

ANÁLISIS DE ADICAE

LOS HITOS MÁS IMPORTANTES SOBRE LA CLÁUSULA SUELO

La Sentencia 241/2013 del Tribunal Supremo

La muy referida sentencia de 9 de mayo de 2013 del Alto Tribunal, pese al carácter limitado de su alcance real, acotado a las tres entidades demandadas en ese procedimiento -BBVA, NCG y Cajamar-, fue el primer hito que determinó el camino a seguir por la práctica procesal. Con dicha sentencia, aún cuando se establecía el carácter legítimo a priori de la cláusula, se sometía su validez a dos controles, de incorporación y de transparencia, que implicaban que no solo hubiera que cumplir con los requisitos formales en cuanto a la suscripción de los diferentes documentos legal y reglamentariamente exigibles, sino que había que garantizar la adecuada comprensión de la misma por parte del prestatario, mediante una información amplia, suficiente y comprensiva de los potenciales efectos de la cláusula y de sus posibles alternativas. Para ello establecía una serie de criterios indicativos del cumplimiento de tales extremos, absolutamente ajenos a la práctica bancaria hasta el momento.

La resolución, que huía de la declaración de abusividad radical de la cláusula al considerarla un elemento esencial del contrato, determinante de su precio, pero establecía un escenario en el que difícilmente se sostendría cualquier cláusula suelo impuesta al usuario final, incorporaba una mala noticia: la fijación de la fecha de la sentencia como el dies a quo a partir del cual establecer la posible retroactividad del derecho a recuperar las cantidades indebidamente pagadas, negando la misma con anterioridad a tal fecha. Las razones, de “seguridad jurídica” e “interés general” alegadas como coartada para consolidar los efectos económicos lesivos para los prestatarios de una cláusula expresamente declarada nula, escondían solo el enorme peso político y sistémico de unas entidades financieras recién rescatadas con un enorme e irrecuperable esfuerzo para la Sociedad Española.

El 25 de marzo de 2015, una nueva sentencia del Tribunal Supremo ratificaba este criterio y consolidaba la jurisprudencia, confirmada por otra de 29 de abril del mismo año, que salvo raras excepciones han seguido los diferentes juzgados y audiencias de distintas provincias, más allá de sus respectivos criterios procesales de admitir -o no- demandas acumuladas o de aceptar excepciones de litis pendencia y otras similares del sector bancario. Los efectos retroactivos de la nulidad de la cláusula suelo cuando se determinara abusiva por falta de transparencia se limitarían al 9 de mayo de 2013. Las cantidades abonadas con anterioridad en virtud de la dichosa cláusula quedarían en poder de la banca.

La Cuestión Prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la UE

La decisión del Tribunal Supremo levantó no pocas controversias entre los propios órganos jurisdiccionales, controversias lógicas, habida cuenta de que este pronunciamiento contravenía tanto el art. 1.303 del Código Civil que dispone que cualquier consecuencia derivada de la nulidad se deje sin efecto, restituyéndose las partes recíprocamente las prestaciones efectuadas, como la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, cuyos arts. 6.1 y 7.1 establecen el principio de “no vinculación”, que supone la imposibilidad de que cláusulas abusivas puedan afectar al consumidor. Además, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha declarado

reiteradamente que los jueces nacionales que aprecien que una cláusula es abusiva, sólo pueden dejar de aplicarla, sin que sea factible su integración ni reinterpretación.

Tales reticencias desembocaron en las sucesivas cuestiones prejudiciales planteadas ante el mentado Tribunal Europeo, rompiendo el fuego el Juzgado de lo Mercantil nº1 de Granada, que a través de la de referencia C-154/15 inquiriere sobre si ese principio de “no vinculación” que proclama el art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE es compatible con una interpretación que determine que la declaración de nulidad de una cláusula por abusiva, no suponga la nulidad e ineficacia de los efectos que ha producido durante su vigencia, así como si el cese de la cláusula es compatible con una limitación de los efectos de dicha nulidad. Por último, cuestiona si es factible y lícito que los tribunales moderen *“la devolución de las cantidades que haya pagado el consumidor en aplicación de la cláusula, posteriormente declarada nula desde el origen, por defecto de información y/o transparencia”*.

Este Juzgado de Granada fue el primero, pero no el único. A él siguieron en similar sentido las audiencias provinciales de Alicante, Castellón, Zamora, Cantabria, Álava y La Coruña, que incorporaban elementos tales como si el tratamiento debía ser idéntico en las reclamaciones individuales que en las colectivas, si cabía admitir el enriquecimiento injusto de quién había incorporado al contrato una cláusula abusiva o cuál debería ser el riesgo grave que justificara una limitación de este tipo.

La tramitación de la cuestión del Juzgado granadino es la que se encuentra más avanzada, habiendo sido ya informada, tanto por los gobiernos nacionales como por la propia Comisión Europea, así como por el Abogado General. Es en este proceso en el que se están produciendo discrepancias muy significativas que ponen de manifiesto las enormes tensiones político-económicas que suscita un tema cuya factura final nadie señala con precisión, pero que supone unos cuantos miles de millones de euros arriba o abajo para nuestro convaleciente sector bancario.

Así, mientras el Gobierno de España avalaba la posición del Tribunal Supremo, la Comisión europea defendía la retroactividad absoluta y sin límites de los efectos de la declaración de abusividad conforme a la normativa comunitaria. La sorpresa más desagradable llegó de la mano del Abogado del Tribunal, que -en un informe más político que jurídico- se pronunció en julio pasado en el sentido de admitir la posibilidad de que los tribunales nacionales pudieran limitar los efectos retroactivos de la declaración de nulidad por razones de interés general.

En cualquier caso, aunque no debemos minimizar el peso de este último informe, ya que en un porcentaje muy elevado ha venido a coincidir con el dictamen final, lo cierto es que hay que relativizar su efecto, en una materia en la que las posiciones de los diferentes actores están tan encontradas y en la que puede llegar a considerarse esa posición del tribunal nacional (nuestro Tribunal Supremo) como causante de un tratamiento favorable a la banca española, y comparativamente agravante frente a sus competidores en el ámbito comunitario

Las restantes cuestiones que se propusieron como urgentes, no están siendo admitidas como tales por el presidente del TJUE, de modo que es probable sigan la senda que abra la cuestión suscitada por el juzgado granadino.

Entretanto, muchos tribunales están suspendiendo la tramitación de estos litigios, a la espera de un pronunciamiento del TJUE que aclare hasta donde debe llegar la

devolución de cantidades como consecuencia de la declaración de nulidad de muchas cláusulas suelo. Es el caso del propio Tribunal Supremo, que, en auto de 12 de abril de 2016 en recurso de Unicaja contra sentencia de la AP de Jaén decidía suspender sus actuaciones hasta el pronunciamiento comunitario, probablemente consciente de la fragilidad de sus argumentos y la inoportunidad de pronunciarse nuevamente al respecto en tanto las fundadas dudas jurídicas no queden definitivamente despejadas.

Centrándonos en la cuestión C-154/15, la realidad es que su tramitación está poniendo de manifiesto la virulenta conflictividad que suscita esta controversia, con posiciones encontradas, no solo entre los ejecutivos de los estados miembros, sino entre la propia Comisión Europea y el Letrado del Tribunal, con argumentos jurídicos fundados en mayor o menor medida por cada parte implicada.

- La posición de la Comisión Europea.

Así, resulta muy firme la posición expresada por la Comisión Europea en su argumentación sobre la cuestión prejudicial de referencia, cuando afirma que *"no es posible que los tribunales nacionales puedan moderar la devolución de las cantidades que ha pagado el consumidor -y a la que está obligado el profesional- en aplicación de una cláusula declarada nula desde el origen por defecto de información y/o transparencia"*. En su virtud, propone al TJUE que a la cuestión prejudicial planteada conteste en el sentido de que la interpretación de la "no vinculación" del art. 6.1 de la Directiva, es incompatible con una interpretación restrictiva que establezca que la declaración de nulidad de la cláusula suelo solo extienda sus efectos desde la fecha de dicha declaración, por lo que ha de surtir efectos ex tunc (desde la fijación de la cláusula).

En el mismo sentido se hace referencia a dos asuntos tratados por el TJUE (asunto RWE y asunto Asturcom Telecomunicaciones), para considerar que la jurisprudencia del tribunal determina que cualquier posibilidad de ponderar y limitar los efectos ex tunc de la "no vinculación" de las cláusulas abusivas tiene carácter excepcional, y se produciría en aplicación del principio general de seguridad jurídica, cuyo corolario sería el principio de cosa juzgada, siempre que concurren dos requisitos: buena fe y el riesgo de trastornos graves. A partir de ahí, la Comisión entiende que la doctrina citada por la sentencia del TS de 9 de mayo de 2013 no es extrapolable al caso de las cláusulas suelo ni, mucho menos, puede argüirse para limitar la aplicación de una norma comunitaria imperativa.

Por ello, considera que el cese en el uso de una determinada cláusula declarada nula como consecuencia de una acción individual ejercitada por el consumidor no sería compatible con una limitación, salvo que fuera necesaria para preservar el principio de cosa juzgada, y además entiende los tribunales nacionales no pueden moderar las consecuencias económicas de la nulidad de una cláusula calificada como abusiva, más allá de la excepción de salvaguarda de la seguridad jurídica.

De este modo, la Comisión propone al TJUE responder a la cuestión prejudicial C-154/15 en los siguientes términos:

1. La interpretación de la "no vinculación" que realiza el art. 6.1 de la Directiva es incompatible con una interpretación que determine que la declaración de la nulidad de la citada cláusula extiende sus efectos hasta la declaración de la misma.

2. El cese en el uso de una determinada cláusula declarada nula por abusiva no es compatible con una limitación de los efectos de dicha nulidad, salvo que sea necesaria para preservar el principio de cosa juzgada.

3. No es posible que los tribunales nacionales puedan moderar la devolución de las cantidades que ya ha pagado el consumidor en aplicación de una cláusula declarada nula desde el origen por defecto de información y/o transparencia.

La posición de la Comisión es meridianamente clara y deja bien expuestas las razones de la batalla de ADICAE en su pelea por obtener la restitución íntegra de lo abonado por los usuarios en concepto de la cláusula.

- **La posición del Letrado del TJUE.**

La posición del Letrado, cuya opinión suele ser mayoritariamente tenida en cuenta por el TJUE cayó en julio como un jarro de agua fría, por cuanto parecía alinearse con las posiciones del Tribunal Supremo y el Gobierno español, avalando la posibilidad de limitar la retroactividad de la nulidad de la cláusula en cuanto a sus efectos económicos. Si bien es cierto que no fue el dictamen esperado y deseado, haríamos mal en ser excesivamente pesimistas al respecto. Y esto porque, si bien es cierto que manifiesta que la Directiva no tiene por objeto la armonización de las sanciones aplicables en caso de que se aprecie el carácter abusivo de una cláusula contractual y, por lo tanto, no exige a los Estados miembros que establezcan la nulidad retroactiva de tal cláusula, también es cierto que la no determina las condiciones en las que un órgano jurisdiccional nacional pueda limitar los efectos de las resoluciones por las que se califica como abusiva una cláusula contractual, correspondiendo, por consiguiente, al ordenamiento jurídico interno precisar esas condiciones, siempre desde el respeto de los principios de equivalencia y de efectividad del Derecho de la Unión.

Y Partiendo de tal premisa, en nuestro ordenamiento está claro lo que prevé al art. 1303 del CC, que dice que 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, así como el art. 83 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, que establece que “serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas”.

Incluso cuando el Abogado General reconoce que, en el momento en que se pronuncia acerca de los efectos en el tiempo de su resolución, un órgano jurisdiccional supremo puede ponderar la protección de los consumidores con las repercusiones macroeconómicas asociadas a la amplitud con que se utilizaron las cláusulas «suelo», considera que, **sólo a título de excepción**, las mencionadas repercusiones pueden justificar la limitación en el tiempo de los efectos de la nulidad de una cláusula abusiva, sin que se rompa el equilibrio en la relación existente entre el consumidor y el profesional.

Tal carácter excepcional exige una adecuada motivación, objetiva y no en abstracto de las circunstancias concurrentes y como afectan al caso particular que se juzga, lo que invalidaría su extensión como principio jurisprudencial de aplicación universal en el ordenamiento nacional conforme ha entendido el juzgador.

En cualquier caso, como se suele decir, hasta el rabo todo es toro, por lo que a la fecha de redacción de este artículo resulta aventurado prejuzgar el resultado final en cuanto a la opción que defenderá en última instancia el TJUE.

La sentencia en primera instancia de la macrodemanda

Por último, nos tenemos que referir a la situación en que se encuentra la demanda colectiva ejercitada por ADICAE contra el conjunto de las entidades financieras españolas.

Es bien conocido que en abril de este año, el Juzgado de lo Mercantil nº 11 de Madrid resolvió la macrodemanda de cláusulas suelo interpuesta por la asociación contra los bancos, atendiendo los argumentos planteados por la asociación, declarando nulas todas las cláusulas suelo de consumidores de las entidades demandadas, la práctica totalidad del sistema financiero. Los efectos de dicha sentencia se extienden a todas las cláusulas idénticas a las que se reproducen en su tenor, que hayan sido suscritas por consumidores finales conforme al TRLGDCU, considerando como tales –no las literalmente coincidentes- sino las que en su espíritu y efectos resultan análogas a las citadas. Es decir, los efectos de la sentencia deben entenderse erga omnes, y reivindicables por cualquier consumidor que esté afectado por una cláusula limitativa del tipo de interés mínimo de un crédito hipotecario a interés variable.

No obstante, atendiendo el criterio fijado por el Tribunal Supremo, la retroactividad de los efectos económicos de esa declaración de nulidad quedó limitada por la sentencia al 9 de mayo de 2013, fecha de la primera sentencia en tal sentido del Alto Tribunal, aventurando una decisión que podría verse contestada por la decisión que tome el Tribunal de Justicia de la UE.

Lógicamente, ante esta tesitura, ADICAE ha formulado el oportuno recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Madrid para exigir la restitución íntegra de todas las cantidades, del mismo modo que la entidades bancarias han recurrido de forma generalizada para dilatar aún más en el tiempo lo que se antoja ya como inevitable, que es el fin de esas cláusulas.

La disyuntiva se centra ahora en la gestión de esta compleja situación procesal, con una sentencia de primera instancia que, sin ser firme y sin atender plenamente a las expectativas de la ciudadanía, al menos permitiría –caso de llevarse a ejecución- aliviar notablemente la carga financiera de cientos de miles de hogares españoles, e incluso recuperar una parte significativa de lo indebidamente pagado. La mera tramitación de las aclaraciones de sentencia solicitadas por las entidades bancarias y la ulterior presentación de los recursos nos han llevado hasta el momento actual sin que se atisbe el horizonte temporal en el que la Audiencia Provincial podría resolver –por supuesto, intrínsecamente condicionada también por los plazos del TJUE que sin duda marcará los ritmos judiciales venideros-, condicionando igualmente las decisiones técnicas en un escenario ciertamente imprevisible.

Está ahí la opción de la ejecución provisional de los términos estrictos de la sentencia, para aquellos afectados que expresamente la soliciten, una alternativa novedosa y –en tal sentido- imprevisible. Igualmente cabe la posibilidad de plantear una ejecución provisional parcial, que afecte exclusivamente a la suspensión en la aplicación de la cláusula, lo cual ya supondría un importante alivio para muchas economías familiares y eliminaría la presión que ello supone para esas familias ante posibles iniciativas “negociadoras” (por supuesto, arrojando el ascua a su sardina de manera descarada y cínica) por las entidades financieras.

Sin duda, son opciones a considerar y ponderar, tanto en cuanto a sus opciones de prosperar como en cuanto a su adecuación al espíritu de acción colectiva con el que ADICAE ha querido impregnar sus acciones, más allá de situaciones y alternativas particulares, sin duda legítimas, pero que no responden a la filosofía de la entidad.

Los últimos movimientos

Visto el escenario fáctico-jurídico, los bancos y cajas se han lanzado a una ofensiva para tratar de desactivar el mayor número de reclamaciones, mediante acuerdos que se valen de las urgencias vitales de hogares asfixiados por la presión de los intereses determinados por las cláusulas suelo para conseguir la renuncia de los consumidores a cualquier expectativa de devolución de lo indebidamente pagado, además de sustituir dichas cláusulas por intereses fijos aún muy ventajosos para los intereses de las entidades financieras.

Sin embargo, esta práctica ha quedado en cuestión por varias sentencias, como la de marzo de la Audiencia Provincial de Zaragoza que confirmaba la nulidad de los acuerdos en los que los clientes renunciaban a demandar a la entidad –y a exigir lo pagado indebidamente- a cambio de rebajas en el suelo hipotecario o de suprimir directamente la cláusula, incluso en los casos en que el cliente declarara haber sido informado sobre las consecuencias de tal renuncia.

No obstante, por si acaso, lo más recomendable a día de hoy –si no existen urgencias vitales que justifiquen otra decisión- es abstenerse de firmar cualquier acuerdo con la entidad bancaria, acuerdo que sin duda beneficiará principalmente sus intereses.