de acaecer, dan lugar a dicha falta de transparencia y, por consiguiente, a la nulidad de las cláusulas suelo en cuestión.

Así, se considera que habrá una falta de transparencia cuando:

–El contrato se presente bajo la apariencia de un simple contrato de préstamo hipotecario a interés variable, sin advertir sobre la presencia de un umbral mínimo («cláusula suelo») por debajo del cual el consumidor no se beneficiará de la eventual disminución del índice de referencia.

– Como contrapartida a la cláusula suelo, no se fije un límite al alza («cláu-

6. Entre las más representativas, la Sentencia del Tribunal Supremo, de 4 de noviembre del 2010 (RJ 2010, 8021), y la de 29 de diciembre del mismo año (RJ 2011, 148).

7. En este sentido encontramos entre la jurisprudencia que emana de los Juzgados de Primera Instancia, la sentencia de Juzgado Mercantil nº 7 de Barcelona, de 12 de septiembre de 2011 (AC 2011, 2154); la sentencia del Juzgado Mercantil nº 2 de Palma de Mallorca, de 2 febrero de 2012 (AC 2012, 316); la sentencia del Juzgado Mercantil nº 1 de Málaga, de 20 diciembre de 2011 (AC 2012, 442); la sentencia del Juzgado Mercantil nº 1 de León, de 11 marzo de 2011 (AC 2011, 179); la sentencia del Juzgado Mercantil nº 1 de Cádiz, de 21 diciembre de 2011 (JUR 2012, 170441), o la sentencia del Juzgado Mercantil nº 2 de Bilbao, de 7 de marzo de 2013 (JUR 2013, 95339).

Ya en sede de Audiencias Provinciales, destacan, entre otras, la sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres, de 10 de julio de 2012 (AC 2012, 1375) –entre otras muchas dictadas en este sentido por dicha Audiencia–; la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, de 13 de septiembre de 2012 (AC 2012, 2311); la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de 8 mayo de 2012 (AC 2012, 1007); o la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, de 23 de marzo de 2012 (JUR 2012, 137310).

sula techo») que proteja al consumidor frente a posibles subidas del índice de referencia.

– La cláusula esté incluida entre una importante cantidad de información, predispuesta de tal forma que dificulte su localización.

– No existan ejemplos o simulaciones que permitan comprender en qué casos se activa la cláusula y las consecuencias que ello acarrea.

– Falte una explicación clara sobre el coste comparativo de dicho producto respecto de otros.

– En la fase precontractual, no se hubiese informado suficientemente al consumidor en aras a permitir que el mismo tenga un conocimiento efectivo sobre la cláusula suelo. A estos efectos, no se considera que se adquiriera un conocimiento efectivo por la mera lectura del contrato por parte de un notario.

Posteriormente, como respuesta al recurso de aclaración presentado tras la sentencia, el Alto Tribunal reforzó su pronunciamiento en pro de los consumidores, sosteniendo que para apreciar la falta de transparencia, bastaba con que uno de los descritos supuestos concurriese de forma clara, siempre que ello no fuese un hecho aislado del resto de circunstancias que hubieren presidido la contratación<sup>8</sup>.

Por otra parte, la buena acogida que ha tenido la Sentencia en lo referido hasta ahora, contrasta tremendamente con el desconcierto que ha generado su otro pronunciamiento: la nulidad de las cláusulas carece de efectos retroactivos, por lo que no afectará a los importes ya satisfechos.

En gran medida, el Alto Tribunal fundamenta tan inusitada decisión, en razones de orden público, concretadas en el riesgo de trastornos graves para el orden socioeconómico, que se producirían, supuestamente, si los importes satisfechos fuesen devueltos.

## EL DEBATE EN TORNO A LA RETROACTIVIDAD Y SUS ARGUMENTOS A FAVOR

Como resultará fácil intuir, semejante postura –contraria a lo que había quedado asentado de forma casi unánime por la jurisprudencia menor– no ha estado exenta de duras críticas, de quienes siguen abogando por la posibilidad de solicitar la restitución de los importes que se hubieren satisfecho.

En primer lugar, dicha decisión es contraria al asentado principio general del derecho en cuya virtud «*cuod nullum est nullum effectum prodiit*», constituyendo además una interpretación «*contra legem*» de lo establecido por el Artículo 1303 del Código Civil, que con una meridiana claridad, establece que la nulidad acarreará la restitución de las prestaciones por ella afectadas.

Asimismo, aun en sede de nulidad, la actual Ley General para la Defensa

8. Auto del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2013 (RJ 2013, 3617), Fundamento Jurídico Segundo.

de los Consumidores y Usuarios prevé –de igual forma que su normativa predecesora–, que la declaración de nulidad de una cláusula conllevará que la misma se tenga por no puesta<sup>9</sup>. En consecuencia, los actos de disposición efectuados por mor de un pacto cuya ficción legal es que nunca ha existido, deben también retrotraerse a su estado inicial.

Cierto es, i así lo recoge la sentencia, que la nulidad tiene límites; pero no es menos cierto que tales límites, como excepción a la regla general, deben venir acompañados de una interpretación restrictiva y de una sólida fundamentación.

A raíz de lo anterior, no cabe obviar que en el plano de la protección a los consumidores, el TJUE ha recordado en algunos de sus pronunciamientos que, de forma excepcional, cabe limitar los efectos de la retroactividad, siempre que concurran cumulativamente los requisitos de buena fe y el riesgo de trastornos graves para el orden público.

No obstante, parece innecesario decir que, en el caso que nos ocupa, falta –al menos– uno de los dos requisitos, y es que, por más que la buena fe se presuma, sucede que:

(i) Quienes impusieron de forma ficticia una cláusula que aparentemente protegía a ambas partes frente a la aleatoriedad de una subida o bajada de los tipos de interés, en realidad lo hacían a sabiendas de que el techo –en los casos de haberlo– jamás se rebasaría y, que el suelo, con toda probabilidad se activaría, según indicaban todas las previsiones de las que disponían.

(ii) A pesar de que, desde finales de 2010, dichas entidades habían ido comprobando como numerosas sentencias –varias de ellas firmes–, declaraban la nulidad de tales cláusulas, ni siquiera ello motivó que dejaran de aplicarlas «*ad cautelam*», en los contratos ya suscritos, ni cesase su inclusión en los nuevos.

Así pues, a falta de concurrencia de este segundo requisito hace que no sea de recibo aplicar dicho límite a los efectos de la nulidad, por falta de sustento legal.

En segundo lugar, y desde una perspectiva más estrictamente procesal, es preciso tener en cuenta que la causa sobre la que se pronunció el Tribunal Supremo, se encuadraba en el marco de una acción colectiva de cesación<sup>10</sup>, cuyos efectos son exclusivamente «*ex tunc*». De este modo, la cuestión sobre los efectos retroactivos de la nulidad fue en realidad introducida por el Ministerio Fiscal ya en sede de casación, sin que tal extremo fuese analizado ni debatido en primera y segunda instancia.

9. Así véanse, el artículo 83.1 del 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 («TRLUCU»), así como el artículo 10bis.2 de la ya derogada Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios («LGCU»).

10. Artículos 53 TRLUCU y 12.2 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación.

En tercer lugar, la decisión del Alto Tribunal parece también desatender a un arraigado principio del Derecho, que proscribía que nadie puede beneficiarse de su propia torpeza («*Nemo Auditur Propriam Turpitudinem Allegans*»), máxime teniendo en cuenta que en tal caso la «torpeza» de tales entidades se produce en el seno del ejercicio de su actividad profesional y frente a un consumidor.

Desafortunadamente, el Tribunal Supremo parece dejar en un segundo plano tales argumentos y bajo el estandarte del orden público económico, opta por arropar a quienes ya son reincidentes en la puesta en entredicho de los métodos que emplean al ejercer su actividad, frente a las potenciales consecuencias de su propio proceder.

En otras palabras, el Alto Tribunal parece inclinarse por dar la espalda a los consumidores, un colectivo que, si se nos permite la expresión, cada vez parece más acostumbrado a pagar los platos rotos de determinadas prácticas que en ocasiones rallan la ofensa.

## CONCLUSIÓN

Visto lo anterior, no cabe duda que se ha dado un importante paso adelante at aras a poner coto a tal mala praxis bancaria. No en balde, poco después de dicha aclaración, algunas de las entidades afectadas se han apresurado en anunciar que eliminarán las cláusulas suelo de sus contratos, lo cual constituirá un tremendo avance para un importante colectivo de consumidores, que verán reducidas las cuotas vinieras de sus préstamos hipotecarios.

Respecto de la devolución de los importes satisfechos, hay argumentos de peso que permiten concluir que aquéllos que se han visto mermados por la inclusión de una cláusula suelo en sus préstamos hipotecarios –siempre que hubiese mediado falta de transparencia durante la contratación–, están perfectamente legitimados para interponer una acción individual de nulidad ante los Juzgados de Primera Instancia, solicitando la devolución de las cantidades abonadas.

Tanto es así, que no han tardado en dejarse ver las primeras resoluciones judiciales posteriores a la aludida sentencia del Tribunal Supremo, declarando la nulidad de dichas cláusulas, se han inclinado además –a nuestro entender con buen criterio–, a condenar a las entidades financieras en cuestión al reembolso los importes percibidos<sup>11</sup>.

---

11. Véase la sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Ourense de 13 de mayo de 2013, y la sentencia del Juzgado Mercantil nº 2 de Málaga, de 20 de mayo de 2013.

# NULIDAD DE CLÁUSULA SUELO. COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 9 DE MAYO DE 2013

MARÍA MATEOS FERRES

Abogado. Servicios Jurídicos Ausbanc Consumo

Revista Aranzadi Doctrinal 5  
Septiembre 2013  
págs. 163 a 169

Fecha recepción original: 16 de julio 2013

Fecha aceptación: 26 de julio 2013

La sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 9 de mayo de 2013 (RJ 2013, 3088) convulsionaba recientemente el mundo jurídico. La Sala, al pronunciarse en un asunto sobre la nulidad por abusividad de las cláusulas de limitación mínima del tipo de interés incorporada a los contratos de préstamo con garantía hipotecaria a interés variable (más conocida como *cláusula suelo*), única cuestión sometida a su valoración y decisión, declara que son nulas, pero dicha nulidad no conlleva restitución de lo cobrado en virtud de lo que es nulo, sino simple eliminación de futuro. ¿Las razones? Se recogen en el párrafo 293 de la sentencia, bajo el epígrafe cuyo titular ya lo dice todo «*La irretroactividad de la sentencia*».

El origen de la sentencia se encuentra en la demanda interpuesta por la Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios Ausbanc Consumo, en la que se ejercitaba la acción de cesación de la cláusula de limitación mínima del tipo de interés incorporada por tres entidades de crédito a sus contratos de préstamo con garantía hipotecaria a interés variable. Los numerosos y graves obstáculos de índole procesal que implica la acumulación de la acción de devolución de las cantidades indebidamente cobradas (y que ya la asociación había podido constatar en otros muchos procedimientos judiciales promovidos contra cláusulas