

La jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la cláusula suelo: la sentencia de 25 de febrero de 2015

Escrito por Javier González Granado 24 de abril de 2015)

“Dadme un banco y dominaré el mundo” (dicho atribuido a un banquero español)

La causa de la nulidad; Jurisprudencia española y europea: dos caminos distintos que conducen ¿al mismo sitio?.-

El 9 de mayo de 2013 el Tribunal Supremo declaró la nulidad de las cláusulas suelo basándose en que “el contrato creaba la apariencia de que las oscilaciones a la baja del índice de referencia repercutirán siempre en una disminución del precio del dinero, que los clientes carecían de información suficiente de que se trataba de un elemento definitorio del objeto principal del contrato, que las cláusulas figuraban ubicadas entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas diluyendo la atención del consumidor y que los bancos, en fase precontractual, no habían informado a los clientes mediante simulaciones de escenarios diversos, relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar”.

El resumen de todo ello es que el Tribunal Supremo declaró abusivas, y por lo tanto nulas, dichas cláusulas por “falta de transparencia en la información ofrecida al cliente”.

Por su parte, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, apenas dos meses antes, el 14 de marzo de 2013 había establecido una vía distinta para llegar, aparentemente, al mismo resultado de apreciar la nulidad de una cláusula por abusiva. En efecto, la Curia Europea no acudió a aquel argumento de la falta de transparencia

en la información, sino que se basó en la existencia de un desequilibrio importante entre las partes contractuales que, pese a las exigencias de la buena fe, causa, en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato; para apreciar si se causa ese desequilibrio conforme a las exigencias de la buena fe, añade el alto Tribunal Europeo, debe comprobarse “si el Banco, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, podía estimar razonablemente que éste aceptaría la cláusula en cuestión en el marco de una negociación individual”.

Por ambas vías, falta de transparencia de un lado y desequilibrio contractual y deslealtad de otro, se llega al mismo resultado de apreciar el carácter abusivo y por lo tanto la nulidad de una cláusula contractual; sin embargo las consecuencias prácticas de ambas vías de nulidad son muy distintas. En efecto, si seguimos el criterio de la Jurisprudencia europea tendríamos una nulidad intrínseca e insanable para el futuro, pues siempre existirá ese desequilibrio contractual ya que es evidente que el Banco, si tratase de manera leal y equitativa sus clientes, siempre podría estimar razonablemente que éstos no aceptarían la cláusula suelo en el marco de una negociación individual; por el contrario, si nos acogemos al criterio de la Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, la nulidad, motivada por una falta de transparencia en la información y por lo tanto extrínseca a la cláusula, podrá sanarse si en los contratos que se celebren en el futuro se informa clara y adecuadamente al consumidor.

En una extraordinaria muestra de coherencia interna de nuestro Ordenamiento Jurídico, el Poder Legislativo acogió casi literalmente la propuesta presentada por el Ejecutivo y se alineó con la tesis del Tribunal Supremo, la más favorable para las entidades financieras, por cuanto permitió la subsistencia de la cláusula suelo garantizando (*quid prodest?*) que el cliente de los nuevos préstamos hipotecarios no pudiese ya alegar falta de transparencia en la información recibida. Así, solo cinco días después de dictarse la sentencia del Tribunal Supremo, entró en vigor el mismo día de su publicación la Ley 1/2013, de 14 de

mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, en la que implícitamente el legislador acoge el mismo criterio de aquella sentencia y dando por supuesto que la abusividad de la cláusula suelo derivaba de su falta de transparencia, pretende resolver para el futuro ese problema exigiendo que en las escrituras de préstamo hipotecario se incluya, junto a la firma del cliente, una expresión manuscrita por la que el prestatario manifieste que ha sido adecuadamente advertido de los posibles riesgos derivados del contrato; esta “cláusula manuscrita”, vergonzante para cliente y notario, pone de relieve, como acertadamente explica mi compañero José Carmelo Llopis en este artículo, que el legislador parece más preocupado en que el deudor hipotecario manifieste que sabe que su préstamo tiene una cláusula suelo, que en protegerlo para evitar su contratación.

¿Y qué ocurre con el dinero percibido “de más” por los bancos? La irretroactividad de la nulidad y el quebranto del orden público económico.-

La sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 se dictó sin efectos retroactivos y así, dice el fallo, “procede declarar la irretroactividad de la presente sentencia, de tal forma que la nulidad de las cláusulas no afectará... a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esta sentencia”. Este criterio vulnera lo dispuesto en el Artículo 1303 del Código Civil y el Tribunal Supremo lo apoya en que es “notorio que la retroactividad de la sentencia generaría el riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico” argumento que, según la sentencia encuentra fundamento en la salvaguarda del principio constitucional de seguridad jurídica para lo cual se invoca por el Tribunal una vaga razón de analogía con la irretroactividad de las normas y con la facultad administrativa de revisión que poco tienen que ver con una cuestión puramente civil, la restitución de unos intereses percibidos en virtud de una cláusula nula.

Mayor consistencia parece tener la referencia que hace el Tribunal Supremo a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de marzo de 2013, caso RWE Vertrieb en la que expresamente se dispuso que “...puede el Tribunal de Justicia, aplicando el principio general de seguridad jurídica inherente al ordenamiento jurídico de la Unión, verse inducido a limitar la posibilidad de que los interesados invoquen una disposición por él interpretada con el fin de cuestionar relaciones jurídicas establecidas de buena fe”, claro que el Tribunal Supremo omite un dato esencial al que hace referencia la sentencia del TJUE por él citada: para que pueda aplicarse dicha doctrina es necesario acreditar la existencia del riesgo de “trastorno grave” y en la sentencia de nuestro alto Tribunal falta cualquier cosa parecida a esa prueba del “quebranto económico” y en su lugar se recurre a una cómoda declaración de “notoriedad” del mismo; en lugar de dicha declaración, lo más próximo al espíritu y la letra de la Jurisprudencia europea sería un estudio de datos contables y cuentas de resultados de las Entidades Financieras implicadas.

Pese a lo expuesto y no obstante la irretroactividad proclamada por la sentencia de 9 de mayo de 2013, numerosos fallos de Audiencias Provinciales han venido declarando nulas las cláusulas suelo y admitiendo la retroactividad de dicha declaración, condenando a los Bancos a devolver la cantidades injustamente cobradas en virtud de la cláusula nula, argumentando que la acción ejercitada en la sentencia de 9 de mayo de 2013 era la de cesación, sin acumular reclamación de cantidad, con la legitimación restringida, imprescriptible, y eficacia ex nunc, a la vista de los artículos 12,16 y 19 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, distinta de la acción de nulidad de los artículos 8 y 9 de la misma ley, que puede ejercitar cualquier afectado, sometida a plazo de caducidad y eficacia ex nunc y que el propio Fundamento Jurídico Séptimo de la Sentencia dictada por el Tribunal Supremo deja bien claro, igual que el fallo, que la no retroactividad se refiere a esa sentencia, no a otras que puedan dictarse con posterioridad. En estos términos se pronunció precisamente la sentencia de la Audiencia Provincial de Álava que dictó sentencia el día 21 de noviembre de 2013

contra la que el Banco condenado por la misma recurrió en casación, recurso resuelto por la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de Febrero de 2015.

La sentencia de 25 de Febrero de 2015: la misma debilidad argumental que la de 9 de mayo de 2013.-

En esta ocasión el Tribunal Supremo se enfrenta directamente a la cuestión de la restitución de los intereses pagados en aplicación de una cláusula suelo declarada nula, y lo hace estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de BBVA contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia, declarando que la entidad recurrente no viene obligada a la devolución de los pagos ya efectuados por los prestatarios a la fecha de publicación de la sentencia de 9 mayo 2013.

En un voto particular a la sentencia el Magistrado Francisco Javier Orduña Moreno deja patente que el fallo del Tribunal Supremo supone una ruptura con la opinión pacífica de la doctrina y de la Jurisprudencia (con especial reiteración en la jurisprudencia del TJUE, sentencias de 21 febrero y 14 marzo 2013 y 16 enero 2014) para las cuales el mecanismo de la restitución viene referido como una consecuencia ineludible de la situación de ineficacia contractual derivada de la nulidad del contrato, en nuestro caso de la nulidad de la cláusula abusiva, que conduce a que las consecuencias o efectos de la misma hayan de retrotraerse al momento de la celebración del contrato, esto es, con un claro alcance “ex nunc”.

A fin de justificar la irretroactividad de la declaración de nulidad para los pagos realizados con posterioridad al 9 de mayo de 2013 el Tribunal Supremo rechaza en primer término que “en la presente litis tenga fuerza de cosa juzgada el pronunciamiento de la sentencia de 9 de mayo de 2013 sobre la cuestión relativa a la restitución o no de los intereses pagados en aplicación de la cláusula declarada nula”, lo cual es lógico pues en aquella ocasión no se acumularon a la acción de cesación pretensiones de condena y concretas reclamaciones de restitución.

Rechazada la vía de la aplicación del principio de cosa juzgada, el Tribunal Supremo se jacta de llevar a cabo una “cabal clarificación” de la sentencia de 9 de mayo de 2013 pero lo cierto, como destaca el Magistrado Francisco Javier Orduña Moreno en su voto particular a la sentencia, es que el único planteamiento al respecto consiste en una “mera remisión en bloque a la fundamentación dada con ocasión a la aplicación de una acción colectiva de cesación (en la sentencia 9 mayo 2013), y en una vaga e indeterminada alusión a la buena fe”. Esta traslación de los mismos fundamentos jurídicos dados en la sentencia del 2013 provoca el traspaso a la sentencia de 2015 de los mismos vicios de debilidad argumental de que adolecía aquella, ahora agravados por el hecho de que se trata de dos acciones distintas (colectiva y de cesación en el 2013, individual y de nulidad y restitución en 2015) y sin que tampoco encontremos ahora prueba alguna que acredite (como exige, recuérdese, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de marzo de 2003) aquel pretendido quebranto económico que justificaría la aplicación la aplicación del principio de irretroactividad en unión de la falta de buena fe.

Y precisamente, respecto de la concurrencia del requisito de la buena fe, el Tribunal Supremo se aparta de toda lógica jurídica por cuanto proclama que la buena fe del consumidor desaparece a partir de la publicación de la sentencia de 2013 (por entender que se da un conocimiento general del alcance de la cláusula suelo que hace perder su condición de cláusula sorpresiva) olvidando que la buena fe, en el ámbito de la contratación en masa opera como fundamento de los deberes de configuración contractual que la Ley impone al Banco (como predisponente contractual). Y es que, como acertadamente escribe el Magistrado Francisco Javier Orduña Moreno en su voto particular, resulta inasumible que “el principio de buena fe, dispuesto al servicio o tuición del consumidor adherente, opere en contra del mismo incluso sobre aspectos o ámbitos de la relación comercial predispuesta con anterioridad a la citada fecha de publicación de la sentencia de 9 mayo 2013, caso del efecto devolutivo de los intereses pagados

con anterioridad a dicha fecha por el consumidor adherente, y con independencia de proceso judicial alguno al respecto; de forma que se produce la “cuadratura del círculo” al dictar una sentencia creadora de una auténtica norma general, con carácter retroactivo, y sin cobertura legal para ello.”

En resumen, a fin de lograr la irretroactividad de la nulidad en perjuicio del consumidor, el Tribunal Supremo acude a la inadmisibile solución de “promulgar” una norma general con eficacia retroactiva...en beneficio de la Banca.