

Cláusulas suelo: crónica de una inseguridad jurídica

Mateo C. Juan Gómez
Abogado Bufete Buades



FICHA TÉCNICA

Resumen: En los últimos años ha existido una gran polémica doctrinal en torno a la figura de las cláusulas suelo. El altísimo grado de litigación que ha supuesto esta cuestión, unido a su innegable impacto social, ha generado a su vez la confluencia de jurisprudencia contradictoria entre las Audiencias Provinciales. Transcurridos ya más de seis años desde la primera sentencia que declaró la nulidad de una cláusula suelo, y pese a los pronunciamientos del Tribunal Supremo y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, siguen existiendo numerosas zonas grises, que merecen distintas y habitualmente antagónicas opiniones tanto en el seno de la doctrina científica, como desde una perspectiva jurisprudencial. De esta suerte, tras varios años de «conflicto», la seguridad jurídica continúa siendo un espejismo y la diferente protección recibida por distintos afectados, una tónica habitual. Todo parece indicar que el debate seguirá vivo un tiempo más, y que en breve deberá pronunciarse el Tribunal Supremo a fin de adaptar su doctrina a la reciente STJUE de 21 de diciembre de 2016.

Palabras clave: Cláusula suelo, Tribunal Supremo, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, seguridad jurídica, cláusulas abusivas, nulidad, retroactividad, cosa juzgada, acuerdo extrajudicial, efectos colaterales.

Abstract: In recent years, there has been a great doctrinal controversy around the figure of the “floor clauses”. The high grade of litigation derived from this question, together with its undeniable social impact, has generated, in turn, the confluence of contradictory case law between the provincial courts. More than six years after the first ruling that declared the nullity of a floor clause, and despite the rulings of the Tribunal Supremo (Supreme Court) and the Court of Justice of the European Union (CJEU), there are still many grey areas that deserve different and often conflicting views both within the scientific doctrine, as from a case law perspective. In this way, after several years of “conflict”, the legal security continues to be a mirage and the different protection received by various concerned persons continues to be a general rule. Everything seems to indicate that the debate will continue a while longer, and that the Tribunal Supremo (Supreme Court) will soon have to take a decision to adapt its doctrine to the recent judgement of the CJEU of 21 December 2016.

Keywords: Floor clause, Tribunal Supremo (Supreme Court), Court of Justice of the European Union, legal security, abusive clauses, nullity, retroactivity, res judicata, out-of-court settlement, side effects.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. FASE 0: AUSENCIA DE DEBATE. LAS CLÁUSULAS SUELOS SON PERFECTAMENTE LÍCITAS
- III. FASE 1: RESOLUCIONES CONTRADICTORIAS EN EL SENO DE LA JURISPRUDENCIA MENOR
- IV. FASE 2: STS 9 DE MAYO DE 2013 Y NO RETROACTIVIDAD
- V. FASE 3: STS 25 DE MARZO DE 2015 RETROACTIVIDAD PARCIAL

- VI. FASE 4: STJUE 21 DE DICIEMBRE DE 2016
- VII. FASE 5: RDL 1/2017, CONFIGURACIÓN DE UNA SOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL
- VIII. Y AHORA ¿CÓMO ESTAMOS? INSEGURIDADES E INJUSTICIAS DERIVADAS DE LA SITUACIÓN ACTUAL

I. INTRODUCCIÓN

En este número de la revista era obligado dedicar unas líneas al tema estrella del momento: las cláusulas suelo. Lo que aquí exponga se sumará a los ríos (o mares) de tinta que se han escrito sobre esta temática en las últimas semanas.

Lo cierto es que desde que se dictara la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 21 de diciembre⁽¹⁾, se han divulgado una larga lista de artículos doctrinales, algunos de ellos especialmente meritorios y enriquecedores, como por el ejemplo el publicado recientemente por ACHON BRUÑÉN⁽²⁾, que recomiendo. Tal ha sido la avalancha de publicaciones que he tenido que suspender temporalmente cualquier lectura novelesca o «meramente» narrativa, para conseguir leer sino todo, una parte importante de lo que se ha publicado en estos días convulsos. Y permítaseme la licencia de apuntar que las lecturas técnicas en horario nocturno no siempre son todo lo («suaves») y digestivas que uno querría.

Y la gran pregunta es ¿qué se puede decir sobre este tema que no se haya apuntado ya por otros y más reputados autores? Poco. Por eso mi única ambición a la hora de escribir el presente artículo pasa por reflexionar sobre la inseguridad jurídica que ha generado, genera y seguirá generando el estudio de las cláusulas abusivas en general, y de la cláusula suelo en particular, en nuestro ordenamiento (lo que incluye por supuesto el derecho comunitario).

Se esperaba como agua de mayo la Sentencia del Tribunal de Justicia, anunciada para finales de año. Algunos con la esperanza de que se separase de las conclusiones dictadas el 13 de julio de 2016 por el Abogado General Mengozzi, otros por el contrario esperando que confirmara éstas y diese por bueno el «arreglo salomónico» ideado por el Tribunal Supremo en sus históricas resoluciones de 9 de mayo de 2013 y 25 de marzo de 2015. Todo ello aderezado con la innegable (y no menos entendible) presión social y mediática, amén de -tal vez- una cierta tensión en la relación TJUE-Estado Español⁽³⁾, fruto de una continua transposición/interpretación defectuosa -siempre a juicio del tribunal europeo- de las Directivas comunitarias⁽⁴⁾, por parte de nuestro país.

En suma, se esperaba que el Tribunal de Justicia sentase unas pautas claras de cómo debe actuarse en este tipo de reclamaciones. A qué deben atenerse las entidades financieras y los consumidores. Qué tipo de deman-

das deben interponer los despachos de abogados que asesoran a los segundos, o qué tipo de excepciones han de articular los que defienden a los primeros. Por no hablar del Ministerio de Justicia o del Consejo General del Poder Judicial, que ven como este tipo de reclamaciones están suponiendo un auténtico colapso de las instancias, en muchas sedes, y un colateral y dañino retraso en la tramitación de todo tipo de litigios civiles⁽⁵⁾.

Puede afirmarse que todos los operadores -o casi todos- ansian desde hace años que exista seguridad jurídica, que quede delimitado lo que es nulo y lo que no, así como los efectos de dicha nulidad.

Pues bien, tras una lectura sopesada de la Sentencia del Tribunal de Justicia, del Real Decreto Ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo; de la doctrina del Tribunal Supremo; de los artículos publicados por la doctrina científica; las noticias de prensa y de diversos portales especializados; etcétera..., sólo cabe concluir que siguen existiendo numerosas dudas respecto a la nulidad de las cláusulas suelo y sus efectos; a la par que se ha instaurado en la conciencia colectiva un considerable -y nada beneficioso- clima de desconfianza hacia el Gobierno, la banca, las asociaciones de consumidores, los despachos de abogados, o incluso los jueces.

Tras una lectura sopesada de la STJUE, la doctrina del TS, el RD Ley 1/2017 y de los artículos publicados, sólo cabe concluir que siguen existiendo numerosas dudas respecto a la nulidad de las cláusulas suelo y sus efectos

Y no puedo dejar de pensar que con cada nueva resolución del Tribunal Supremo o del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, nos encontramos ante un nuevo cambio de las reglas de juego (y podríamos decir que «a mitad de partido»). Pensemos sino en la ficción de que un abogado despertase ahora de un coma profundo en el que

(1) N° de Recurso: C-154/2015.

(2) ACHÓN BRUÑÉN, MARÍA JESÚS. *Efectos de la STJUE de 21 de diciembre de 2016: supuestos en que va a ser posible reclamar todas las cantidades indebidamente pagadas por la aplicación de la cláusula suelo y casos en que no*. Diario LA LEY, no 8904, 19 de enero de 2017

(3) En otro lugar ya me referí a la Sentencia del Tribunal de Justicia como «un nuevo episodio en esta "lucha de gallos"» (*Controversia entre los expertos en las primeras reacciones a la sentencia del TJUE sobre las cláusulas suelo*. Diario LA LEY, 21 de diciembre de 2016).

(4) Y no sólo nos referimos la Directiva 93/13/CEE, sino que esto se ve también claramente en otros ámbitos como el de la contratación pública y en la incorrecta transposición de sus directivas.

(5) Lo que ya en su momento motivó en gran parte la reforma operada en 2015, según la cual se modificó el artículo 86.ter LOPJ para descongestionar a los Juzgados de lo Mercantil-que bastante tienen con los concursos de acreedores- y permitir que conocieran de este tipo de reclamaciones los Juzgados de instancia.

hubiera estado sumido desde el año 2009, fecha en la que tuvo que contestar a una «fútil» demanda sobre cláusula suelo, que pretendía (¡imagínese!) la nulidad por falta de claridad de la estipulación contractual. ¡Cuán distinto sería para este letrado el escenario actual del Derecho de Consumo en su dimensión bancaria! Máxime si traspasáramos las fronteras de la cláusula de limitación de la variabilidad del tipo de interés, y le expusiéramos otras novedades mucho más radicales en materia de detección de estipulaciones abusivas⁽⁶⁾. Y lo que se está juzgando son, después de todo, las mismas escrituras públicas, pues no es muy habitual encontrar cláusulas suelo en las nuevas operaciones de financiación que se celebran hoy en día.

Sin ningún género de duda, las cláusulas suelo han sido el principal foco de litigiosidad bancaria en nuestro país, durante los últimos seis o siete años. Y el debate, si bien en ocasiones pueda ser algo cansino, no se agota ni mucho menos. En mi opinión, nos encontramos ante un nuevo episodio de esta historia, un nuevo giro de los acontecimientos, un nuevo cambio en las reglas del juego, que si bien nos acerca un poco más al establecimiento de una doctrina firme y estable, parece claro que para alcanzarla aún serán necesarios futuros pronunciamientos judiciales.

Y ése es precisamente el principal fracaso que estamos experimentando. Tras diversos esfuerzos judiciales (siguiendo la estructura piramidal, primero de los juzgados de instancia, luego de las audiencias provinciales, del Tribunal Supremo, y finalmente del TJUE) y legislativos (recuérdese la Ley 1/2013 de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, la reforma de la LDCU, las continuas reformas de la LEC, o el reciente RDL 1/2017), la realidad es que prosigue la polémica.

Y ¿de quién es la culpa? De todos y de nadie. Como ya apuntara John F. Kennedy «*el éxito tiene muchos padres, pero el fracaso es huérfano*».

Tras esta monición inicial, nos dispondremos seguidamente a exponer «*grosso modo*» las distintas fases por las que ha pasado el debate de las cláusulas suelo, sin detenernos demasiado en los detalles y con la única vocación de ofrecer al lector una visión global de esta evolución jurisprudencial.

II. FASE 0: AUSENCIA DE DEBATE. LAS CLÁUSULAS SUELOS SON PERFECTAMENTE LÍCITAS

En un primer nivel histórico, debemos situar la indiscutida licitud de las cláusulas de limitación de la variabilidad de tipos de interés. Si bien es habitual encontrar escrituras de hace catorce o quince años que ya incorporaban este tipo de previsiones, no es hasta el año 2009 que comienza a surgir la polémica, la concienciación y el descontento social en cuanto a la «imposición» de este tipo de clausulados, que hasta el momento habían pasado prácticamente inadvertidos.

Y posiblemente no se habría «destapado el pastel» o se habría hecho de un modo mucho más suave, de no ser por el advenimiento de la crisis económica y la caída exponencial de los tipos de interés, acaecida en el último trimestre de 2008.

Pensemos que, mientras en el mes de septiembre de 2008 el índice Euribor se mantenía en cotas cercanas al 5,4%, comenzó un descenso pronunciado en noviembre (que le llevó a bajar un punto), que se agravó en diciembre (bajando otro punto), y que le situó en marzo de 2009 en cuotas por debajo del 2% y en una actitud claramente descendente.

Es precisamente en ese mes de marzo, cuando se publica en el Diario «El Mundo» una noticia con el siguiente titular: «*La desconocida cláusula del 'suelo' frustrará las ilusiones de muchos hipotecados*»⁽⁷⁾. En el interior de la noticia se contiene algún que otro «*aviso importante a los hipotecados*», a los que se recomienda que revisen «*si en el apartado del tipo de interés al que selló su crédito lee algún epígrafe como 'Límite a la variación del tipo de interés'*». Eso sí, el rotativo se hace eco de que la cláusula es «*legal y negociable*», y recoge presuntas declaraciones de empleados de banca que confiesan anónimamente ciertos excesos en la incorporación masiva de tales límites en los préstamos hipotecarios.

Es comprensible la decepción de todos aquellos prestatarios que al ver el descenso histórico y exponencial de los tipos de interés, confiaban en descongestionar su carga económica, con un descenso en su cuota hipotecaria. Descenso que seguiría, a modo de bálsamo, a las «*vacas flacas*» generadas por los tipos máximos experimentados en el año 2008.

(6) Como pueda ser la reciente Sentencia del Juzgado de lo Mercantil no 10 de Barcelona, de 7 de diciembre de 2016 (PO 732/2015), por la que se declara abusiva la cláusula que recoge la responsabilidad personal del deudor y el fiador, limitando así los efectos del incumplimiento de restituir el préstamo, únicamente a la garantía hipotecaria.

(7) Noticia publicada el 4 de marzo de 2009. Puede ser consultada en el siguiente enlace: <http://www.elmundo.es/elmundo/2009/03/03/suvienda/1236105770.html>

Por ello, en 2009 fue creciendo la presión mediática sobre esta figura jurídica, si bien más desde una perspectiva de queja dirigidas al Gobierno y a las entidades financieras, que no desde un estudio jurídico-técnico que discutiera su legalidad. Ejemplo de ello lo encontramos en otra noticia publicada en el Diario «El Mundo», esta vez en el mes de julio, con el siguiente titular «*Los consumidores piden al Gobierno que acabe con las 'cláusulas abusivas' de las hipotecas*»⁽⁸⁾.

A partir de 2009 crece la presión mediática sobre esta figura jurídica, si bien más desde una perspectiva de queja dirigida al Gobierno y a las entidades financieras, que no desde un estudio jurídico-técnico que discutiera su legalidad

Pese a lo anterior, y siguiendo a SUÁREZ PUGA⁽⁹⁾, diremos que es importante recordar que la cláusula suelo, como tal, es perfectamente válida, y que goza de una cierta función -aun conceptual si se quiere- en el marco de una operación de financiación. Si bien en la actualidad la modalidad de préstamos a interés fijo está ganando cierto protagonismo, históricamente lo habitual ha sido establecer un tipo de interés variable. A través de éste, las partes en vez de dejar cuantificado *ab initio* el tipo de interés aplicable, establecen unas pautas para su cálculo y periódica revisión futura, empleando parámetros objetivos. Así las autoridades imponen la utilización de índices financieros oficiales, a la que luego las partes pueden pactar que se añada un determinado diferencial. Huelga decir que estos índices (de los que el Euribor es el más

común)⁽¹⁰⁾, pueden experimentar a lo largo del plazo de vigencia del préstamo múltiples oscilaciones, lo que trae aparejado el riesgo de que se termine aplicando un tipo de interés indeseado para las partes.

En parte se intentó paliar esta circunstancia con el Real Decreto-Ley 2/2003, de 25 de abril, de medidas de reforma económica. En cuya Exposición de Motivos se apuntaba:

«Otro de los ámbitos que requieren de urgente actuación lo constituye el mercado hipotecario, que gracias a su intenso desarrollo ha facilitado el acceso de muchas familias a una vivienda en propiedad. No obstante, resulta conveniente adoptar medidas para promover la competencia y atemperar la exposición de los prestatarios a los riesgos de tipos de interés, propios del mercado financiero. Para ello, se avanza en la facilitación y abaratamiento de las operaciones de novación y subrogación hipotecaria y se promueve el desarrollo y difusión de nuevos productos de aseguramiento de los riesgos de tipos de interés»

Motivación que llevó al Gobierno a imponer en su artículo 19⁽¹¹⁾ a todas las entidades financieras que informaran a sus deudores hipotecarios sobre productos o sistemas de cobertura del riesgo de incremento de tipos de interés, lo que nos conduce a otras figuras harto polémicas como son los derivados financieros de tipos de interés. Productos sobre los que no nos detendremos ahora⁽¹²⁾.

Lo que ahora nos importa es destacar que las cláusulas suelo y techo, por concepto, permiten limitar a la baja o al alza, respectivamente, las variaciones que pueda expe-

(8) Noticia que se puede consultar en el siguiente enlace:

<http://www.elmundo.es/elmundo/2009/07/27/suvienda/1248707070.html>

(9) SUAREZ PUGA, ERNESTO. *¿Qué efectos produce la nulidad de una cláusula suelo por su falta de transparencia en una operación de financiación hipotecaria? Reflexiones a la luz de las conclusiones del Abogado General de la UE*. Revista Actualidad Civil. Septiembre de 2016. Editorial Wolters Kluwer.

(10) Si bien cabe pensar también en el MIBOR, IRPH, el Tipo de rendimiento interno en el mercado secundario de la deuda pública, el IRS, o el Tipo medio de los préstamos hipotecarios entre uno y cinco años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en la zona del euro.

(11) «1. Las entidades de crédito informarán a sus deudores hipotecarios con los que hayan suscrito préstamos a tipo de interés variable, sobre los instrumentos, productos o sistemas de cobertura del riesgo de incremento del tipo de interés que tengan disponibles.

La contratación de la citada cobertura no supondrá la modificación del contrato de préstamo hipotecario original. 2. Las entidades a que se refiere el apartado anterior ofrecerán a quienes soliciten préstamos hipotecarios a tipo de interés variable al menos un instrumento, producto o sistema de cobertura del riesgo de incremento del tipo de interés. Las características de dicho instrumento, producto o sistema de cobertura se harán constar en las ofertas vinculantes y en los demás documentos informativos previstos en las normas de ordenación y disciplina relativas a la transparencia de préstamos hipotecarios, dictadas al amparo de lo previsto en el artículo 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de crédito. Lo dispuesto en este apartado será de aplicación a las ofertas vinculantes previstas en el artículo 2 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios».

(12) Para conocer más sobre estos productos y el modo en que han sido tratados por nuestra jurisprudencia, puede verse JUAN GÓMEZ, MATEO C. *Permuta financiera y contratos bancarios complejos. Una radiografía del marco doctrinal actual*. Revista Actualidad Civil. Año 2016, no 9, septiembre de 2016. Editorial Wolters Kluwer.

rimentar el índice de referencia, de modo similar a cómo cabría predicar de otros productos financieros como un «cap» (techo), un «floor» (suelo), o la conjunción de ambos (un «collar»).

La legalidad de dichos pactos, en abstracto, dificultaba su reclamación por los cauces de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, desde el momento en que la literalidad de las mismas es de fácil comprensión, y la desproporción de las estipulaciones contractuales -cara a su carácter abusivo- no debe ser analizada desde una perspectiva económica, sino únicamente jurídica⁽¹³⁾.

Así, los pioneros que se aventuraban a demandar ante los juzgados la legalidad de tales prácticas bancarias, se encontraban con resoluciones poco alentadoras. A modo de ejemplo podemos traer a colación la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Mollet del Vallès (Sentencia de 7 de abril de 2010, Juicio Verbal 916/2009), en el que el Juzgado resolvió muy escuetamente, limitándose a apuntar:

«En el presente caso, la cláusula cuya interpretación se discute fue firmada y por ende aceptada por dos veces por la actora, en la oferta vinculante y en el contrato de préstamo hipotecario elevado a público, y su literalidad no deja dudas: "en todo caso, aunque el valor del índice de referencia que resulte de la aplicación sea inferior al 2.250% (es decir, en el caso que al valor de referencia elegido por las partes en el contrato, que en este caso fue el euríbor sea inferior al 2,25%), este valor, adicionado con los puntos porcentuales expresados anteriormente para cada

supuesto (refiriéndose a los diferenciales convenidos por las partes), determinará el interés vigente en el periodo de interés", por lo que no procede estimar la pretensión del actor».

Y como tristemente acontece en no pocas ocasiones con los pioneros, este actor no sólo vio desestimada su pretensión sino que además le fueron impuestas las costas del procedimiento. Muy posiblemente en la actualidad habría tenido distinta suerte.

Los pioneros que se aventuraban a demandar ante los juzgados la legalidad de tales prácticas bancarias, se encontraban con resoluciones poco alentadoras

En aquellas fechas, ante la presión de distintas asociaciones de consumidores y de los medios de comunicación, el Senado decidió abordar la cuestión. Con fecha 23 de septiembre de 2009, el Pleno del Senado aprobó una moción por la que se insta al Gobierno a actuar contra las prácticas abusivas que algunas entidades de crédito vienen realizando con sus clientes en relación a la revisión de la cuota de sus hipotecas, promoviendo las siguientes medidas:

«Exigir el cumplimiento del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que establece la definición de cláusulas abusivas.

Mejorar la protección de los consumidores y usuarios de servicios financieros procediendo a solicitar al Banco de

(13) En este sentido MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., en la obra *Comentarios a la ley sobre condiciones generales de contratación*. Coord. Díez Picazo, Luís y Menéndez Menéndez, Aurelio. Civitas Ediciones, 2002., afirma: *«El equilibrio perseguido por el control de contenido es un equilibrio jurídico relativo a los derechos y obligaciones, no un equilibrio económico entre las prestaciones, es decir, no se refiere a la equivalencia entre objeto y precio».* También PALAU RAMÍREZ, FELIPE (*Condiciones generales abusivas: alcance y criterios sustantivos del control de contenido*. Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal, ISSN 2174-1840, Vol. 1, No. 5 (septiembre), 2011, págs. 125-147) señala: *«En cuanto a la abusividad por falta de reciprocidad, el control también se centra en el equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes y no en la correspondencia entre el valor de las prestaciones ofrecidas por las partes contractuales, como fácilmente se desprende de la enumeración del artículo 87 LCU que considera abusivas una serie de cláusulas en las que se prohíbe o se grava con sanciones pecuniarias el ejercicio de determinadas facultades contractuales, o la adopción de ciertos comportamientos en la fase de ejecución por parte del consumidor, sin incluir estipulaciones equivalentes para el caso de que sea el empresario o profesional el que ejercite las mismas facultades o realice las mismas conductas».* Igualmente citaremos a DÍEZ PICAZO (*Las condiciones generales de la contratación y las cláusulas abusivas*. Luís Díez Picazo y Ponce de León. Editorial Civitas. Madrid. 1996); *«Conviene puntualizar que la definición de "cláusulas abusivas" se refiere al contenido contractual, con exclusión de las prestaciones esenciales de las partes: los bienes y servicios que hayan de proporcionarse y la contraprestación que haya que pagar por ellos así como su equilibrio económico, es materia que debe quedar siempre reservada a la autonomía de la voluntad de las partes y a lo que en ejercicio de ella se haya podido disponer, sin que en este punto se pueda hablar de un carácter abusivo por el juego de la normativa de las condiciones generales».* Por lo que refiere a la jurisprudencia, debemos invocar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 22 de marzo de 2007, que claramente dispone: *«El texto de la Ley (artículo 10 bis), de conformidad con la Directiva, establece que el control se refiere a los derechos y obligaciones de las partes y no al equilibrio de las contraprestaciones, como se podía entender con el antiguo texto del artículo 10.1.c. También se ha argumentado que sería una interpretación contraria a la Constitución (artículos 10.1 y 38) un control de precios y prestaciones con base en una cláusula general, por quedar vacía de contenido la libertad contractual».*

España la elaboración y remisión en el plazo de tres meses de un informe en relación a los siguientes extremos: y solicitó al Banco de España un informe jurídico sobre la licitud de tales pactos de limitación.

a) La existencia de cláusulas en los contratos de préstamos hipotecarios que:

1. Limiten los derechos de los usuarios.
2. Determinen la falta de reciprocidad.
3. Sean desproporcionadas.

b) Establecer la efectiva traslación de los descensos del Euribor a las cuotas de las hipotecas.»

El informe del Banco de España⁽¹⁴⁾ analizó este tipo de cláusulas desde la perspectiva apuntada por el Senado, es decir, examinando su posible ilicitud por ser desproporcionada o por falta de reciprocidad, advirtiendo *ab initio* que «desde el punto de vista jurídico, la catalogación de estas cláusulas como abusivas presenta dificultades en nuestro actual marco legal». Las razones que expone el Banco de España para defender la no abusividad de tales estipulaciones, son básicamente:

1. El carácter esencial de tales cláusulas, en cuanto definitorias del precio del contrato, lo que lo excluiría del análisis de abusividad del artículo 4.2. de la Directiva 93/13/CEE⁽¹⁵⁾.
2. En la legislación española, la normativa en materia de fijación de los tipos de interés de las operaciones bancarias se inspira, asimismo, en el principio de libertad de las partes para su pacto.

En este sentido, el número primero de la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 12 de

diciembre de 1989 disponía que «los tipos de interés de las operaciones activas y pasivas de las Entidades de crédito serán los que libremente se pacten, cualesquiera que sean la modalidad y plazo de la operación y la naturaleza del sujeto con el que se concierten...». Y más en concreto, en materia de préstamos hipotecarios, era de especial relevancia la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994⁽¹⁶⁾, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, aplicable a los préstamos con personas físicas en los que la garantía hipotecaria recaiga sobre una vivienda, y cuya cuantía no rebase los 150.253,03 €. Dicha Orden Ministerial regulaba el modo en que debía dejarse constancia en los préstamos hipotecarios y en la oferta vinculante, de la existencia -en su caso- de cláusulas limitativas de la variabilidad de los tipos de interés, de lo que se colige «a sensu contrario», que tales estipulaciones son reconocidas como válidas si se cumplen tales requisitos informativos. Más aún, el artículo 7.3.2.c) de la Orden imponía al notario autorizante la obligación de advertir expresamente al prestatario la existencia de tales cláusulas⁽¹⁷⁾.

Este segundo fundamento en el que se amparaba el informe del Banco de España sería equiparable al control de incorporación, o transparencia formal.

Hay que decir que a estas previsiones legales apuntadas por el Banco de España cabría sumar también la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito; o la Ley 2/2009, de 31 de marzo, de Con-

(14) BOCG Senado, Serie I, núm. 457, de 7 de mayo de 2010, págs. 12 y ss.

(15) «La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensibles».

(16) Derogada por la letra b) de la disposición derogatoria única de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios («B.O.E.» 29 octubre), el 29 de abril de 2012.

(17) «3. En cumplimiento del Reglamento Notarial y, en especial de su deber de informar a las partes del valor y alcance de la redacción del instrumento público, deberá el Notario:

[...] 2.º En el caso de préstamo a tipo de interés variable, advertir expresamente al prestatario cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias:

[...] c) Que se hubieran establecido límites a la variación del tipo de interés. En particular, cuando las limitaciones no sean semejantes al alza y a la baja, el Notario consignará expresamente en la escritura esa circunstancia, advirtiendo de ello a ambas partes»

tratación de Préstamos Hipotecarios con Particulares⁽¹⁸⁾.

3. No consta que ningún tribunal español se haya pronunciado sobre el carácter abusivo de la cláusula.
4. Se ha de considerar que es una estipulación negociada, desde el momento en que el prestatario tiene la ocasión de conocerla tanto con la oferta vinculante, como en el plazo de 3 días previo a la firma de la escritura, en que puede revisar la misma, lo que le excluiría del control de legalidad establecido en los artículos 82 y siguientes 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.

Pero la realidad es que el informe del Banco de España no consiguió -ni remotamente- acabar con la polémica en torno a esta figura, y mucho menos confirió un mínimo de seguridad jurídica.

Por su parte, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su STJUE de 3 de junio de 2010, C-484/08 Caja de Ahorros de Madrid y AUSBANC, relativa a las cláusulas «de redondeo al alza», dio nuevas alas al debate al proclamar, por una parte, que nada impide a los Estados miembros que mantengan o adopten normas más estrictas que las establecidas por la propia Directiva 93/13/CEE, siempre que pretendan con ello garantizar al consumidor

un mayor nivel de protección. Por otra parte, rompe la barrera de la imposibilidad de declarar la abusividad de cláusulas que incidan sobre el objeto del contrato -el precio-, como es el caso de las cláusulas de redondeo.

Sin embargo, el error de principio en el que incurrieron por aquél entonces las críticas sociales y doctrinales, era el de analizar la cuestión desde la perspectiva de la proporcionalidad de las prestaciones, enfoque que estaba abocado a fracasar⁽¹⁹⁾. En este sentido, MORENO LISO⁽²⁰⁾ indicaba por aquellas fechas:

«En nuestra opinión la posibilidad abierta por el TJUE de controlar judicialmente los contratos bancarios permitirá al TS analizar las cláusulas suelo y techo aun cuando formen parte del objeto principal del contrato y aunque estén redactadas de forma clara y comprensible. Lo cual da lugar a defender que en los contratos en que existan cláusulas suelo sin contraprestación de cláusula techo, o cláusulas suelo con límites muy altos (perjudica al usuario) y cláusulas techo con límites muy altos (perjudica al usuario), en relación al tipo oficial fijado en cada periodo, podrán declararse abusivas porque vulnera el justo equilibrio de las partes en perjuicio del consumidor».

Qué duda cabe que en esa época que hemos venido a denominar «Fase 0», la doctrina científica y jurisprudencial estaba lejos de imaginar la configuración del filtro o control de transparencia material, que no tenía por aquel entonces su reflejo tampoco en la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

(18) Ítem más, esta licitud general u objetiva se desprende no sólo de las normas promulgadas, sino también de las rechazadas en tramitación parlamentaria. No en vano, reviste gran significación que el Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés, presentara al Senado dos enmiendas al Proyecto de Ley de Contrato de Crédito al Consumo, cuyo objetivo era, precisamente, que se declararían expresamente las cláusulas suelo como cláusulas abusivas. Dicha pretensión fue rotundamente rechazada (Resultado de la votación de las enmiendas números 2 y 3 de Entesa Catalana de Progrés: votos emitidos, 244; a favor, 13; en contra, 230; abstenciones, 1. Véase a tales efectos el Diario de Sesiones del Senado IX Legislatura, núm. 125, de 8 de junio de 2011 página 7313).

(19) Y no sólo porque exceda de las funciones del Juzgador analizar la proporción de prestaciones desde un punto de vista meramente económico y no jurídico, como hemos apuntado antes. Sino también porque, de admitirse dicha perspectiva y permitirse un estudio eminentemente jurídico, las conclusiones tampoco serían tan claras como cabe pensar en un primer momento. En este sentido puede atenderse al informe pericial elaborado por don Benito Arruñada, Catedrático de Organización de Empresas de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona, emitido el 5 de mayo de 2011, con ocasión de una demanda colectiva de la que se conocía ante el Juzgado de lo Mercantil no 9 de Madrid, y en el que se exponía:

«Al analizar desde el presente la adecuación de un intercambio contractual que tuvo lugar en el pasado y en condiciones o sobre variables con una fuerte dimensión aleatoria, es fácil caer en el error del "juicio retrospectivo" (hindsight bias) del cual parecen ser víctimas las sentencias ya mencionadas: su redactor parece incapaz de abstraer la información adicional que le proporciona el hecho de estar enjuiciando el pasado desde el presente. Así es que, cuando se inclina a considerar irreal un tipo del 14,3%, lo hace tras haber observado un tipo del 1,215% en marzo de 2010 y, por tanto, valora la probabilidad de una variación del 1,215% al 14,3%. Sin embargo, debería estar valorando una variación desde el 4,064% (el tipo del mercado medio en enero de 2007) al 14,3%. Todo ello sin tener en cuenta que, además, en este caso es incluso más probable que pasemos del 1,215% al 14,3% pues el hecho de tener un tipo tan anómalo con el 1,215% es más que otra cosa un síntoma de un posible desastre macroeconómico».

(20) MORENO LISO, LOURDES. *Nuevas soluciones para la protección del consumidor frente a los contratos bancarios*. Diario La Ley, No 7514, Sección Doctrina, 22 de Noviembre de 2010, Año XXXI, Ref. D-353, Editorial LA LEY.

III. FASE 1: RESOLUCIONES CONTRADICTORIAS EN EL SENO DE LA JURISPRUDENCIA MENOR

El punto de inflexión hay que situarlo en la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Sevilla, de 30 de septiembre de 2010 (St. 246/2010. Juicio Verbal 348/2010). Esta resolución, que conocía de una demanda colectiva formulada por Ausbanc frente a tres conocidas entidades financieras, declaró la nulidad de las cláusulas de limitación a la baja de la variabilidad de los tipos de interés al considerarlas abusivas.

En aquella ocasión la demanda, como tantas otras, fundamentaba la acción en la existencia de un desequilibrio del contrato en atención al tope máximo o techo fijado en la escritura pública, acompañando en prueba de ello diversos gráficos relativos al comportamiento histórico del índice Euribor.

Esta resolución introduce una serie de razonamientos que a la postre serán esenciales para la posterior configuración de la doctrina del Tribunal Supremo. A saber:

- Las cláusulas limitativas son pactos accesorios de los intereses, de tal modo que no los configuran directamente, sino que los limitan. Cabe concebir los intereses sin la cláusula suelo. En consecuencia (i) no es un elemento esencial «*strictu sensu*»; (ii) estamos ante una condición general, que no es objeto de la libre negociación entre las partes. Máxime si se tiene en consideración que se trata de estipulaciones reconocibles en cuanto que aparecen integradas en una pluralidad de contratos.
- La inclusión de este tipo de pactos es perfectamente legal desde el momento en que está previsto en las disposiciones positivas.

Y con estos parámetros alcanza la conclusión de la nulidad, si bien sobre unas bases erróneas, al no separarse de los esquemas arcaicos del estudio de la abusividad de las cláusulas -como por otra parte es normal- y cimienta su decisión en:

- Que las escrituras que sólo integren suelo, sin techo, serían nulas por falta de reciprocidad. Si sólo tuvieran techo serían anulable por el pre-disponente.

- Si incluye ambos tipos de límites, sería nulo si falta la reciprocidad razonable y equivalencia o semejanza entre los valores máximos y mínimos.

Así, el Juzgado actuando contra las más reputadas tesis doctrinales, decidió incluir dentro del estudio de la proporcionalidad de las prestaciones el elemento más puramente económico, lo cual insistimos, es un error de bulto. Máxime cuando posteriormente incurrió en la contradicción de afirmar que:

«No es tarea de esta sede determinar cuál sea el margen de la horquilla razonable en que hayan de situarse por contradicción el límite mínimo y el máximo y en particular este último. Ha de remitirse tal cuestión a los expertos en economía y finanzas».

El punto de inflexión hay que situarlo en la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Sevilla, de 30 de septiembre de 2010, que alcanza la conclusión de la nulidad, si bien sobre unas bases erróneas

Y en base a esta falta de reciprocidad económica, el Juzgado declaró la nulidad y, lo que me parece más sorprendente -y por desgracia se ha convertido en tónica habitual en los últimos tiempos en las sentencias más novedosas- condenó en costas a las partes demandadas. Este último punto no es baladí, puesto que toda condena en costas supone una declaración implícita de que el supuesto no plantea dudas de hecho, ni de derecho. Lo anterior puede ser bastante escandaloso en un caso como el enjuiciado en el que la doctrina se muestra prácticamente unánime al advertir que el equilibrio de las prestaciones debe ser medido desde un punto de vista meramente jurídico -no económico-, y las resoluciones dictadas en esta materia hasta la fecha habían decidido desestimar las pretensiones de los actores. ¿Cómo no va a haber dudas de derecho!?

Sea como fuere esta Sentencia «abrió la veda» y sirvió de estímulo a otros órganos judiciales que se decantaron igualmente por la nulidad de este tipo de cláusulas. Así ya en 2012, cabe citar numerosos pronunciamientos de tribunales provinciales que vinieron a declarar la nulidad de este tipo de estipulaciones⁽²¹⁾.

(21) Entre otras, Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección 1ª, de 24 de abril de 2012, rec. 152/2012; Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 3ª, de 23 de marzo de 2012, rec. 37/2012; Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, Sección 3ª, de 23 de noviembre de 2012, rec. 477/2012; Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 8ª, de 13 de septiembre de 2012, rec. 168/2012; Sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, Sección 5ª, rec. 353/2012; Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 1ª, de 12 de noviembre de 2012.

Pero los pronunciamientos distaron mucho de ser uniformes entre los distintos órganos judiciales, hasta el punto de que la propia Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 5ª, revocó la resolución del Juzgado de lo Mercantil 2 de dicha ciudad, y refrendó la licitud de las estipulaciones contractuales controvertidas.

En esta sentencia se parte de la premisa inicial de la legalidad de las cláusulas limitativas -algo que por otra parte no negaba la resolución de instancia-, apuntando:

«La existencia de pactos de limitación de intereses variables (las cláusulas suelo y techo) en la contratación de préstamos hipotecarios, está prevista y regulada en el anexo II de la OM de 5 de mayo de 1994, cláusula 3ª bis, apartado 3. Por tanto, su viabilidad legal es incuestionable en cuanto están previstas en la normativa sobre transparencia bancaria. Ello no impide que sean sometidas a un control de abusividad por los tribunales. Pero resulta dudoso que pueda hacerse una declaración de abuso con carácter general y abstracto. El carácter abusivo de estas cláusulas, en principio legales, ha de verificarse en un análisis individualizado de cada caso, teniendo en cuenta todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración y todas las cláusulas del contrato (art. 82.3 LCD)»

Posteriormente se lleva a cabo un examen de la transparencia formal, que se ancla esencialmente en el cumplimiento de la normativa sectorial y en la redacción de los pactos de forma clara, concreta y comprensible⁽²²⁾. Asimismo se indica, a mayor abundamiento, la concurrencia de un amplio mercado y competencia en materia de préstamos hipotecarios, lo que hace presumir una opción o cierta capacidad decisoria por parte del prestatario⁽²³⁾.

A lo anterior suma la circunstancia de que las cláusulas suelo sí que forman parte del núcleo esencial del negocio jurídico, pues en contra de lo indicado por el Juzgado, el tribunal entiende que no es un mero elemento accesorio.

Por último, incide en dos elementos del control de contenido o examen de abusividad que habían sido pasa-

dos por alto -o al menos forzados excesivamente- por el Juzgado a quo, y es que no había concurrido mala fe en las entidades predisponentes -según el criterio de la Sala-, y la desproporción ha de ser jurídica, no económica:

1. La declaración de abusividad requiere la concurrencia de mala fe del predisponente. Y a este respecto apunta:

«Los pactos de limitación de la variabilidad tampoco son contrarios a la buena fe, pues se han suscrito siguiendo el iter negocial establecido en la regulación sobre la transparencia de las condiciones financieras de los préstamos, el solicitante ha recibido toda la información, y estos pactos son totalmente legales al estar contemplados en la normativa sobre transparencia de la OM de 5 de junio de 1994»⁽²⁴⁾.

2. La desproporción de las prestaciones ha de ser jurídica, no económica, lo que acertadamente subraya:

«El equilibrio al que el art. 82.1 LCU se refiere es un equilibrio de los derechos y obligaciones de las partes, un equilibrio del contenido jurídico obligacional del contrato, no del alcance económico de las contraprestaciones que constituyen el objeto del contrato. Aceptado un determinado precio por el prestatario, la mayor o menor onerosidad de la operación financiera no supone un desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes, pues como decimos, el equilibrio exigido por la Ley de Consumidores y Usuarios se refiere a los de contenido jurídico, no al equilibrio económico de la operación. En definitiva que el precio de una operación determinada sea caro no puede producir la nulidad del pacto. El precio de las cosas, de los bienes y de los servicios es el que libremente convengan las partes, en función de lo que determine la situación del mercado en cada momento y la libre competencia existente. En el caso de los préstamos sólo si el precio convenido es producto de un aprovechamiento de un estado de necesidad del prestatario habría que acudir a las normas que protegen al prestatario frente a préstamos usurarios, cual es la Ley de 23 de julio de 1908 sobre la nulidad de los contratos de préstamos usurarios, cuando se estipula un interés notablemente superior al normal del dinero, manifiestamente despropor-

(22) Se dice: «Esta minuciosa regulación legal del recorrido preparatorio del contrato garantiza la transparencia, la información, la libre formación de la voluntad del prestatario, y si tras ello expresa su voluntad de aceptar y obligarse, ha de concluirse que lo hace libremente, con total conocimiento del contenido del pacto de limitación de la variabilidad de intereses, configurador del precio de la operación, el cual de acuerdo con lo dispuesto en el anexo II de la OM de 5 de mayo de 1994 ha de expresarse de modo que "resulte claro, concreto y comprensible por el prestatario, y conforme a Derecho". Por ello debe descartarse que los pactos de limitación de la variabilidad de intereses que nos ocupan hayan sido impuestos por los solicitantes del préstamo».

(23) «...la regulación del contenido de las ofertas vinculantes y la gran competencia existente en el mercado con multitud de ofertas sin cláusulas suelo (el informe del Banco de España aportado a las actuaciones refleja que "el 71% de la cartera encuestada no tiene restricciones a la bajada de tipos de interés, frente al 29% que sí que tiene limitaciones, aunque de esta parte de la cartera, el 82% también tiene limitaciones a la subida"); garantizan la plena información y la libre formación de la voluntad del prestatario que excluye la concurrencia del requisito de la imposición o, lo que es igual, de la falta de negociación».

(24) Recordemos que según el artículo 315 del Código de Comercio: «Podrá pactarse el interés del préstamo, sin tasa ni limitación de ninguna especie. Se reputará interés toda prestación pactada a favor del acreedor».

cionado con las circunstancias del caso y aceptado por el prestatario a causa de su angustiada situación o de su inexperiencia. Norma ésta que en absoluto sería de aplicación al caso que nos ocupa por ser su supuesto fáctico completamente distinto a los fundamentos de pedir deducidos en la demanda en relación con la abusividad de la cláusula suelo de los préstamos hipotecarios».

Lo anterior se entiende con las únicas limitaciones impuestas por la Ley de Represión de la Usura o Ley Azcárate, de 23 de julio de 1908, por el que se proscribió la inclusión en los contratos de préstamo de un «interés notablemente superior al normal del dinero» y, paralelamente, se lesionen las «buenas costumbres».

En estos primeros años, los pronunciamientos distaron mucho de ser uniformes entre los distintos órganos judiciales

En este bloque de resoluciones que seguían defendiendo la licitud de tales estipulaciones contractuales, cabe citar también la Sentencia de 23 de junio de 2011 del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Alicante, que incide especialmente en el carácter esencial del tipo de interés como elemento configurador del negocio, lo que cerraría la puerta a cualquier examen de abusividad.

O incluso la didáctica Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 22 de marzo de 2007, en la que se aprecia:

«En los mercados modernos los precios no son objeto de negociación individual (regateo) por parte de los consumidores o dicho de otro modo, para que exista consentimiento libre no es necesario que ambos interesados participen en la elaboración del contenido del contrato. La posibilidad de autodeterminación no depende de que el contrato se negocie, sino que basta con que existiendo precios y condiciones fijas, el oferente tenga que contar con la reacción de los demandantes en función del contrato y deba adaptar su oferta a lo que éstos demandan. En definitiva, el

consentimiento libre no depende de que el contenido del contrato se elabore mediante el regateo o la discusión entre ambas partes. El consumidor tiene a su disposición otras alternativas si una oferta no le conviene y el hecho de que ninguna de las ofertas disponibles en el mercado le satisfaga no desvirtúa lo expuesto; el grado de autodeterminación viene delimitado por el mercado, al margen de que el consumidor pueda desear condiciones más favorables, lo cual no constituye objeto de protección. Cuestión bien distinta, y al margen de lo que nos ocupa, es que puedan existir elementos patológicos que afecten a la competencia en el mercado, que tendrá su específico cauce de protección"»⁽²⁵⁾.

No le faltaba razón a la Audiencia Provincial de Madrid que, sin embargo, tangencialmente estaba haciendo referencia al que sería posteriormente el argumento principal del control de transparencia material, a saber: el control de comprensibilidad real de la estipulación y de sus consecuencias económicas.

Otras muchas resoluciones de audiencias provinciales abogaron por la validez de este tipo de pactos limitativos de la variabilidad de los tipos de interés⁽²⁶⁾.

Y lo más sorprendente de todo, insisto, es que pese a la evidencia de la existencia de dos corrientes jurisprudenciales completamente distintas y la necesidad de dotar de novedosas interpretaciones al esquema clásico del régimen de cláusulas abusivas, los exponentes de una y otra postura se mostraban habitualmente rotundos en sus exposiciones y procedían a la imposición de las costas procesales a la parte vencida (que variaría en función del órgano judicial en que se litigase), como si no existiera duda o debate doctrinal. Afirmando tácitamente la inexistencia de dudas de derecho.

IV. FASE 2: STS 9 DE MAYO DE 2013 Y NO RETROACTIVIDAD

Ésta es, posiblemente, una de las resoluciones del Alto Tribunal que más críticas y descalificaciones ha sufrido, tanto desde un punto de vista mediático, social, de los

(25) En una línea similar cabe citar a nivel doctrinal a DE LA CUESTA RUTE, JOSÉ MARÍA (*Contratos Mercantiles*. Valpuesta Gastaminza, E. (coord.); Cuesta Rute, J.M. de la (dir.). Editorial Bosch. Madrid. 2001) quién sostiene:

«Puede que una cláusula haya sido pre redactada por una de las partes y sea libremente aceptada por la otra sin modificación alguna. Ya no estaríamos ante una condición general, al faltar el requisito de la imposición, pues la contraparte pudo no aceptar entera o parcialmente la cláusula, y la aceptó por entero, sin reserva alguna. La no imposición no implica regateo, negociación ardua o modificación de las condiciones previas, sino más bien consentimiento pleno del contratante que pudo influir en el contenido contractual aunque, en su caso, simplemente aceptara como buena la cláusula pre redactada... por esta razón la mayoría de la doctrina considera que los elementos fundamentales del contrato quedan excluidos del ámbito del régimen de las condiciones generales en la medida en que debe partirse de que la contraparte siempre los acepta libremente».

(26) A modo de ejemplo: Sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia, de 28 de diciembre de 2012, rec. 359/2012; Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 1ª, de 14 de mayo de 2012, rec. 159/2012; Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección 2ª, de 22 de enero de 2012.

colectivos afectivos, de la doctrina, e incluso de otros órganos judiciales.

En defensa del Tribunal, diremos que la situación en la que se encontraba era harto complicada y que, sin lugar a dudas y con independencia del mayor o menor sustrato técnico-jurídico que quepa atribuirle a ello, le preocupaba el grave impacto que pudiera tener sobre la economía un pronunciamiento excesivamente tajante. Así que decidió hacer como Aristóteles y buscar la virtud en el término medio, olvidando que en otro lugar se dice que «¡Ojalá fueses frío o caliente! Pero por cuanto eres tibio, y no frío ni caliente, te vomitaré de mi boca»⁽²⁷⁾.

Sea como fuere, esta Sentencia vino a casar la dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla de 7 de octubre de 2011, antes mencionada, y a confirmar la resolución del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de dicha ciudad, si bien alterando completamente los fundamentos (desfasados) del pronunciamiento de instancia.

El principal mérito (y no es poco) de esta Sentencia es el de superar los esquemas clásicos del régimen de la abusividad y declarar la nulidad de las cláusulas suelo, no por su carácter desproporcionado, o por la mala fe de las entidades financieras al introducir mecanismos regulados legalmente, sino por la falta de concurrencia de una transparencia material. Es decir, si bien las cláusulas de referencia superaban un control de inclusión, en tanto que eran acordes a la normativa sectorial aplicable y su literalidad era clara, no confusa ni opaca; no superaban un examen de comprensibilidad real de sus implicaciones económicas⁽²⁸⁾. Examen para el que cobra especial importancia y protagonismo la documentación precontractual.

El principal mérito de la STS 9 de mayo de 2013 es el de superar los esquemas clásicos del régimen de la abusividad y declarar la nulidad de las cláusulas suelo por la falta de concurrencia de una transparencia material

Para SUÁREZ PUGA⁽²⁹⁾ el Alto Tribunal se metió en «dos grandes atolladeros». Por un lado, el de realizar un estudio de las cláusulas, en el marco del segundo filtro de

transparencia o análisis de comprensibilidad real, desde la perspectiva de un consumidor medio. Por otro, el de la limitación de los efectos de la nulidad.

Respecto al primero, reprocha que no se permitiera la alegación y prueba de otras circunstancias relativas a la contratación, que permitieran justificar una comprensibilidad real del prestatario, al llevarse a cabo un examen abstracto, en sede de un procedimiento colectivo, y tomando de base el concepto del consumidor medio.

Para MUÑOZ GARCÍA⁽³⁰⁾ la mera configuración del control material de transparencia ya supone una suerte de «atrevimiento» por parte del Tribunal Supremo, que va mucho más allá de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que permitía a los Estados Miembros garantizar a los consumidores un mayor nivel de protección que el consagrado en la Directiva 93/13/CEE⁽³¹⁾.

Atendiendo al segundo de los «atolladeros», el alcance de la nulidad, y siguiendo al apartado 24 de la STJUE de 21 de diciembre de 2016, diremos que el mismo se fundamentó esencialmente en los siguientes extremos:

«Declaró que las cláusulas suelo eran lícitas en cuanto tales; que respondían a razones objetivas; que no se trataba de cláusulas inusuales o extravagantes; que su utilización había sido tolerada largo tiempo por el mercado de préstamos inmobiliarios; que la nulidad de las mismas derivaba de una falta de transparencia debido a la insuficiencia de la información a los prestatarios; que las entidades crediticias habían observado las exigencias reglamentarias de información; que la finalidad de la fijación del tope mínimo respondía a la necesidad de mantener un rendimiento mínimo de los referidos préstamos hipotecarios que permitiera a las entidades bancarias resarcirse de los costes de producción y mantenimiento de estas financiaciones; que las cláusulas suelo se calculaban para que no implicasen cambios significativos en las cuotas iniciales a pagar; que la legislación española permitía la sustitución del acreedor; y que la retroactividad de la declaración de nulidad de las cláusulas en cuestión generaría el riesgo de trastornos económicos graves».

Nótese como lo expuesto por el Tribunal Supremo supone, en cierto modo, justicia de equidad. Muy posi-

(27) Libro del Apocalipsis 3, 15-19.

(28) Y es especialmente meritorio este punto si atendemos a que, si bien esta transparencia material -en palabras del Abogado General Mengozzi (en sus conclusiones presentadas el 13 de julio de 2016 que antecedieron a la STJUE de 21 de diciembre)- subyacía en toda la doctrina comunitaria, la realidad es que no se declara expresamente por el TJUE hasta la Sentencia Kásler y Kaslerné Rábai, de 30 de abril de 2014 (C-26/13), esto es, casi un año después.

(29) Obra citada *ut supra*.

(30) MUÑOZ GARCÍA, CARMEN. *Cláusula abusiva nula y su «no vinculación»*. *Excesos o rigores del TJUE en la sentencia de 21 de diciembre de 2016*. Diario LA LEY, no 8903, 18 de enero de 2017.

(31) Entre otras la STJUE de 3 de junio de 2010 (C484/2008).

blemente bienintencionada, con un claro ánimo de realizar un pronunciamiento salomónico que pusiera fin a la «guerra» entre entidades financieras y consumidores. No lo consiguió.

La doctrina se mostró especialmente crítica con el razonamiento de la Sentencia ⁽³²⁾, y con su «*abigarrada argumentación, aparentemente inspirada sobremanera en la salvaguarda del principio de seguridad jurídica*», en palabras de SÁNCHEZ ÁLVAREZ ⁽³³⁾.

Mientras que para TÀSIES ⁽³⁴⁾ el Alto Tribunal se sirvió de algunos apoyos legales un tanto «*exóticos*». Considera el autor excesivamente forzada la *ratio decidendi* de la sentencia (por la que limita los efectos de una doctrina firme de la nulidad, ex artículo 1303 Cc), que no dudó en citar cuerpos normativos a priori tan alejados de la cuestión debatida, como la Ley de Procedimiento Administrativo Común, la Ley de Patentes, la Ley de Marcas o la Ley de diseño industrial.

En base a todo lo anterior declaró la falta de retroactividad de la nulidad. Si bien los principales argumentos de la Sentencia del Alto Tribunal para declarar la irretroactividad de la nulidad declarada fueron básicamente dos: (i) la novedad de esta nueva doctrina; (ii) el peligro que podría suponer para el sistema financiero un pronunciamiento de nulidad con todas sus consecuencias.

En el segundo de los argumentos buscó paralelismos con la reciente por aquél entonces STJUE de 21 de marzo de 2013 (C-92/11), en cuyos apartados 59 a 63, desestimaba el reembolso de las cantidades indebidamente

pagadas, alegando «*seguridad jurídica, buena fe y riesgo de trastornos graves para el orden público económico*» ⁽³⁵⁾.

Paradójicamente esta búsqueda de «*seguridad jurídica*» no hizo sino acrecentar la inseguridad jurídica en torno a la figura de las cláusulas suelo. Si bien fueron muchas las audiencias provinciales que se doblaron ante el pronunciamiento del Alto Tribunal, no se creó sino un mero espejismo de uniformidad, desde el momento en que otras resoluciones de juzgados y audiencias se resistían a acatar tales argumentos ⁽³⁶⁾, o elevaban sendas cuestiones prejudiciales al TJUE, o suspendían los procedimientos que tramitaban hasta que las cuestiones elevadas por otros tribunales se resolvieran.

Y, sobre todo, la doctrina científica se mostraba especialmente contraria a asumir como suficiente la doctrina del Tribunal Supremo. Ello por no hablar de las plataformas de afectados y de los medios de comunicación, que no cejaron en su presión constante y continuada.

V. FASE 3: STS 25 DE MARZO DE 2015 RETROACTIVIDAD PARCIAL

Habiéndose limitado por el Alto Tribunal los efectos de la nulidad de las cláusulas suelo, quedaban pendiente de aclarar cómo debían interpretarse esos efectos en los supuestos de acciones individuales (recordemos que la STS 9 de mayo 2013 conocía de una demanda colectiva), así como si debía predicarse una cierta retroactividad en

(32) Véanse, entre otros muchos: ACHÓN BRUÑÉN, MARÍA JOSÉ (*Cláusulas abusivas más habituales en las escrituras de hipoteca: análisis de los últimos pronunciamientos de Juzgados y Tribunales*. Diario LA LEY, no 8127, de 16 de julio de 2013); PERTIÑÉZ VÍLCHEZ, FRANCISCO (*La restitución de las cantidades indebidamente cobradas en virtud de cláusulas suelo en contratos de préstamo hipotecario tras la STS 9 de mayo de 2013*. Diario LA LEY, no 8155, 23 de septiembre de 2013); LÓPEZ JIMÉNEZ, JOSÉ MARÍA (*La cláusula suelo en los préstamos hipotecarios. Una discusión abierta para debate*. Diario LA LEY, no 8279, de 26 de marzo de 2014); o CARRASCO PERESCA, ÁNGEL y GONZÁLEZ CARRASCO, CARMEN (*La STS 241/2013, de 9 de mayo, sobre las «cláusulas suelo» es inconstitucional*. Diario LA LEY, no 8160, de 30 de septiembre de 2013).

(33) SÁNCHEZ ÁLVAREZ, EDUARDO. *In Claris non fit interpretation: una rápida reflexión respect a la sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016 (cláusulas suelo)*. Diario LA LEY, no 8900, 13 de enero de 2017.

(34) TÀSIES, RICARD. *Retroactividad de las cláusulas suelo. Doctrina del Supremo y Sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016*. Diario LA LEY, no 8887, 22 de diciembre de 2016.

(35) En concreto la citada Sentencia, en su apartado 59, apunta: «*Sólo con carácter excepcional 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. Para poder decidir dicha limitación, es necesario que concurren dos criterios esenciales, a saber, la buena fe de los círculos interesados y el riesgo de trastornos graves (véanse, en particular, las sentencias Skov y Bilka, antes citada, apartado 51; Brzeziński, antes citada, apartado 56; de 3 de junio de 2010, Kalinchev, C-2/09, Rec. p. I-4939, apartado 50, y de 19 de julio de 2012, Rēdlihs, C-263/11, apartado 59)*».

(36) Así las Sentencias de los Juzgados de lo Mercantil no 2 de Málaga, de 23 de mayo de 2013, del Juzgado de lo Mercantil no 15 de Barcelona, de 17 de junio de 2013, del Juzgado de Primera Instancia no 1 de Barcelona, de 17 de febrero de 2014, o del Juzgado de lo Mercantil no 2 de Zaragoza, de 27 de abril de 2015. Igualmente el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 14ª, de 9 de mayo de 2014 (rec. 821/2013); el Auto de la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 1ª, de 23 de junio de 2014 (rec. 473/2014); el Auto de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 5ª, de 28 de marzo de 2014 (rec. 88/2014).

aquellas resoluciones que declarasen la nulidad de la cláusula después de la Sentencia del Tribunal Supremo.

La Sentencia del Pleno de 25 de marzo de 2015 (STS 139/2015; rec. 138/2014) buscaba despejar dudas y clarificar el sentido de la sentencia de 9 de mayo de 2013, pero no proceder a revisarla⁽³⁷⁾.

La importancia de esta resolución -desde la perspectiva del repaso histórico que estamos realizando- reside esencialmente en tres puntos: (i) que hizo extensiva la doctrina sentada con anterioridad, también a las acciones individuales, (ii) su declaración de retroactividad parcial; (iii) la existencia de dos votos particulares disidentes.

A través de dicho pronunciamiento, en suma y a *grosso modo*, el tribunal viene a confirmar la doctrina sentada dos años antes, extendiéndola a su vez a las acciones individuales, y a aclarar que los pronunciamientos de nulidad deben desplegar efectos *ex tunc*, si bien acotados a la fecha de nacimiento de la doctrina del control material de transparencia, esto es, desde 9 de mayo de 2013 en adelante.

La STS de 25 de marzo de 2015, siembra de nuevo una semilla de desconcierto al incluir dos votos particulares, de los magistrados don Francisco Javier Orduña Moreno y don Xavier O'Callaghan Muñoz

Ahora bien, la Sentencia siembra de nuevo una semilla de desconcierto al incluir dos votos particulares, concretamente de los magistrados don Francisco Javier Orduña Moreno y don Xavier O'Callaghan Muñoz, disintiendo del parecer de la mayoría en el sentido de otorgar efectos restitutorios a la nulidad de la cláusula.

Es decir, que tras dos años de la sentencia «unificadora» del Tribunal Supremo, ésta no terminaba de vencer ni siquiera a la totalidad de los integrantes del órgano central, mucho menos a la totalidad de la jurisprudencia menor, o de la doctrina científica.

VI. FASE 4: STJUE 21 DE DICIEMBRE DE 2016

Las discrepancias habidas entre la jurisprudencia patria, llevó a determinados Juzgados y tribunales a acudir al arbitrio de un «tercero», superior jerárquico del Tribunal Supremo. Y nótese que el clima de tensión al respecto ha alcanzado tales niveles que tras la Sentencia

del Tribunal Europeo, concretamente el 17 de enero del año corriente, Jueces para la Democracia emitió un comunicado «con ocasión de las opiniones vertidas a raíz de la STJUE de 21 de diciembre de 2016». A través de tal comunicado la plataforma salía en defensa de los jueces que plantearon las sucesivas cuestiones prejudiciales que han desembocado en dicho fallo, y que al parecer habían sido destinatarios de determinadas manifestaciones públicas que les achacaban una suerte de confabulación con asociaciones de consumidores.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016 conoce de los asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15, que tienen por objeto sendas peticiones de decisión prejudicial planteadas con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Granada (C-154/15), así como por la Audiencia Provincial de Alicante (C-307/15 y 308/15). Y en ella, en esencia, se trata de cohonestar los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE, con el artículo 1303 del Código Civil, los artículos 7 y 8 TRLDCEU, las SSTs de 9 de mayo de 2013 y 25 de marzo de 2015, y por último la doctrina del TJUE en materia de cláusulas abusivas.

Las cuestiones planteadas al tribunal europeo fueron básicamente las siguientes:

1. *Asunto C-154/15*
 - Si la interpretación de «no vinculación» del artículo 6.1 de la Directiva es compatible con la doctrina de la retroactividad parcial.
 - En acciones individuales ¿es posible limitar los efectos de la nulidad, moderando la devolución de cantidades?
2. *Asunto C- 307/15* (además de las anteriores)
 - El criterio de buena fe de los círculos interesados que opera como justificación de la limitación de la eficacia retroactiva ¿es un concepto autónomo del Derecho de la Unión, que deba interpretarse de manera uniforme? Y en su caso ¿qué presupuestos deben atenderse para determinar su existencia? Y ¿sería conforme a la buena fe la actuación del profesional que ha motivado la falta de transparencia en la generación del contrato?
 - El riesgo de trastornos graves que opera como justificación de la limitación de la

(37) De hecho en su Fundamento Jurídico Octavo señala; «Teniendo como guía el respeto a nuestra doctrina, a la unificación que debe hacerse de ella en su aplicación y, a la postre, la seguridad jurídica, principio informador del ordenamiento jurídico (art. 9.3 CE), entendemos necesario ofrecer respuesta a tan debatida cuestión, no revisando la fijada sino despejando dudas y clarificando su sentido».

eficacia retroactiva ¿es un concepto autónomo del Derecho de la Unión, que deba interpretarse de manera uniforme? Y en su caso ¿qué presupuestos deben atenderse para determinar su existencia? Y más en concreto ¿Debe valorarse tomando sólo en consideración el trastorno grave que pueda producir al profesional, o también el quebranto que se ocasione a los consumidores por la no restitución íntegra?

3. Asunto C-308/15

- Si es compatible con el principio de no vinculación y con el derecho a la tutela judicial efectiva la extensión de los efectos restitutorios derivados de la nulidad de una cláusula suelo declarada en el seno de una demanda colectiva, a aquellos consumidores que contrataron con entidades distintas a las que fueron demandadas en la acción colectiva.

En el mes de julio de 2016, día 13, se publicaron las Conclusiones del Abogado General Mengozzi, en relación a las anteriores cuestiones prejudiciales, concluyendo que la tesis del Tribunal Supremo **NO** era contraria a la Directiva 93/13/CEE, ni a la doctrina del TJUE. Pese a ello evita bendecir directamente las tesis del tribunal español en cuanto a la novedad de la doctrina de la transparencia material, la buena fe de las entidades financieras, la seguridad jurídica o las graves consecuencias económicas de un pronunciamiento de dichas proporciones. De hecho el primero de dichos puntos lo discute abiertamente⁽³⁸⁾.

No obstante, considera que el derecho comunitario no ha entrado a regular ni ha pretendido unificar los efectos que deben derivarse de la consideración de una cláusula contractual como abusiva. Lo único que deviene imperativo es que dicha cláusula no vincule al consumidor y que la sanción sea respetuosa con el principio de equivalencia y efectividad.

El abogado general consideró que el derecho comunitario no ha entrado a regular ni ha pretendido unificar los efectos que deben derivarse de la consideración de una cláusula contractual como abusiva

Así, para el Abogado General, el artículo 6.1 de la Directiva debía interpretarse en el sentido de que no se opone a la decisión de un órgano nacional de limitar los

efectos restitutorios de esa nulidad, en atención a circunstancias excepcionales. Después de todo el precepto apunta que las cláusulas abusivas no vincularán a los consumidores «en las condiciones estipuladas por sus Derechos nacionales».

Asimismo, en las cuestiones prejudiciales han realizado alegaciones tanto el Reino de España, como el Reino Unido, como la República Checa, amén de los servicios jurídicos de la Comisión Europea. Los dos primeros (España y Reino Unido) se mostraron a favor de la doctrina del TS, mientras que los dos últimos (República Checa y Comisión) se mostraron contrarios, destacando que la limitación de los efectos de la nulidad supone, a la postre, una forma de moderación de una cláusula abusiva.

El pronunciamiento del TJUE es por todo el mundo conocido: la doctrina del Tribunal Supremo español es contrario a la directiva y al ordenamiento comunitario y los tribunales que remitieron la cuestión deben, por tanto, separarse de la misma.

La *ratio decidendi* de la sentencia puede resumirse en los siguientes cinco puntos:

1. El principio de no vinculación consagrado en el artículo 6.1 de la directiva es de naturaleza equiparable a las normas de orden público del ordenamiento jurídico interno de los estados miembros (apartado 54).
2. El juez nacional cuando advierte la existencia de una cláusula abusiva debe proceder «*pura y simplemente*» a dejar la misma sin aplicación, sin estar facultado para modificar su contenido (apartado 57).
3. Cualquier modificación del contenido de las cláusulas, podría afectar al efecto disuasorio de la nulidad (apartado 60).
4. Corolario de lo anterior, en principio, la declaración de abusividad conlleva que la cláusula nunca ha existido, de manera que no podrá desplegar ningún tipo de efectos, acordándose, en principio, el efecto restitutorio (apartados 61 y 62).
5. Habida cuenta de la exigencia fundamental de una aplicación uniforme y general del Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia es el único que puede decidir acerca de las limitaciones en el tiempo que hayan de aplicarse a la interpretación que él mismo haya hecho de una norma del Derecho de la Unión (apartado 70).

(38) Vid. Nota 28.

Algunas voces, como la de MUÑOZ GARCÍA⁽³⁹⁾ han apuntado que posiblemente el Tribunal de Justicia se extralimitó en sus conclusiones, puesto que las consecuencias de la nulidad y sus efectos *ex tunc*, debería haberlos proclamado no en base al derecho comunitario, sino al artículo 1303 Cc, incurriendo por ello en una cierta contradicción con los artículos 6 y 8 de la Directiva de continua referencia. Si el tribunal descarta que se den los requisitos excepcionales pregonados por él mismo en la STJUE de 21 de marzo de 2013 -a la que sorprendentemente no alude la sentencia-, la consecuencia es la aplicación del derecho interno en toda su extensión.

En cualquier caso, la conclusión que extrae la autora es la siguiente:

«En este sentido, creo que ya no hay duda, según el Tribunal de Justicia Europeo, la Directiva 93/13 contempla un doble control de transparencia-formal y material-, y una regulación propia sobre la nulidad de la cláusula abusiva y los efectos ex tunc que obligan a la restitución in integrum, algo que no siempre será posible. Quizá constituya un exceso del meritado Tribunal para justificar lo que debería haber resuelto nuestra norma interna, mejor dicho, nuestro Alto Tribunal, mediante la aplicación de la sanción de nulidad en toda su extensión. Excesos de uno para suplir las carencias de otro, que en aquella sentencia de 9 de mayo de 2013 limitó, en perjuicio del consumidor, y de espaldas a la ley, los efectos previstos en el Código Civil»

VII. FASE 5: RDL 1/2017, CONFIGURACIÓN DE UNA SOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL

Apenas un mes después de este giro en los acontecimientos, se dictó el Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo.

Su Exposición de Motivos no esconde que su razón de ser es la de salir al paso de la Sentencia del tribunal europeo, con el ambicioso objetivo de establecer *«un cauce que les facilite [a los consumidores] la posibilidad de llegar a acuerdos con las entidades de crédito con las que tienen suscrito un contrato de préstamo o crédito con garantía hipotecaria que solucionen las controversias que se pudieran suscitar»*.

Su ámbito de aplicación (artículo 2) se circunscribe únicamente a los contratos de préstamo o crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria que incluyan una cláusula suelo y cuyo prestatario sea un consumidor. De ello se colige que no resultará de aplicación para cualquier otra reclamación relacionada con distintas cláusulas susceptibles de ser catalogadas como abusivas. También quedan fuera del ámbito de aplicación aquellos afectados que no ostenten la condición de consumidores de acuerdo con el artículo 3 del TRLDCU.

Básicamente introduce tres cuestiones destacables:

1. Un procedimiento de reclamación extrajudicial (artículo 3), que deberán implantar las entidades de crédito en el plazo máximo de un mes. Éste tendrá carácter voluntario para el consumidor. La entidad financiera, una vez recibida la reclamación deberá efectuar un cálculo de la cantidad a devolver -incluyendo intereses legales por tales cantidades- y remitirle al consumidor la oportuna comunicación, desglosando los importes. Igualmente si considera que no procede la devolución de cantidades deberá motivar su decisión.

El consumidor deberá manifestar si está de acuerdo con el cálculo o no.

El plazo máximo que ha de durar todo este proceso es de tres meses, previéndose expresamente el «silencio negativo» de la entidad.

2. Las previsiones en materia de costas. Como medida clave para fomentar el acuerdo extrajudicial -y la correlativa descongestión de los juzgados-, se prevé que el consumidor solo podrá optar a un pronunciamiento favorable en materia de costas en el posterior procedimiento judicial, si las sumas obtenidas a través de éste fueran superiores a las que se le ofrecieron en la reclamación previa. De ser iguales o inferiores perdería todo derecho a las costas. Igualmente, de no haberse realizado la reclamación previa -que es voluntaria-, si la entidad financiera formulase allanamiento antes de la contestación a la demanda, no procedería condena en costas de ningún tipo⁽⁴⁰⁾.

(39) Vid Carmen Muñoz García, obra citada «ut supra».

(40) Esto que puede parecer muy impactante, en realidad bien sopesado no lo es tanto. Si se piensa con detenimiento, cualquier reclamación judicial se realizará por cantidades superiores a las ofrecidas previamente por la entidad financiera -en pura lógica-, ergo si se condenase a menos a la entidad, estaríamos ante una estimación parcial y por, tanto, ex artículo 394 LEC, no debería imponerse las costas al litigante vencido. Únicamente se refrenda la imposibilidad de aplicar aquí la doctrina del «cuasi vencimiento», que quedaría vedada. Del mismo modo en el caso del allanamiento, lo que se viene a matizar -en cierto modo- es la ineficacia a los efectos de la imposición de costas, de cualquier reclamación extrajudicial realizada con anterioridad a la entrada en vigor del RDL 1/2017, que no podrán ser tenidas en cuenta, como intimación previa, para justificar la imposición de costas pese a la concurrencia de allanamiento.

3. La posibilidad de que la entidad financiera y el consumidor acuerden la adopción de medidas compensatorias distintas de la devolución del efectivo. Eso sí, la aceptación de esa medida -para evitar futuras impugnaciones- debe ser manuscrita y en documento aparte en el que también quede constancia del cumplimiento del plazo previsto en el apartado anterior.

Por último, se incorpora una disposición transitoria que permite a las partes de procedimientos judiciales en curso solicitar -de mutuo acuerdo- la suspensión de la tramitación del mismo para acogerse al procedimiento previsto en el Real Decreto.

Sobre este punto me surge una duda que creo puede dar lugar a futuras discusiones. A saber, qué sucederá -en lo que a costas se refiere- en aquellos procedimientos en trámite en los que la entidad financiera demandada interese la suspensión para tramitar la reclamación del actor conforme al cauce del RDL 1/2017, y éste se niegue. ¿Tendrá ello incidencia en el futuro pronunciamiento en materia de costas?

Lo que parece claro es que los objetivos del Gobierno han sido básicamente dos: (i) evitar una avalancha de demandas contra los Juzgados, y (ii) reducir al máximo -al menos teóricamente- los costes de las reclamaciones para los consumidores.

Si se pretendía descongestionar a los Juzgados, tal vez hubiera sido mucho más efectivo ampliar este trámite previo a cualquier reclamación por cláusulas abusivas

En cuanto al primero de los objetivos, ha de tenerse en cuenta lo que acertadamente apuntaba FERNÁNDEZ SEIJO ⁽⁴¹⁾: «la judicialización de estos conflictos genera malas prácticas, demoras en la respuesta judicial y costes adicionales que deberían evitarse». Pese a todo, es muy

probable que esta oxigenación de los juzgados se consiga sólo parcialmente.

Primero, porque si se pretendía descongestionar a los Juzgados, tal vez hubiera sido mucho más efectivo ampliar este trámite previo a cualquier reclamación por cláusulas abusivas, y no sólo a las que se deriven de cláusulas suelo.

Además se aprecia un cierto recelo en los operadores económicos sobre la efectividad de tales medidas. Así, aunque el CGAE ha considerado positivo el establecimiento de este sistema extrajudicial ⁽⁴²⁾, algunas asociaciones de consumidores se han mostrado especialmente reacias.

A modo de ejemplo, ADICAE ha hecho público su temor a que «la presión de la banca por condicionar las medidas a aprobar pueda acabar consiguiendo que el sistema extrajudicial replique e sus consecuencias el arbitraje de las preferentes» ⁽⁴³⁾.

Por su parte OCU pide a los consumidores que estén atentos ante posibles quitas que traten de imponer los bancos ⁽⁴⁴⁾.

De hecho el propio Ministro de Justicia parece confiar sólo en parte en el Decreto, dado que en los últimos días ha hecho público en distintos medios ⁽⁴⁵⁾ que ante la previsión de que esta mediación no llegue a realizarse satisfactoriamente para el cliente y provoque un colapso del sistema judicial, se está trabajando en la designación de juzgados especiales y especializados sobre cláusulas suelo.

En suma, que nadie se fía de nadie.

Y la situación se agrava si dirigimos nuestra atención al objetivo de reducir costes para los consumidores -que se veían abocados a contratar los servicios de un abogado y en no pocas ocasiones de un economista-. En este sentido hace unos días FACUA advertía de que algunos des-

(41) FERNÁNDEZ SEIJO, JOSÉ MARÍA. *La opinión de José M^a Fernández Seijo sobre la sentencia TJUE de 21 de diciembre de las cláusulas suelo*. Diario La Ley, Sección Hoy es Noticia, 21 de Diciembre de 2016, Editorial Wolters Kluwer.

(42) Vid. Noticia publicada en Diario LA LEY el pasado día 21 de enero de 2017 bajo el titular «El CGAE considera positivo un sistema extrajudicial para resolver los litigios sobre las cláusulas suelo».

(43) Agencia Europa Press. Noticia publicada el pasado día 19 de enero de 2017 en Diario LA LEY.

(44) Agencia Europa Press. Noticia publicada el pasado día 30 de diciembre de 2016 en Diario LA LEY, bajo el titular «OCU pide que el código de buenas prácticas no retrase la devolución de lo cobrado de más por cláusulas suelo».

(45) Así, en elperiodico.com de 25 de enero de 2017 se recoge la noticia «Català anuncia juzgados especiales para las cláusulas suelo», o en cincodías.com, el 11 de enero «Catalá cree que los bancos no tienen plantilla para tratar la devolución de cláusulas suelo en tres meses».

pachos de abogados «establecen condiciones desproporcionadas» a la hora de defender a un consumidor⁽⁴⁶⁾.

Por no hablar de la polémica generada estos días con las declaraciones de la diputada socialista Margarita Robles, quién defendiendo en el plenario la viabilidad del Real Decreto alegó: «*Todos sabemos que este decreto ley, que algunos de ustedes dicen que está tan mal visto por los consumidores, resulta que, a lo mejor, por quien está peor visto son por aquellos que se frotaban las manos pensando que, a lo mejor, podían hacer un negocio con la reclamaciones judiciales*». En una intervención que en cierto modo recuerda a aquellas palabras clásicas de Erasmo de Rotterdam⁽⁴⁷⁾, para quién había que intentar evitar la necesidad de acudir a ese «*costosísimo linaje de hombres que se llaman juriconsultos y abogados*».

En fin, sin ánimo de entrar ahora a discutir la corrección de la STJUE de 21 de diciembre, o del RDL 1/2017, lo que me entristece constatar es el clima de histeria colectiva que rodea esta cuestión y la subsistencia -apenas minorada- de una patente inseguridad jurídica.

VIII. Y AHORA ¿CÓMO ESTAMOS? INSEGURIDADES E INJUSTICIAS DERIVADAS DE LA SITUACIÓN ACTUAL

Tras este paseo que nos hemos dado por los últimos seis años de resoluciones en materia de cláusula suelo, conviene reflexionar acerca de la situación actual y más concretamente de las inseguridades e injusticias en las que nos encontramos.

No hay duda de que la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia tendrá su eco en los tribunales españoles, de hecho ya lo está teniendo. Así, el Juzgado de Primera Instancia nº 10 de Oviedo, el mismo día 21 de diciembre de 2016 dictó ya la primera sentencia que citando la resolución del tribunal europeo y amparándose en su fundamentación, declaró la nulidad de la estipulación contractual, condenando a la devolución íntegra de las cantidades. Hizo pronto sus deberes el Juzgado, si bien consideramos -una vez más-, que la decisión de imponer las costas a la parte vencida en un supuesto en el que se

está amparando esencialmente en su «*ratio decidendi*» en una sentencia dictada ese mismo día por el tribunal europeo en contra de la tesis sostenida hasta el momento por el Tribunal Supremo, es un tanto radical (no se puede negar que han existido sendas dudas de derecho sobre este particular, especialmente en procedimientos iniciados con anterioridad a que se dictase tal pronunciamiento).

Igualmente han acogido ya está doctrina del TJUE otros órganos judiciales como la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 5ª, Sentencia de 29 de diciembre de 2016, rec. núm.2116/2016); la Audiencia Provincial de Lugo (Sección 1ª, Sentencia de 4 de enero de 2017, rec. núm. 163/2016); la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección nº 1, Sentencia de 11 de enero de 2017, rec. núm. 349/2016).

Ahora bien, siguen quedando numerosas «*zonas grises*», poco claras, sobre las que la polémica sigue latente (año tras año), y otras que se han generado *ex novo* a razón de las últimas novedades legislativas y jurisprudenciales. Seguidamente nos referiremos a las que consideramos presentan mayor interés.

(i) El supuesto de los casos ya enjuiciados

Una de las primeras dudas que se han planteado al común de los operadores jurídicos, plataformas de afectados, y demás interesados, es si las «*nuevas reglas*» impuestas por el Tribunal de Justicia en torno a la retroactividad de las cláusulas suelo, son susceptibles de generar efectos en los casos que ya fueron enjuiciados.

En este punto, considero que lo juzgado, juzgado está. Después de todo el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea, parece haber cerrado la puerta a la posibilidad de revisar los supuestos ya juzgados, desde el momento en que en el apartado 68 de su fundamentación jurídica, no duda en afirmar que «*la protección del consumidor no es absoluta*». Tanto es así que «*el Derecho de la Unión no obliga a un tribunal nacional a dejar de aplicar las normas procesales internas que confieren fuerza de cosa juzgada a una resolución, aunque ello permitiera subsanar una infracción de una disposición, cualquiera que sea su naturaleza,*

(46) Noticia publicada el 18 de enero de 2017 en Diario LA LEY, bajo el título «*Facua advierte de que algunos despachos se quedan con parte de lo recuperado por cláusulas suelo*».

(47) GEERTSEN, GEERT (ERASMO DE ROTTERDAM). *Institutio Principis Christiani*, 1516 «*Conviene que las leyes sean las menos posibles, que sean justísimas, dirigidas al bien común, conocidas al detalle por el pueblo, por lo que los antiguos las exhibían públicamente escritas sobre un tablero blanco (el llamado "ábum"), para que fuesen vistas por todos. Es feo que algunos hagan uso de las leyes como si fuesen trampas para enredar en ellas al mayor número posible, no como quien vela por el interés de la república, sino como quien captura una presa. Finalmente, redáctense las leyes con palabras claras y sin ambigüedad alguna, para que no haya necesidad de ese costosísimo linaje de hombres que se llaman juriconsultos y abogados*».

contenida en la Directiva 93/13». De ello se deduce -confirma el tribunal- «que el Tribunal Supremo podía declarar legítimamente, en la sentencia de 9 de mayo de 2013, que esta última no afectaba a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales anteriores con fuerza de cosa juzgada».

Ante las palabras del tribunal europeo y el peso que tiene en nuestro ordenamiento jurídico-procesal el instituto de la cosa juzgada, la doctrina se ha mostrado prácticamente unánime a la hora de desechar la posibilidad de re-juzgar lo juzgado⁽⁴⁸⁾.

Si bien existe alguna excepción que apunta la posibilidad de que se podría interponer una demanda de revisión de sentencias frente a todos los pronunciamientos resueltos a partir de 9 de mayo de 2013, tanto por el Tribunal Supremo como por otros Juzgados y tribunales⁽⁴⁹⁾. No podemos compartir dicha opinión. El procedimiento de revisión de sentencias firmes está previsto para supuestos tasados y recogidos en el artículo 510 de la Ley Rituaria Civil, entre los que no parece que pueda ser subsumible -ni siquiera en términos muy forzados- esta pretensión.

Cumple destacar que estos efectos de cosa juzgada son predicables no sólo de los procedimientos declarativos finalizados en Sentencia, sino también de los convenios homologados judicialmente, o de los Autos por los que se resuelve una oposición en el seno de un procedimiento ejecutivo.

Mayor dificultad presenta el supuesto en que se resuelve una oposición, dentro del procedimiento de ejecución, en el que se haya opuesto el deudor por otras causas distintas (o simplemente no haya instado el incidente de oposición). Es decir, aquellos supuestos en que, habiéndose tramitado la ejecución, el deudor no ha denunciado la posible nulidad de tales cláusulas, y pre-

tenda realizar tal denuncia *ex post*, en un procedimiento declarativo.

En estos supuestos *a priori* sería aplicable el instituto de la cosa juzgada virtual o preclusión, pregonado por el artículo 400.2 de nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil. En esta línea ACHON BRUÑEN⁽⁵⁰⁾, quién además recuerda la doctrina del Tribunal Supremo sobre este particular⁽⁵¹⁾, así como la STJUE de 29 de octubre de 2015, por la que se establece que sólo es posible declarar esa preclusión si el plazo extraordinario de un mes para oponerse en virtud de la DT 4ª de la Ley 1/2013, hubiera sido notificado de manera individualizada al deudor (o la ejecución fuera posterior a la entrada en vigor de la norma, se entiende).

La STJUE de 26 de enero de 2017 parece dar un nuevo giro al permitir que en un mismo procedimiento ejecutivo se introduzca por parte del ejecutado el debate de la nulidad de otras cláusulas distintas a las ya analizadas

Sin embargo, la STJUE de 26 de enero de 2017 (Asunto C-421/2014) parece dar un nuevo giro a esta cuestión, pues permite que en un mismo procedimiento ejecutivo en el que ya se había llevado a cabo un examen de oficio de cláusulas abusivas, concluyendo la nulidad de una de ellas, se introduzca posteriormente por parte del ejecutado el debate de la nulidad de otras cláusulas distintas, por considerarlas abusivas. Considera el TJUE que el principio de cosa juzgada debe extenderse únicamente a los supuestos efectivamente enjuiciados, pero no sobre aquellos otros sobre los que no exista pronunciamiento expreso. Aún es pronto para saber si esta doctrina se extenderá más allá del supuesto enjuiciado -el incidente de oposición posterior al examen de oficio de cláusulas abusivas en el seno de una misma ejecución-, pero desde

(48) Véase, entre otros, SOLER SOLÉ, GUILLEM (*TJUE, TS, cosa juzgada y responsabilidad del Estado*. Diario La Ley, no 8905, 20 de enero de 2016); MAGRO SERVET, VICENTE (*Consecuencias de la sentencia del TJUE sobre cláusulas abusivas. Retroactividad de los efectos restitutorios de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo*. Diario LA LEY, no 8901, 16 de enero de 2017); SÁNCHEZ ÁLVAREZ, EDUARDO (ob. cit. «*ut supra*»); ACHÓN BRUÑEN, MARÍA JOSÉ (obra citada «*ut supra*»). Ver nota 1); ANTA GONZÁLEZ, FRANCISCO; JUAN GÓMEZ, MATEO (*Controversia entre los expertos en las primeras reacciones a la sentencia del TJUE sobre las cláusulas suelo*. Diario LA LEY, 21 de diciembre de 2016), o MUÑOZ GARCÍA, CARMEN (ob. cit. «*ut supra*»).

(49) En referencia a la abogada GIMENEZ, CARMEN. *Retroactividad de las cláusulas suelo: qué efectos tiene la sentencia del TJUE y cómo reclamar*. Portal Idealista/news. 22 de diciembre de 2016.

(50) Obra ya citada.

(51) Vid. SSTs 462/2014, de 24 de noviembre (rec. 2962/2012) y 767/2014 de 13 de enero (rec. 1537/2005), por las que se declara que la falta de oposición a la ejecución del ejecutado, pudiendo haberla formulado, determinará la improcedencia de promover juicio declarativo posterior pretendiendo la ineficacia del proceso de ejecución seguido contra él.

luego el razonamiento del Tribunal Europeo parece «amenazar» con ello ⁽⁵²⁾. En efecto, nuevamente una sentencia del tribunal europeo, lejos de aportar seguridad jurídica ha introducido una nueva zona de confusión en un punto en que la doctrina tenía una conciencia mayoritaria.

(ii) *El supuesto de los casos en los que se ha alcanzado acuerdo entre las partes*

En esta línea el diario «El Confidencial» publicaba el pasado 8 de enero de los corrientes una noticia, bajo el titular «Excluidos del arbitraje del Gobierno», en el que se planteaba distintas incógnitas, y en especial el impacto que podían tener en los casos en que las partes hubieran alcanzado algún tipo de acuerdo extrajudicial. El rotativo

afirmaba que la vía judicial la tenían sino cerrada, sí muy complicada. Afirmando que, a tenor de la polémica surgida en su día con las cláusulas suelo, las entidades financieras habían decidido en muchos casos hacer uso de un plus de diligencia, y pedir al consumidor que éste redactase de su puño y letra su renuncia al ejercicio de acciones legales, así como un documento en el que asegurase comprender los efectos adversos de la cláusula suelo y aceptarlos expresamente.

En este punto encontramos posiciones antagónicas en el seno de la doctrina. Por ejemplo ZUNZUNEGUI ⁽⁵³⁾ lo tiene claro, y ha advertido que no pueden pedirse del consumidor «heroicidades» y considera que estos pactos no deben limitar la capacidad de demandar, siendo revi-

(52) Esta Sentencia apunta: «44. No obstante, como se ha expuesto en el apartado 38 de la presente sentencia, en el presente asunto el juez nacional ya ha examinado el contrato sobre el que versa el litigio principal a la luz de la Directiva 93/13 y ya ha declarado, al término de ese examen y mediante una resolución que ha pasado en autoridad de cosa juzgada, que una de las cláusulas de ese contrato era abusiva. 45. En este marco, procede dilucidar si, en tales circunstancias, la necesidad de reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y las obligaciones del profesional y del consumidor por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstos impone al órgano jurisdiccional remitente la obligación de proceder de oficio a un nuevo control judicial de ese contrato, en contra de las normas procesales nacionales que aplican el principio de cosa juzgada. 46. A este respecto, procede recordar en primer lugar la importancia que tiene, tanto en el ordenamiento jurídico de la Unión como en los ordenamientos jurídicos nacionales, el principio de cosa juzgada. Así, el Tribunal de Justicia ya ha tenido ocasión de precisar que, con el fin de garantizar tanto la estabilidad del Derecho y de las relaciones jurídicas como la recta administración de la justicia, es necesario que no puedan impugnarse las resoluciones judiciales que hayan adquirido firmeza tras haberse agotado las vías de recurso disponibles o haber expirado los plazos previstos para el ejercicio de tales recursos (véase, en particular, la sentencia de 6 de octubre de 2009, *Asturcom Telecomunicaciones*, C-40/08, EU:C:2009:615, apartados 35 y 36). 47. Asimismo, el Tribunal de Justicia ya ha admitido que la protección del consumidor no es absoluta. En particular, ha declarado que el Derecho de la Unión no obliga a un tribunal nacional a dejar de aplicar las normas procesales internas que confieren fuerza de cosa juzgada a una resolución, aunque ello permitiera subsanar la infracción de una disposición, cualquiera que sea su naturaleza, contenida en la Directiva 93/13 (véanse, en este sentido, las sentencias de 6 de octubre de 2009, *Asturcom Telecomunicaciones*, C-40/08, EU:C:2009:615, apartado 37, y de 21 de diciembre de 2016, *Gutiérrez Naranjo y otros*, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, EU:C:2016:980, apartado 68), salvo que el Derecho nacional confiera a tal tribunal esa facultad en caso de vulneración de normas nacionales de orden público (véase, en este sentido, la sentencia de 6 de octubre de 2009, *Asturcom Telecomunicaciones*, C-40/08, EU:C:2009:615, apartado 53). 48. El Tribunal de Justicia ha precisado igualmente que, según el Derecho de la Unión, el principio de tutela judicial efectiva de los consumidores no exige que exista una doble instancia judicial, sino que es suficiente con garantizar el acceso a un único tribunal (véase, en este sentido, la sentencia de 17 de julio de 2014, *Sánchez Morcillo y Abril García*, C-169/14, EU:C:2014:2099, apartado 36 y jurisprudencia citada). 49. De lo anteriormente expuesto se deduce que la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una disposición nacional, como la que resulta del artículo 207 de la LEC, que impide al juez nacional realizar de oficio un nuevo examen del carácter abusivo de las cláusulas de un contrato celebrado con un profesional cuando ya existe un pronunciamiento sobre la legalidad del conjunto de las cláusulas del contrato a la luz de la citada Directiva mediante una resolución con fuerza de cosa juzgada, extremo éste que incumbe verificar al órgano jurisdiccional remitente. 50. Hecha esta precisión, resulta de la resolución de remisión que, en este caso, la norma procesal relativa a la fuerza de cosa juzgada contenida en el artículo 207 de la LEC prohíbe al juez nacional no solamente volver a examinar la legalidad, a la luz de la Directiva 93/13, de las cláusulas de un contrato sobre la que ya ha habido un pronunciamiento mediante resolución firme, sino también apreciar el eventual carácter abusivo de otras cláusulas de ese mismo contrato. [...]

En el supuesto de que, en un anterior examen de un contrato controvertido que haya concluido con la adopción de una resolución con fuerza de cosa juzgada, el juez nacional se haya limitado a examinar de oficio, a la luz de la Directiva 93/13, una sola o varias de las cláusulas de ese contrato, dicha Directiva impone a un juez nacional, como el del presente asunto, ante el cual el consumidor ha formulado, cumpliendo lo exigido por la norma, un incidente de oposición, la obligación de apreciar, a instancia de las partes o de oficio, cuando disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello, el eventual carácter abusivo de las demás cláusulas de dicho contrato. En efecto, en ausencia de ese control, la protección del consumidor resultaría incompleta e insuficiente y no constituiría un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de ese tipo de cláusulas, en contra de lo que establece el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de marzo de 2013, *Aziz*, C-415/11, EU:C:2013:164, apartado 60)»

(53) ZUNZUNEGUI, FERNANDO. *Controversia entre los expertos en las primeras reacciones a la sentencia del TJUE sobre las cláusulas suelo*. Diario LA LEY, 21 de diciembre de 2016.

sables y permitiendo, a la postre, reclamar la totalidad del importe pagado de más desde el inicio del préstamo.

En la misma línea cabe citar a ACHÓN BRUÑÉN⁽⁵⁴⁾. Igualmente a JOSU GÓMEZ⁽⁵⁵⁾, quién pone el acento en la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2015 y en el concepto de «*contrapartida apreciable*», de tal modo que de no existir ésta lo que se estaría realizando, en el fondo, es una suerte de moderación de una estipulación nula en beneficio de una de las partes, sin que la otra goce de verdadera libertad o interés.

En contra de dicha postura encontramos a MAGRO SERVET⁽⁵⁶⁾ o a PAZOS CASTRO⁽⁵⁷⁾, quién además nos recuerda que la jurisprudencia europea reconoce el derecho del consumidor a una protección efectiva «*comprende la facultad de renunciar a hacer valer sus derechos*», incluyendo «*renunciar a que no se aplique una cláusula abusiva*» (Sentencia Sales Sinués, apartados 25 y 40⁽⁵⁸⁾).

En lo que refiere a pronunciamientos judiciales, la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza ha establecido una doctrina consolidada⁽⁵⁹⁾ al respecto de la nulidad de este tipo de pactos, que concluye en la imposibilidad de convalidar una cláusula nula mediante su sustitución por otra que sea más favorable a los intereses del consumidor aunque se contuviera expresamente la renuncia a la acción de nulidad por parte de éste último. Tales conclusiones las ampara tanto en el principio de que lo que es nulo no puede producir ningún tipo de efecto (*quod nullum est, nullum effectum producit*), como en la psicología del consumidor que actúa -entiende el tribunal- más movido por el temor a la aplicación de la cláusula y la búsqueda de una solución, que por una voluntad real de negociar.

Por otro lado, por ejemplo, encontramos al Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Córdoba que este mes de enero ha desestimado una demanda de nulidad interpuesta por unos consumidores que habían renunciado a la acción en 2015, con ocasión de un acuerdo extrajudicial firmado con la entidad financiera.

Por mi parte, no puedo sino alinearme en favor de esta segunda tesis, y pese a ser consciente de que futuros pronunciamientos del Tribunal Supremo o del Tribunal de Justicia de la Unión, puedan hacer que se decante la

balance hacia la primera de las posturas. Mientras tanto, entiendo que al amparo del principio de libre autonomía de las partes, consagrado en el artículo 1255 Cc ha de reconocerse validez a este tipo de acuerdos. Máxime si atendemos a la circunstancia de que la cláusula suelo es, en esencia, una estipulación lícita que sólo devendrá nula caso de que no haya sido incorporada al contrato respetando unos estándares informativos y de transparencia que permitan al cliente una comprensión real del alcance de aquello que contrata.

Nótese, por tanto, la cercanía que presenta el control de transparencia con el correspondiente al error en el consentimiento, pues ambos ponen el acento en la comprensión por parte de la parte débil, de los riesgos y consecuencias de aquello que contrata. Pues bien, pese a que en un momento originario puede que el cliente no tomara conocimiento real y completo de aquél acuerdo contractual, nada empece en que dicha comprensión se dé en un momento posterior, y se decida libremente (i) aceptar la inclusión de la cláusula suelo en su contrato; (ii) renunciar a la acción.

Estamos de acuerdo con JOSU GÓMEZ en que para que ese acuerdo no esté nuevamente viciado, será necesario que el cliente conozca al momento de firmar todas las implicaciones derivadas de la inclusión de la cláusula suelo en su contrato, incluida la posibilidad de reclamar la nulidad de la estipulación. Si aún y así, conociendo todo ello, y por las razones que sean (sea por el ofrecimiento de una contraprestación razonable, o simplemente para evitar la experiencia de pasar por un procedimiento judicial) decide renunciar a la acción, entiendo que dicha renuncia ha de desplegar sus efectos.

(iii) Las reclamaciones interpuestas por los no consumidores

En principio el control de transparencia material, fundamento para la declaración de nulidad de las cláusulas suelo, es predicable únicamente de los consumidores.

Baste con recordar en este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2016 (STS núm. 367/2016), en la que el Alto Tribunal subraya que el control de transparencia no se extiende a la contratación bajo

(54) Obra ya citada.

(55) Obra citada *ut supra*.

(56) Obra ya citada.

(57) PAZOS CASTRO, RICARDO. *Retroactividad de la nulidad de la cláusula suelo. A propósito de la STJUE de 21 de diciembre de 2016 (Gutiérrez Naranjo)*. Diario LA LEY. No 8888, de 23 de diciembre de 2016.

(58) STJUE de 14 de abril de 2016 (C-381/14 y C-385/14).

(59) Véanse entre otras las SSAP Zaragoza, Sección 5ª, de 14 de marzo de 2016, 11 de octubre de 2016, 9 de noviembre de 2016, 11 de noviembre de 2016 o 22 de noviembre de 2016.

condiciones generales en que el adherente no tiene la condición legal de consumidor⁽⁶⁰⁾.

Pese a todo, tampoco en este campo podemos hablar de unanimidad en el seno de la jurisprudencia menor. Así, recientemente el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Jaén (Sentencia de 4 de noviembre de 2016, PO 22/2016) ha declarado la nulidad de una cláusula suelo de un préstamo hipotecario celebrado con una mercantil que actuaba en la esfera de su actividad empresarial. El Juzgado no aplica formalmente el control de transparencia, que confiesa no es predicable de un no consumidor, pero entiende que no supera la cláusula el control de inclusión...ahora bien, tras una lectura de su fundamentación jurídica no puede evitarse el pensamiento de que en el fondo, si bien no use el «nomen», está aplicando el control de transparencia material al caso concreto.

Tampoco en este campo podemos hablar de unanimidad en el seno de la jurisprudencia menor

Del mismo modo la Audiencia Provincial de Toledo, Sección 2ª, dictó el 18 de octubre de 2016 la Sentencia número 579/2016 (rec. 69/2015) por la que declara la nulidad de una cláusula suelo pactada por un no consumidor, sobre la base del principio de buena fe y el desequilibrio de las prestaciones.

No obstante, pese a tales reticencias, parece que la postura mayoritaria -y técnicamente más cercana a las tesis del Tribunal Supremo- invita a desechar tal posibilidad.

(iv) La figura del fiador de una operación que no es de consumo

En lo que supone, a mi parecer, un choque frontal con la doctrina clásica del contrato de fianza, inspirada en la naturaleza accesoria de la misma frente al negocio principal, surge el debate en torno a si es posible predicar la nulidad de la cláusula suelo -o de otras cláusulas abusivas- únicamente respecto del fiador y no del deudor principal.

En principio, si el negocio principal se ha celebrado en el marco de la actividad profesional del deudor, tal naturaleza debiera ser predicable también de los negocios que resultaren accesorios de éste.

Sin embargo, el Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 19 de noviembre de 2015 (asunto C-74/15, Dumitru Tarcău/Banca Comercială Intesa), ha declarado;

«Los artículos 1, apartado 1, y 2, letra b), de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, deben interpretarse en el sentido de que dicha Directiva puede aplicarse a un contrato de garantía inmobiliaria o de fianza celebrado entre una persona física y una entidad de crédito para garantizar las obligaciones que una sociedad mercantil ha asumido contractualmente frente a la referida entidad en el marco de un contrato de crédito, cuando esa persona física actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional y carezca de vínculos funcionales con la citada sociedad».

Así las cosas, parece desprenderse de dicho pronunciamiento que si el fiador no ostenta vínculos funcionales con el deudor principal y no actúa al otorgar la garantía, dentro de la esfera de su actividad profesional, puede ser declarada la nulidad de alguna estipulación respecto de él, manteniéndose vigente respecto del deudor principal.

Solución un tanto esquizofrénica -permítaseme la expresión- que ha sido asumida por algunas audiencias provinciales y obviada por otras⁽⁶¹⁾.

(v) Posible responsabilidad del Estado

Otra cuestión que resuena con fuerza en los últimos días, es si cabe la posibilidad de que todos aquellos que se vean impedidos de reclamar las cantidades satisfechas con anterioridad al 9 de mayo de 2013, por así haberlo dispuesto el Tribunal Supremo en una doctrina contraria al ordenamiento comunitario; pueden reclamar responsabilidad del Estado.

Téngase presente que la nueva Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, prevé en su artículo 32.5 la posibilidad de exigir responsabilidad patrimonial al Estado que ha dictado una norma que posteriormente haya sido declarada contraria al Derecho de la Unión Europea.

Esta referencia expresa a una «norma» hace concluir a ACHÓN BRUÑÉN⁽⁶²⁾ que tal precepto no puede ser de aplicación al caso que nos preocupa, por cuanto la Sentencia del Tribunal Supremo no es una «norma» *strictu sensu*, ni apoya su decisión en una norma expresa. Más

(60) Resolución que, una vez más, cuenta con el voto particular del magistrado don Francisco Javier Orduña Moreno.

(61) Entre las que la han observado podemos citar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 6ª, de 18 de noviembre de 2016, rec. 432/2016. Entre las que lo han omitido, podemos traer a colación la Sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, Sección 4ª, auto de 16 de febrero de 2016 (rec. 339/2015).

(62) Obra citada anteriormente.

aún pretende ajustarse a la doctrina del Tribunal europeo, desde el momento en que ampara su decisión -con mayor o menor fortuna- en la STJUE de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb, que deja abierta la posibilidad de limitar los efectos de la nulidad por cláusulas abusivas en determinados supuestos.

Como nos recuerda la autora citada, una violación del Derecho de la Unión está suficientemente caracterizada cuanto «se ha producido con un desconocimiento manifiesto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la materia», algo que no parece predicable del caso concreto.

Parte de la doctrina ha venido a defender que la principal «irregularidad» en que ha incurrido el Alto Tribunal fue no presentar una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia, motivada por el riesgo de que limitar temporalmente los efectos de la nulidad, pudiera suponer una vulneración del ordenamiento comunitario. Sin embargo, reconocen la dificultad de construir sobre este punto una reclamación de responsabilidad patrimonial⁽⁶³⁾.

Otros autores, como MUÑOZ GARCÍA⁽⁶⁴⁾, dejan apuntada la vía de la responsabilidad patrimonial, pero sin realizar un estudio en profundidad acerca de la posibilidad o no de acudir a este mecanismo restitutorio.

Por su parte, SÁNCHEZ ÁLVAREZ⁽⁶⁵⁾ focaliza la posible responsabilidad del Estado no en la Ley de Régimen Jurídico, sino en la LOPJ, y más concretamente en la responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia (arts. 292 a 297 LOPJ) y en la figura del «error judicial».

Ahora bien, conviene recordar que en virtud del artículo 292.3 LOPJ «la mera revocación o anulación de las resoluciones judiciales no presupone por sí sola derecho a indemnización», por lo que se me antoja harto complicado poder reclamar responsabilidad del Estado. Máxime en un supuesto en que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ya se había pronunciado sobre la posibilidad de limitar los efectos de la nulidad, en su sentencia de 21 de marzo de 2013, reciente por aquél entonces, y aun ahora en su Sentencia de 21 de diciembre, parece dar por hecha dicha posibilidad, al repetir en varias ocasiones que los efectos *ex tunc* son la norma que «en principio» debe ser aplicada.

(vi) ¿Cabrá limitar en algunos casos la retroactividad?

Esta duda no es baladí, y a mi modo de ver supone una clara muestra de la inconcreción de la STJUE de 21 de diciembre de 2016.

Recordemos que en su Sentencia de 21 de marzo de 2013, en la que se ampara la STS de 9 de mayo de 2013, reconoce la posibilidad de limitar los efectos de la nulidad cuando se cumplan determinados condicionantes, en aras al principio de seguridad jurídica: (i) la buena fe de los círculos interesados; (ii) el riesgo de trastornos graves.

Considero que su reciente resolución, hubiera sido una buena oportunidad para el Tribunal europeo de desarrollar y perfilar mejor estas condiciones, así como de contrastarlos con el caso concreto a fin de aclarar por qué en el caso de las cláusulas suelo no se cumple el requisito de buena fe, o el de trastornos graves. Después de todo, de cumplirse ambos, podríamos concluir que el STS sí se ajustó al Derecho de la Unión.

Y así por mantener un indeseado halo de confusión que atenta directamente frente al principio de seguridad jurídica que es de continua invocación por los tribunales (y lesionado con la misma frecuencia por estos mismos), en sus apartados 61 y 62, llega a hacer uso de la expresión «en principio», hasta en tres ocasiones. En concreto, advierte:

1. Que procede considerar, *en principio*, que una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido, de manera que no podrá tener efectos frente al consumidor.
2. Que la declaración judicial del carácter abusivo de tal cláusula debe tener como consecuencia, *en principio*, el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula.
3. Que dejar sin aplicación una cláusula contractual abusiva que imponga el pago de importes que resulten ser cantidades indebidamente pagadas genera, *en principio*, el correspondiente efecto restitutorio.

Seguimos confusos.

Se esperan ahora las reacciones del Tribunal Supremo, que en este mes de febrero ha de resolver acerca de sendos recursos de casación, así como sobre la conveniencia de plantear nuevas cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Es de prever, por tanto, que el siguiente capítulo de esta historia -que no será el definitivo- se escriba muy pronto.

(63) Ver PAZOS CASTRO, RICARDO, obra citada *ut supra*.

(64) Ob. cit.

(65) Ob. cit.

Amén de las dudas expuestas, y para terminar con nuestras reflexiones, queremos exponer lo que consideramos una **triple injusticia** que indefectiblemente se deriva de la STJUE de 21 de diciembre de 2016. A saber (i) «los efectos» que la misma tendrá sobre las personas que ya han reclamado; (ii) los efectos que la misma tendrá sobre las entidades financieras «cumplidoras» que han apostado por preservar los intereses de sus clientes; (iii) los efectos que tendrá sobre la próxima «generación» de prestatarios.

Es de prever que el siguiente capítulo de esta historia –que no será el definitivo- se escriba muy pronto

No deja de ser paradójico que en el campo de las cláusulas suelo, en el que llevamos ya en torno a siete años de litigios y reclamaciones, los afectados que vayan a obtener un mayor nivel de protección sean, precisamente, los que han permanecido inactivos durante todo este lapso temporal.

Así muchos que fueron pioneros en este tipo de reclamaciones obtuvieron por toda recompensa sentencias desestimatorias de sus pretensiones, a lo peor incluso con condena en costas. Éstos habrán presenciado, no sin evidente frustración, cómo los que demandantes que han venido detrás han obtenido primero la nulidad de la cláusula, después la nulidad y la recuperación parcial de las cantidades, y finalmente la recuperación total de éstas.

Al otro lado de la calle encontramos las entidades financieras que ante el pronunciamiento del Tribunal Supremo decidieron libre y unilateralmente inaplicar sus cláusulas suelo, de tal suerte que sus clientes se vieran liberados de sus efectos sin necesidad de interponer reclamación judicial o extrajudicial y sin la previa firma de documento de renuncia de ningún tipo. Estas entidades financieras «cumplidoras», han quedado mucho más expuestas frente a futuras reclamaciones que aquellas otras que porfiaron en su defensa de la licitud de sus cláusulas, alcanzando acuerdos con sus clientes -previa renuncia de los mismos- o remitiendo a estos a reclamaciones judiciales.

Por último, estamos «los que venimos detrás». Todos aquellos ciudadanos que solicitaremos en un futuro un préstamo hipotecario. ¿Acaso no vamos nosotros a vernos damnificados por esos «graves trastornos económicos» que apuntaba el Tribunal Supremo? Parece evidente que un efecto colateral de las últimas sentencias judiciales será un incremento de las condiciones económicas de las operaciones financieras. Un mayor coste del que se hacen eco todos los medios de comunicación y analistas financieros⁽⁶⁶⁾. La frustrante realidad es que el acceso al mercado de la vivienda por la generación más joven (no digamos ya el escenario que se le presenta a las venideras) es cada vez más dificultoso, y se traduce, a su vez, en un exponencial incremento del precio de los alquileres (en torno a un 16%), que en Madrid y Barcelona ya han alcanzado máximos históricos.

Como ya apuntara en su día el polifacético Arturo Frondizi: «*El quebrantamiento de la seguridad jurídica origina incertidumbre y promueve inestabilidad*».

(66) A título de ejemplo puede leerse la noticia publicada en «El País» el pasado 18 de enero de 2017, bajo la rúbrica «*Los litigios y la perspectiva de tipos más altos encarecen las hipotecas*».