

## **CONTRA LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE CLÁUSULAS SUELO: HAY QUE DEVOLVER LAS PRESTACIONES<sup>1</sup>**

**Lourdes García Montoro**

Centro de Estudios de Consumo

Universidad de Castilla-La Mancha

Tras la publicación de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 parecía que el problema de la abusividad de las cláusulas suelo en los préstamos hipotecarios, aunque con limitaciones, tocaba a su fin. Como es sabido, la STS declara la nulidad de las cláusulas suelo de las entidades demandadas por considerar que no cumplen los requisitos de transparencia que permiten al consumidor conocer con claridad y sencillez los efectos jurídicos y económicos que derivan de la inclusión de la cláusula en el contrato. Un pronunciamiento muy llamativo ha sido el que declara los efectos irretroactivos de la sentencia, impidiendo que el consumidor recupere las cantidades pagadas como consecuencia de la aplicación de la cláusula ahora declarada nula.

Pero la decisión adoptada por el Tribunal Supremo empieza a encontrar desertores. La primera en apartarse de la reciente doctrina sentada por el TS ha sido la Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Ourense, en su sentencia de 13 de mayo de 2013, seguida de la Magistrada-Juez del Juzgado de lo Mercantil número dos de Málaga, en su sentencia de 23 de mayo de 2013. En la misma línea se han pronunciado recientemente el Juzgado de Primera Instancia de Barcelona en Auto de 31 de mayo de 2013 y el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao en Sentencia de 19 de junio de 2013.

---

<sup>1</sup> Trabajo realizado dentro del Proyecto de Investigación "Impacto regional de la reciente regulación sobre Derecho de Consumo: el régimen del arbitraje y mediación de consumo, el TR de la LGDCU y la Directiva 29/2005, de prácticas comerciales abusivas", de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

### **Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013: imposibilidad de exigir la restitución de prestaciones**

En el fundamento jurídico decimoséptimo de la sentencia el TS expone las razones por las que declara la irretroactividad de la misma. Reconoce en el párrafo 283 que *"como regla, nuestro sistema parte de que la ineficacia de los contratos –o de alguna de sus cláusulas, si el contrato subsiste–, exige destruir sus consecuencias y borrar sus huellas como si no hubiesen existido y evitar así que de los mismos se deriven efectos, de acuerdo con la regla clásica quod nullum est nullum effectum producit (lo que es nulo no produce ningún efecto). Así lo dispone el artículo 1303 del Código Civil [...]."*

Sin embargo, a partir del párrafo 287, facilita el Tribunal su argumentación a favor de la posibilidad de limitar la regla general de eficacia retroactiva de las declaraciones de nulidad. Concretamente se refiere a los principios generales del Derecho, entre los que destaca el de seguridad jurídica del artículo 9.3 CE, considerando que, de declararse la retroactividad de la sentencia, se generaría *"el riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico"*. También encuentra el Tribunal argumentos a favor de la limitación de la retroactividad con base en las exigencias del principio de seguridad jurídica en la jurisprudencia del TJUE, del Tribunal Constitucional o de su propia Sala, y los recoge en los párrafos 289-292.

Para valorar si su decisión debe tener o no efectos retroactivos, acude el Tribunal a los siguientes criterios:

- Licitud de la cláusula suelo
- Razones objetivas que justifican la inclusión de la cláusula en contratos a interés variable
- Frecuencia con la que ha sido utilizada por la entidad y tolerada por la sociedad (desde 2004)
- La abusividad de la cláusula deriva de la falta de transparencia, no de su ilicitud intrínseca
- Mantenimiento del rendimiento mínimo de los activos del préstamo hipotecario para sufragar los costes de producción
- Insuficiencia de la información debida al consumidor
- Sustitución del acreedor permitida por la Ley 2/1994

Por estas razones decide el Tribunal que *"procede declarar la irretroactividad de la presente sentencia, de tal forma que la nulidad de las cláusulas no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esta sentencia."*

Esta decisión obliga al consumidor a soportar los efectos ya producidos por la aplicación de una cláusula abusiva. La decisión del Tribunal niega el derecho de los consumidores a la restitución de lo indebidamente cobrado, con el fin de evitar trastornos graves al orden público, sin que los consumidores sean indemnizados por este sacrificio especial de sus derechos<sup>2</sup>.

El hecho de que las cantidades a restituir por parte de las entidades demandadas fueran muy elevadas, no parece justificar la falta de retroactividad de la sentencia. El sacrificio de los derechos del consumidor a ver compensada la violación de sus derechos, que en otra situación probablemente conllevaría la necesidad de restituir las prestaciones indebidamente percibidas por la aplicación de una cláusula declarada nula, no resultaría equilibrada en comparación con los beneficios que han percibido las entidades financieras hasta la publicación de la sentencia.

### **Pronunciamientos de los Juzgados inferiores con posterioridad a la Sentencia del Tribunal Supremo: obligación de restituir las prestaciones cobradas indebidamente**

Procede en este punto referirse a los argumentos que han utilizado aquellos Juzgados que se han apartado de la decisión adoptada por el Tribunal Supremo, fallando a favor de la devolución de las prestaciones cobradas indebidamente.

En el caso resuelto por el Juzgado de Málaga mediante sentencia de 23 de mayo de 2013, solicitan los demandantes la nulidad de la cláusula suelo incorporada a su préstamo hipotecario por considerarla abusiva y la restitución de las cantidades abonadas como consecuencia de la aplicación de la referida cláusula.

El Juzgado malagueño sigue el criterio del TS en el sentido de considerar la cláusula suelo como condición general de la contratación, que por sí misma no es abusiva, sino que se considera tal por faltar a los requisitos de transparencia que permiten al consumidor tener un conocimiento efectivo de los efectos jurídicos y económicos que conlleva la inclusión de la cláusula en el contrato. La cláusula suelo es nula, pero subsiste el resto del contrato.

Sin embargo, por lo que respecta a la restitución de las prestaciones cobradas por la entidad bancaria como consecuencia de la aplicación de la cláusula suelo, se aparta el Juzgado de la doctrina del TS y obliga a que se restituyan dichas prestaciones al consumidor. Tal y como se recoge en la sentencia *“como consecuencia de la nulidad declarada deben restituirse las prestaciones derivadas de la nulidad de la cláusula (artículo 1303 CCiv), consecuencia lógica de la declaración de nulidad, sin que sean de aplicación en este punto y al presente caso, las conclusiones que se alcanzan en la sentencia del Tribunal Supremo citada de 9 de mayo de 2013, que declara la irretroactividad de la sentencia, invocando el principio de seguridad jurídica recogido en el artículo 9.3 CE, por el riesgo que para el sistema económico español pudiera suponer esa declaración de la obligación de restituir las prestaciones, teniendo los Jueces y Tribunales el deber inexcusable de*

---

<sup>2</sup> CORDERO LOBATO, E., *“Nulidad de cláusulas suelo no transparentes: ¿puede el consumidor recuperar los pagos excesivos? (STS, Sala de lo Civil, 9 de mayo de 2013)”*, CESCO, <http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/30/clausulas.pdf>

*resolver los asuntos conforme al sistema de fuentes establecido (artículo 1.7 CCiv), que establece la primacía de la Ley (artículo 1303 CCiv) sobre la jurisprudencia (artículo 1 CCiv)."*

El propio Juzgado de Málaga reconoce en el texto de la sentencia apartarse de la decisión adoptada por el Tribunal Supremo, justificando su decisión en el deber de los Jueces y Tribunales de resolver los asuntos de conformidad con el sistema de fuentes recogido en el artículo 1 del CCiv. De ahí, que el Juzgado haya otorgado prioridad a la aplicación de la norma general del artículo 1303 CCiv, que declara la eficacia retroactiva de las declaraciones de nulidad.

En contra de lo dispuesto por el TS, el fallo de la sentencia del Juzgado de Málaga condena a la entidad demandada a la devolución a los prestatarios de las cantidades abonadas de más como consecuencia de la aplicación de la cláusula suelo, y a la devolución de todas las cantidades que estos vayan pagando de más por la aplicación de la cláusula suelo durante la tramitación del procedimiento, incluyendo intereses legales devengados desde la fecha de cada cobro y hasta la resolución definitiva del pleito.

Por su parte, el Juzgado de Primera Instancia de Barcelona en su Auto de 31 de mayo de 2013, apreció la nulidad de la cláusula suelo por falta de transparencia, que no de equilibrio, en sintonía con el pronunciamiento del Tribunal Supremo. Sin embargo, en el fundamento jurídico vigesimoprimeros se decanta el juzgado a favor de la restitución al deudor de todas las cantidades que se le hayan cobrado de más en aplicación de una cláusula declarada nula, y ello por considerar que no concurren las circunstancias apreciadas en el caso resuelto por el TS, pues *"no se aprecian razones de seguridad jurídica o de orden público económico para excluir el efecto clásico e inherente de la declaración de nulidad, el restitutorio."*

### **Limitación de la retroactividad de las declaraciones de nulidad contra obligación de restituir lo cobrado indebidamente**

El Tribunal Supremo impidió que los consumidores recuperasen las cantidades que habían abonado como consecuencia de la aplicación de una cláusula abusiva. La cláusula suelo se declara abusiva, lo que conlleva su nulidad, y deja de aplicarse; pero los consumidores han estado pagando la demasía hasta el mismo momento de publicación de la sentencia, y no se les reconoce el derecho que, de conformidad con el artículo 1303 CCiv, les correspondería a ver restituida la prestación realizada como consecuencia de la nulidad de una obligación. El Alto Tribunal se decanta por limitar la retroactividad de la declaración de nulidad dando prioridad al principio de seguridad jurídica del artículo 9.3 CE, por considerar que si condenaba a restituir las prestaciones cobradas por la aplicación de la cláusula suelo en todos los contratos bancarios afectados en el caso, podría generar riesgos de alteración del orden público económico.

El Juzgado de Málaga obliga a restituir las prestaciones cobradas indebidamente con fundamento en la regla general de retroactividad de las declaraciones de nulidad del artículo 1303 CCiv, de conformidad con el sistema de fuentes establecido en el artículo 1 CCiv. En el mismo sentido se pronuncia el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Ourense en sentencia de 13 de mayo de 2013, que en

relación a la decisión del Tribunal Supremo considera que *"no puede obviar que la aplicación del criterio retroactivo que allí se efectúa, al margen de ser un pronunciamiento que efectúa la Sala sin que haya sido pedido por ninguna de las partes en primera o segunda instancia y sin que se haya permitido a las partes alegar lo que estiman al respecto, vulnera el principio de tutela judicial efectiva, pero es que a mayores pretender la aplicación analógica de la retroactividad trayendo aquí las previsiones contenidas en otras leyes (Ley de procedimiento administrativo, Ley de patentes...) sólo es posible de conformidad con lo previsto en el art. 4 del Código Civil cuando exista una laguna legal."* Por estas razones considera la Juzgadora que es de aplicación el artículo 1303 CCiv, y que procede la restitución de las prestaciones.

El Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao en su reciente sentencia de 19 de junio de 2013, justifica los efectos retroactivos de la nulidad de la cláusula suelo declarada abusiva, lo cual determina la restitución de las prestaciones cobradas indebidamente, por considerar que *"no puede decirse que devolver al demandante el importe reclamado pueda generar ningún riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico"*. El pronunciamiento del TS trae consecuencia del examen de un caso concreto, y la decisión adoptada *"no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada"*, y por tanto tampoco a aquellas que puedan decidirse con posterioridad. Tal y como recoge en su sentencia, el Juzgado de Bilbao considera que *"el TS no puede extender en su resolución los efectos de la cosa juzgada de la sentencia hasta el punto de impedir los posteriores juicios que puedan interponer aquellos a los que no se les extiende por ley tales efectos (básicamente, a los que no han sido parte en el procedimiento (art. 223.3 LEC). Y no lo hace."*

La jurisprudencia previa a la Sentencia del Tribunal Supremo se había decantado por condenar a la entidad financiera a la restitución de las prestaciones cobradas por aplicación de cláusulas suelo en sus contratos de préstamo hipotecario, tal y como ocurrió, por ejemplo, en la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Bilbao de 7 de marzo de 2013, que condenó al demandado a reintegrar *"al actor todas las cantidades cobradas en aplicación del tipo mínimo por encima del interés variable más el diferencial fijado, con sus intereses legales desde la fecha de cobro"*<sup>3</sup>.

Cierto es que con anterioridad al pronunciamiento emitido por el Tribunal Supremo el 9 de mayo de 2013 los juzgados inferiores solían decantarse por la devolución de las prestaciones cobradas como consecuencia de la aplicación de la cláusula suelo declarada abusiva, pero recordemos que el Tribunal Supremo es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes (artículo 123.1 CE) y su función es complementar el ordenamiento jurídico con la doctrina que establezca al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho (artículo 1.6 CCiv). Para evitar pronunciamientos dispares, el TS se ocupa de unificar la doctrina

---

<sup>3</sup> GARCÍA MONTORO, L., "La cláusula suelo-techo en el préstamo hipotecario y la prueba de su negociación individual: análisis de algunos pronunciamientos judiciales recientes previos a la Sentencia del Tribunal Supremo sobre cláusulas suelo", Revista CESCO de Derecho de Consumo Nº 5, 2013, <http://cesco.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/278>

y conseguir mayor seguridad jurídica. Por otro lado, el sistema de fuentes atribuye primacía a la Ley, y si los Juzgados y Tribunales aplican la Ley, que está escrita y puede ser conocida por cualquier ciudadano, no tiene por qué crearse inseguridad jurídica a no ser que existan lagunas legales, lo cual no parece ser el caso.