

LA CLÁUSULA SUELO, NUEVAMENTE A LAS PUERTAS DE LA CASACIÓN

Angel Carrasco Perera
Catedrático de Derecho Civil
Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha

Fecha de publicación: 03 de marzo de 2014

El desconcierto reinante

Sin dar tiempo a que se secase la tinta con que fue escrita la STS, Sala 1ª, de 9 mayo 2013, sobre control de validez de la cláusula suelo en contratos hipotecarios, la jurisprudencia menor se rebeló en buena medida contra el extraño constructo argumental de una “nulidad sin retroactividad”, elaborado por la sentencia de casación (§§ 291 y sigts de la sentencia). Emergió entonces un innoble espectáculo de arbitrio y caos, en el que cada juez y tribunal de este país se sintió en la necesidad y con la competencia para interpretar, autorizar, desautorizar, completar, confirmar o restringir el tenor de las declaraciones hechas por la Sala de casación¹.

Yo creo que han tenido que *bailar con la más fea* los jueces y tribunales que respetuosamente se han atenido a la *clara* doctrina sentada por la sentencia de 9 de mayo de 2013. Incluso para quien no esté poco ni mucho convencido de la bondad del discurso casacional, ha de merecer *admiración* cómo todavía un órgano judicial como la sec. 1ª de la Audiencia Provincial de Cáceres puede mostrar, en un país invertebrado y anárquico como España, ese *respeto* ante la superioridad por el que se siente obligado a fallar en contra de su propio convencimiento; o que en la *búsqueda de la paz interior* que permita conciliar la disciplina con el recto sentido jurídico una Sala se vea impelida a construirse un argumentario ad hoc tan difícil de digerir como el que se fabrica la, por demás, muy ponderada secc. 1ª de la AP de Pontevedra en sus Autos de 18 julio 2013 y 13 febrero 2014; o la *nobleza* con la que simplemente *se resigna* ante la superioridad la

¹ AGÜERO ORTIZ, Alicia: “¿Retroactividad o irretroactividad de la eliminación de las cláusulas suelo? O de la rebelión de los Juzgados y Audiencias Provinciales” Nº 6 Revista CESCO de Derecho de Consumo. <http://cesco.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/312/290>

SJMER 3 de Pontevedra (Vigo) de 16 diciembre 2013 (AC 2013/2033)². Las instancias judiciales rebeldes contra la superioridad lo han tenido más fácil, porque no les faltaban argumentos. Unos, mediante la práctica de sutiles distinciones sobre si la sentencia de casación limitaba o no el alcance de su doctrina al ejercicio de acciones colectivas de cesación. Otros, más expeditivamente, mediante el conveniente recordatorio de que jueces y magistrados están sujetos por el art. 117 CE a la Constitución y las Leyes, pero no a la jurisprudencia de casación. Una tercera clase, por apreciar una colisión entre distintas fuentes de derecho (ley y jurisprudencia) y la obligada preponderancia de la fuente de rango prevalente (con la más que implícita acusación de que la decisión del TS incurre en vicio *contra legem* (cfr. SJMER Málaga 2, 23 mayo 2013). Los más sutiles, mediante una retorsión *ad hoc* de la doctrina del TJUE sobre la primacía del Derecho comunitario. Otro discurso considerado procedente ha sido el de revisar la *lista de razones* ofrecidas por el § 293 de la sentencia del TS, para concluir que en el caso que ahora se resuelve no concurren algunas de ellas (por ejemplos, que no existen *ahora* urgencias de seguridad jurídica ni de “orden público económico”, dada la *pequeñez* de la cantidad que se reclama ¡!) Por fin, otros tribunales más comprometidos declinan seguir una doctrina a la que reprochan haber sido formulada con incongruencia procesal y lesión del derecho de tutela judicial efectiva.

Creemos que la situación anárquica ha llegado a su punto máximo de desarrollo posible, desde el momento en que las secciones especializadas de la AP Madrid (sentencia, sección 28ª, 23 julio 2013) y de la AP Barcelona (sentencia, sección 15ª, 16 septiembre 2013) sostienen ya interpretaciones distintas sobre cómo debe entenderse el contenido del § 293 de la sentencia del TS y que en la sala de Barcelona uno de los tres magistrados haya formulado voto particular, lo que hace sospechar que la regla sancionada puede no ser estable.

¿Qué se puede decir en una nueva casación?

Nuevamente, éste es el tiempo en que tiene que pronunciarse la casación. Ya han sido presentados (seguramente admitidos) diversos recursos de casación contra sentencias de apelación posteriores a mayo de 2013. Seguramente, los bancos impugnarán todas las que les resulten desfavorables en este punto. El estado de cosas poco gratificante, que

² “En todo caso, la presente resolución no puede convertirse en una lluvia de ideas a favor o en contra de la resolución de casación, ni este órgano judicial quiere añadir más argumentos en lo que, de facto, ha sido un alineamiento o toma de postura favorable o desfavorable a lo dispuesto por el Tribunal Supremo, como si correspondiese a los jueces de instancia analizar las brechas de tal resolución para escaparse de lo que la misma ordena o armar sus resoluciones añadiendo razonamientos a mayores de los expuestos en la sentencia de casación; tampoco en un argumento para comenzar el fórum shopping soslayando normas de competencia territorial indeclinables- 52.1.14º Lec-; la sentencia del TS es una resolución que, por lo sintéticamente expuesto, constituye doctrina jurisprudencial y afecta por entero a las cláusulas aquí examinadas”.

resulta de que las dos salas jurisdiccionales relevantes de las dos Audiencias más relevantes mantengan pareceres contrapuestos, tiene que ser remediado. La fortuna le ha brindado al tribunal de casación una segunda oportunidad para pronunciarse otra vez sobre este extremo, y se la ha dado en un tiempo relativamente corto. Me imagino que la Sala 1ª estará *deseosa* de retomar este asunto y le dará la prioridad adecuada antes de que el desconcierto, la especulación y el arbitrio resulten incontrolables. Confieso que carezco de intuición alguna sobre qué cosa dirá entonces la Sala Primera.

El estado actual de desarmonía y caos en lo relativo a extremo tan importante como el de las consecuencias restitutorias derivadas de la declaración de nulidad de la cláusula suelo por falta de transparencia es el precipitado inevitable de ese combinado de pretenciosidad locuaz y de inanidad prospectiva que supone la sentencia de 9 mayo 2013. Es claro para todo el mundo que el TS intentó ofrecer una solución transaccional que no enojara por completo a ninguna de las dos partes y, poniendo una vela a Dios y otra al diablo, propuso como compromiso transaccional la novedad de una “nulidad sin retroactividad”. Pero el procedimiento técnico que se eligió para ello era incorrecto, y muy poco convincente el discurso ideológico con el que se quiso presentar en sociedad. Cada uno pensará lo que quiera sobre la conveniencia y justificación de un compromiso de esta clase. La Sala debía haber comprendido que las soluciones intermedias finalmente no satisfacen a ninguno de los contendientes, especialmente a aquel que actúa movido por un fuerte posicionamiento ideológico. Por mi parte, y como siempre he manifestado mi firme creencia de que la cláusula suelo es válida y transparente en todos los sentidos, consentí interpretar la propuesta del TS *in bonam partem* como una suerte de derogación de la norma (no implícita: estaba en la Orden EHA 2899/2011) que legitimaba la validez de la cláusula en cuestión.

Para fundamentar con rigor aquel compromiso, el TS sólo disponía de un recurso técnico, al que no acudió entonces y no sé si podrá hacerlo ahora en la segunda casación sin riesgo de ser tachado de inconstante y tornadizo. Bastaba haber sostenido y argumentado lo siguiente. En su función de desarrollo e integración del Derecho privado, el Tribunal Supremo *decide introducir* un control de validez/eficacia de las cláusulas no negociadas, distinto de los controles de inclusión y de contenido que se formulan en los arts. 80 y 82 LGDCU. Este nuevo instrumento adicional de control, seguiría el argumento, se hace necesario para el trato de cláusulas no negociadas como la examinada, en las que se satisfacen sobradamente las exigencias de inclusión y en las que no es posible encontrar un reproche de abusividad. A continuación vendría la explicación – que el TS debería haber construido, porque yo no alcanzo a adivinarla- de por qué es necesario este tercer control, trayendo Sala para esta ocasión el grueso de su retórica sobre el control cualificado de transparencia (cfr. § 225 de la sentencia de 9 mayo 2013). Expuesta así la cosa, la Sala advertiría que ha operado como

complementadora del Ordenamiento jurídico, y que está técnica de control, de nueva creación, opera para el futuro, como toda norma nueva que impone la nulidad de un contenido contractual que era reputado de válido conforme al Derecho viejo. Las exigencias de seguridad jurídica y de tutela de la confianza legítima prescribirían que esta nulidad prospectiva carezca de efectos retroactivos. Pero no carecería de efectos restitutorios, porque ninguna nulidad negocial puede ser privada de tales efectos si el contrato al que afecta está ejecutado en todo o en parte. La confusión entre retroactividad y efectos restitutorios es una de las más gruesas quiebras jurídicas de la sentencia de 9 de mayo. En consecuencia, a partir de la fecha de publicación de la sentencia de casación todos los contratos hipotecarios estarían expuestos al riesgo de que la contrastación de su clausulado con el nuevo control cualificado de transparencia precipitara una declaración judicial de nulidad. Este riesgo debería ser interiorizado por las entidades financieras que no se aprestaran a eliminar las cláusulas suelos a partir de la fecha de introducción del nuevo criterio de control. Si no lo hicieran, y posteriormente fueran condenadas judicialmente, deberían restituir las cantidades indebidamente cobradas, a partir de la entrada en vigor de la *norma* introducida el día 9 de mayo de 2013. Este desarrollo teórico sería técnicamente irreprochable y argumentativamente robusto, aunque desde el punto de vista ideológico acaso siguiera sin gustar a unos o a otros. Si el tribunal de casación estuviera dispuesto a tratar el asunto de la transparencia cualificada como un supuesto de *incorporación de normas nuevas al sistema*, y no como contingencia sobre la interpretación de las normas de inclusión y nulidad de la LGDCU, y si pudiera hacer tal cosa en consideración a los límites reputacionales que el *venire contra factum proprium* impone a quien quiere desdecirse de declaraciones pasadas, la doctrina en cuestión podría anclarse en el art. 1 CC, como un precipitado del sistema de integración sucesiva de las fuentes del Derecho, en el entendido de que el tribunal de casación habría producido, por las razones que le parecieron adecuadas, una norma *praeter legem* que complementa y no contraviene el sistema de leyes civiles. Supuesto que la sala de casación aceptara seguir esta ruta argumentativa, todavía resultaría divertido especular sobre el momento en el que el TS decidiría que se ha incorporado al sistema esta nueva norma sobre la transparencia cualificada: si el día 10 de mayo de 2013 (¿y por qué no a los veinte días de su publicación, siendo congruentes con el art. 2.1 CC?) o el día (¿que podría muy bien ser el 9 de mayo de 2014!) en que, por la fuerza de los acontecimientos adversos, la Sala se vio obligada a *aclarar* los términos de su pasada doctrina.