

CLÁUSULA SUELO: LA FALTA DE TRANSPARENCIA ES CAUSA DE NULIDAD DISTINTA DE LA ABUSIVIDAD ALEGADA Y SU EVENTUAL APRECIACIÓN DE OFICIO EXIGE UNA VISTA QUE GARANTICE LA CONTRADICCIÓN DE LAS PARTES (STS 13.10.2014, MP SR. SANCHO GARGALLO)¹.

M^a Carmen González Carrasco
Profesora acreditada CU Derecho Civil
Universidad de Castilla- La Mancha

Fecha de publicación: 21 de noviembre de 2014

Un recorrido por las resoluciones dictadas por el Tribunal Supremo sobre las cláusulas de suelo en préstamos hipotecarios de interés variable arroja resultados sorprendentes. La reciente STS de 13 de octubre de 2014 (votación y fallo de fecha 19 de septiembre, MP Sr. Sancho Gargallo), por la que se resuelve en sentido favorable a la legitimación de Ausbanc discutida en el proceso², ha introducido esta advertencia dirigida al Tribunal de instancia:

“Adviértase que en primera instancia tan sólo fue objeto de controversia la nulidad de la cláusula suelo por el carácter abusivo de su contenido, pero no su eventual nulidad por falta de transparencia. Si el tribunal de instancia entendiera que esta última podría ser objeto de una apreciación de oficio, previamente debería dar vista a las partes para que pudieran formular las alegaciones que estimaran oportuno, y permitir de este modo que pueda haber contradicción, de acuerdo con la doctrina expuesta por la STJUE de 21 de febrero de 2013 (Banif Plus Bank Ztr)”.

Con este aviso, el TS recapacita sobre el incumplimiento del compromiso con la congruencia procesal derivado de su doctrina anterior y señala el camino a seguir en lo

¹ Trabajo realizado dentro del Proyecto de Investigación Científica y Desarrollo Tecnológico, subvencionado con cargo al Programa Nacional de Promoción General del Conocimiento, de la Dirección General de Investigación del Ministerio de Educación y Ciencia “Grupo de Investigación y Centro de Investigación con CESCO. Mantenimiento de una estructura de investigación dedicada al Derecho del Consumo”. Investigador principal: D. Angel Francisco Carrasco Perera. Número del Proyecto de Investigación: DER2011-28562.

² Recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación núm. 1161/2012, interpuestos respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de León, sección 1^a, fecha 2 de marzo de 2012, como consecuencia de autos de juicio verbal sobre acción colectiva de cesación de condiciones generales de la contratación, en defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios, seguidos ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de León.

sucesivo, de forma acorde con lo sostenido en los trabajos publicados anteriormente en centro de investigación³.

Recordemos que la STS de 9 de mayo de 2013, actualmente pendiente del recurso de amparo interpuesto frente a ella ante el Tribunal Constitucional, consideró expresamente que *“en los supuestos de cláusulas abusivas, los tribunales deb(e)n atemperar las clásicas rigideces del proceso, de tal forma que, en el análisis de la eventual abusividad de las cláusulas cuya declaración de nulidad fue interesada, no es preciso que nos ajustemos formalmente a la estructura de los recursos. Tampoco es preciso que el fallo se ajuste exactamente al suplico de la demanda, siempre que las partes hayan tenido la oportunidad de ser oídas sobre los argumentos determinantes de la calificación de las cláusulas como abusivas”*. En virtud de esa “flexibilidad”, la STS dedicó los siete apartados de su FJ sexto a justificar, con base en la doctrina del TSJUE sobre el control de oficio de las condiciones generales de la contratación, el apartamiento de los argumentos de nulidad por falta de reciprocidad alegados por el Ministerio Fiscal y la demandante AUSBANC y la posibilidad de acoger un fundamento de nulidad no alegado, y fundado en lo que consideró un defecto de transparencia en el contenido de las cláusulas objeto del proceso, distinto por lo tanto de la abusividad de fondo basada en el art. 82 TRLCU. En igual sentido se ha expresado recientemente la STS 8 de septiembre de 2014, que considera que la realización de un control de transparencia está incluido en el de abusividad pretendido por los demandantes sin atentar al deber de congruencia y sin que ello genere indefensión a la entidad demandada, por obra y gracia de la “moderación del rigorismo procedimental aplicable a esta materia”.

Esta interpretación fue objeto en su día de fundados reproches de constitucionalidad derivados de su manifiesta incongruencia *extra petita* que en la actualidad se hallan pendientes de la decisión del TC sobre el amparo solicitado por las entidades demandadas en el proceso.

Como ya tuvimos ocasión de argumentar en aquel otro lugar, la doctrina comunitaria en que se apoyó entonces la posibilidad de apreciar de oficio la falta de transparencia de unas cláusulas a las que únicamente se había imputado un defecto de falta de reciprocidad no permitía amparar una actuación de oficio al margen del principio de contradicción. Muy al contrario, en las ya numerosas resoluciones en las que el TSJUE ha legitimado la apreciación de oficio de las cláusulas abusivas, ha compelido al

³ “La doctrina casacional sobre la transparencia de las cláusulas suelo conculca la garantía constitucional de la tutela judicial efectiva” (*Revista CESCO de Derecho del Consumo* núm. 7, págs. 126-163).
<http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco>

juzgador a que *de oficio abra un incidente* (o lo invente, si la norma nacional no lo habilita) para que se puedan determinar de manera contradictoria los hechos⁴, o los nuevos hechos, relevantes para la decisión y entonces sí, por segunda vez, el juez actúe de oficio en la aplicación de la norma “*tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello*”(STJUE Banif, n. 23). En la jurisprudencia comunitaria no existe contradicción entre tutela de oficio y exigencias del principio de contradicción y de tutela judicial efectiva. El juez nacional debe observar escrupulosamente ambas exigencias. El juez nacional “*debe respetar (el principio de contradicción) cuando zanja un litigio sobre la base de un motivo examinado de oficio*” (idem, n. 29). Más aún, leída en su verdadero contexto, la doctrina comunitaria es una llamada a la creación de espacios nuevos (necesarios) para la efectividad de la tutela judicial efectiva, no una doctrina anti-congruencia.

Eso es lo que parecía que se disponía a realizar el TS en su STS de 9 de mayo de 2013. En los §§ 124, 125 y 126, dicha sentencia expuso claramente las exigencias de *crear espacios de contradicción* que impone la doctrina europea relativa al control de oficio. Aún más, el propio Tribunal se impone a sí mismo, y por iniciativa propia, la tarea de “*someter a las partes todos los factores que puedan incidir en la declaración de abusividad de la cláusula o cláusulas eventualmente nulas, a fin de facilitarles la defensa de sus intereses, articulando al efecto los mecanismos precisos*” (§ 126) y aunque se muestra indulgente con una cierta relajación de los principios del proceso civil, no deja de reparar el límite insalvable de aquella indulgencia, a saber “*que las partes hayan tenido la oportunidad de ser oídas sobre los argumentos determinantes de la calificación de la cláusula como abusiva*” (§ 130).

Pero es claro que la resolución no cumplió con ese cometido. Bastaba que *hubiera abierto un incidente contradictorio* en plena casación antes de declarar de oficio la nulidad por falta de transparencia de unas cláusulas sobre las que sólo se había dirigido un reproche de falta de reciprocidad, que además había sido desestimado. Ciertamente que la LEC no reconoce esta posibilidad. Pero precisamente para esto, y no para otra cosa, es para lo que debiera haber aprovechado el TS la doctrina comunitaria, creando Derecho procesal *praeter legem*, como lo hicieron los jueces civiles ordinarios que ampliaron las causas de oposición al ejecutivo ordinario o que habilitaron una novísima fase de contradicción en el impermeable procedimiento de ejecución hipotecaria antes de que fuera realidad lo dispuesto en la Ley 1/2013, de 14 de mayo. Lejos de ello, una vez interpuesta por vía de incidente excepcional la nulidad de actuaciones contra dicha

⁴ “*El juez nacional debe acordar de oficio diligencias de prueba para determinar si una cláusula está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva*” (SSTJUE Pénzügyi, n. 56; Banco Español de Crédito, n. 44; Banif, n. 24; Aziz, n. 4)

resolución, la misma fue desestimada por Auto del TS de 6 de noviembre de 2013 (JUR 2013\355553), considerando en suma que no toda incongruencia procesal tiene alcance constitucional y que, pronunciándose el Tribunal de oficio sobre la falta de transparencia, no se produjo modificación sustancial del objeto del proceso que provoque indefensión y sustracción a las partes del verdadero debate contradictorio. Y ello porque, según el Auto, en el debate contradictorio realizado en la primera instancia ya se discutieron cuestiones relacionadas con la falta de transparencia al hilo de la discusión sobre el carácter abusivo del contenido de la cláusula que constituyó la causa de pedir; cuestiones que, al haber sido rechazada la abusividad de fondo en la segunda instancia promovida por la demandadas, quedarían huérfanas de consideración una vez que el Tribunal Supremo casara la sentencia y asumiera la función de Sala de apelación.

Pues bien: aquel compromiso incumplido frente al principio de contradicción, cuyas consecuencias claramente contrarias al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva son manifiestas a pesar de las poco convincentes razones aportadas por el Auto de 6 de noviembre de 2013, ha sido retomado de forma sorprendente por esta STS de 13 de octubre de 2014. Desde luego, la resolución sorprende por dos razones. En primer lugar, porque el recurso de casación iba únicamente dirigido a discutir la legitimación de AUSBANC, que el TS reafirma por las mismas razones ya expuestas en su STS 9 de mayo de 2013. Pero en segundo lugar, y precisamente porque no era necesario que el Tribunal se pronunciara sobre ello, la advertencia final de la resolución implica, como ya hemos dicho, una recapitación del propio Tribunal Supremo sobre la necesidad de habilitar el trámite contradictorio omitido en su STS 9 de mayo de 2013.

La pregunta inevitable es la siguiente: ¿Carecerá esta advertencia de “eficacia retroactiva” sobre los procesos anteriores que no la han seguido, como no la tuvieron los propios efectos devolutorios de las cantidades indebidamente abonadas en la nulidad declarada por la STS 9 de mayo de 2013?

Mª Carmen González Carrasco