Centro de Estudios de Consumo

www.uclm.es/centro/cesco
NOTAS JURISPRUDENCIALES

RELEVANCIA DEL CARÁCTER COLECTIVO O INDIVIDUAL DE LAS ACCIONES DE NULIDAD DE LAS CLÁUSULAS SUELO SOBRE LA RETROACTIVIDAD DE SUS EFECTOS[1]

Alicia Agüero Ortiz
Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha
Fecha de publicación: Septiembre de 2013

Tras la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, se está produciendo una asombrosa heterogeneidad de resoluciones judiciales relativa a los efectos de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo. El criterio que mayoritariamente hace decantarse al juzgador por seguir o no la doctrina de aquella STS, es el hecho de que la acción de que conozca sea individual o colectiva. Expondremos los argumentos típicamente esgrimidos mediante el análisis de dos sentencias ejemplificadoras del problema, para finalmente hacer una valoración de unos y otros.

1. Sentencia de la AP de Alicante de 23 de julio de 2013 (JUR 2013\279153)

El presente litigio trae como causa el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Alicante, por la que se desestimaba íntegramente la demanda interpuesta contra Caja Castilla La-Mancha solicitando la declaración de nulidad de una cláusula suelo y el reintegro de las cantidades cobradas por su aplicación.

La cláusula suelo controvertida se integraba en el contrato de préstamo hipotecario en la cláusula financiera tercera bis titulada "tipo de interés variable", así como en la oferta vinculante. En esta cláusula, tras exponerse de manera extensa y descriptiva el tipo de interés transitorio aplicable los seis primeros meses y el aplicable con posterioridad, se señalaba que "*El tipo de interés máximo amparado por la hipoteca no será superior al 11,00 % nominal anual, ni inferior al 4,00 % nominal anual*".

En primer lugar, la AP analiza si la citada cláusula constituye una condición general de la contratación. Para ello, explica el juzgador, debe tratarse de una

[1] 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, que dirige el Prof. Ángel Carrasco Perera.

cláusula predispuesta sobre la que el consumidor no haya *podido* influir en su redacción o supresión, es decir, no basta con que la cláusula fuera predispuesta. Ahora bien, la carga de la prueba respecto a esta posibilidad de influir en su redacción o relativa a la existencia de negociación individual, recae sobre el empresario cuando se trata de contratos con consumidores.

En segundo lugar, habiendo decidido ya que constituye una condición general de la contratación, examina si supera el (i) control de inclusión, que garantiza el conocimiento por el adherente de la existencia de dicha cláusula en el momento de la firma del contrato, sin que ésta fuera ilegible, oscura o ambigua –art. 7 LCGC-; y el (ii) control de transparencia, que supondría que los adherentes conocieran o pudieran conocer tanto la carga económica de la celebración del contrato, como la carga jurídica, esto es, los presupuestos o elementos típicos del contrato y la distribución de riesgos de la ejecución del contrato. Pragmáticamente, la superación de este test de transparencia requiere que la información suministrada al consumidor le permita *percibir* que la cláusula suelo es una cláusula que define el objeto principal del contrato, que puede incidir en sus obligaciones de pago, y que le permita tener un conocimiento *real* y *razonablemente completo* de cómo juega en la economía del contrato.

Así las cosas, la AP llega a la conclusión de que la litigiosa cláusula suelo es nula de pleno derecho al no superar el control de transparencia, en base a los siguientes argumentos:

a) El contrato produce la apariencia de préstamo a interés variable (como muestra la propia denominación de la cláusula financiera tercera bis), cuando en realidad se trata de un préstamo a interés mínimo fijo, dada la inclusión de la cláusula suelo. De forma que los consumidores no pudieron percibir la cláusula suelo como definitoria del objeto principal del contrato y su relación con la obligación de pago;
b) Los consumidores no recibieron información específica sobre posibles escenarios futuros que presentaran la previsible evolución de los tipos de interés –asumiendo el juzgador que la entidad pudo prever la bajada de los tipos-, y las consecuencias que los límites a la baja tendrían.

Pues bien, una vez decidido que la cláusula suelo no supera el test de transparencia, declara además que la cláusula es abusiva de conformidad con el art. 8 LCGC en relación con los arts. 82.1 y 82.3 TRLGDCU. Ello es así por implicar, entiende la AP, un desequilibrio abstracto en el reparto de los riesgos contrario a la buena fe y en perjuicio de los consumidores, pues la cláusula suelo

proporciona cobertura exclusivamente a los riesgos de oscilación de los tipos de interés a asumir por la entidad crediticia, siendo el préstamo sólo variable a la alza y así, sólo arriesgado para el consumidor.

Finalmente, aborda la AP el efecto de la nulidad declarada, y en virtud de ello trae a colación el art. 1303 CC por el que, declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las prestaciones. Si cierto es aquello, no menos cierto es que la doctrina del TS en este tipo de pleitos relativos a las cláusulas suelo, siguiendo las recomendaciones del Ministerio Fiscal, ha denegado la retroactividad de sus efectos en orden a salvaguardar el orden público económico. Sin embargo, la AP de Alicante argumenta, a fin de no seguir las directrices del TS, que aquel fallo tenía su razón de ser en el marco de una acción colectiva, y así comprende que "tal declaración de irretroactividad no es aplicable al caso que nos ocupa donde sólo se ha ejercitado una acción individual".

2. Sentencia de la AP de Cáceres de 22 de mayo de 2013 (Sentencia 130/2013)[2]

En este caso la AP de Cáceres conoce de un recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del JPI de Cáceres en la que declaraba nula una cláusula suelo, condenando a su vez a la entidad de crédito Cajamar a la devolución de casi 6.000 € cobrados por la aplicación de dicha cláusula.

Como hechos relevantes del litigio debemos señalar que el actor se subrogó en la posición del vendedor y promotor de la vivienda que adquiría respecto a la hipoteca que gravaba la finca. Tras ello, suscribió una escritura de novación modificativa del préstamo hipotecario en la que se modificaron algunas condiciones financieras, en concreto se estipuló un tipo de interés fijo del 4,59 % para el primer año de la vida del préstamo, y un interés variable para los posteriores plazos de Euribor + 0,49 %. Al comprobar que el interés aplicado en los recibos mensuales del préstamo hipotecario ascendía al 3,25 %, consultó con Cajamar quien informó al cliente que ello era debido a que en la oferta vinculante que había firmado existía una cláusula de límites a la variación de interés, fijando un techo del 15 % y un suelo de 3,25 %.

[2] Id. Cendoj: 10037370012013100138.

De esta forma y, siguiendo con la doctrina de la STS de 9 de mayo de 2013, la AP declara que la cláusula suelo contenida en la oferta vinculante –no en las escrituras firmadas por el consumidor- no era transparente por:

a) Falta de información suficientemente clara sobre que dicha cláusula constituye un elemento definitorio del objeto principal del contrato;
b) Inserción conjunta del suelo con el techo, dando apariencia de que el techo supone una contraprestación al suelo;
c) Ausencia de simulaciones de escenarios diversos con la *previsible* evolución de los tipos de interés;
d) Inexistencia de información sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo o advertencia de que, debido al perfil del cliente, no se le ofertaran las mismas;
e) Falta de inclusión de la cláusula suelo en las escrituras de subrogación y novación, por lo que podría entenderse novada extintivamente tras el nuevo pacto de intereses incluido en las escrituras de novación modificativa del préstamo hipotecario.

Llegados a este punto, la AP reconoce que ha de cambiar de criterio respecto al reconocimiento de efectos retroactivos de la declaración de nulidad de la cláusula suelo, de conformidad con la STS de 9 de mayo de 2013. En particular, cita el tenor literal del fallo del Alto Tribunal: "*Es notorio que la retroactividad de la sentencia generaría el riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico, al extremo que el Ministerio Fiscal, pese a recurrir la sentencia de apelación, se pronuncia en el sentido de que no procede reconocer efectos retroactivos a la decisión de nulidad de las cláusulas controvertidas*".

Así pues, insiste la AP en seguir las precauciones ordenadas por el TS, y recomendadas por el Ministerio Fiscal, incluso tratándose de una acción individual pues, como bien recalca el juzgador, el fallo del TS no sitúa el trastorno del orden público económico en la tipología de la acción –individual o colectiva-, sino en la devolución de los pagos ya efectuados. En resumen, la AP confirma la nulidad de la cláusula suelo, pero estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto por Cajamar declarando la irretroactividad de los efectos de la nulidad.

3. Sobre el seguimiento de la doctrina del TS respecto a la irretroactividad de los efectos de la declaración de la nulidad en el seno de una acción individual

Acabamos de analizar dos sentencias que coinciden en la declaración de nulidad de las cláusulas suelo que suscitan los litigios de los que conocen, si bien difieren respecto a los efectos que tal declaración de nulidad debe producir, reconociéndose en la primera de ellas el efecto retroactivo, y negándose en la segunda. En ambos casos se justifica la decisión en la adopción o no de las directrices de la STS de 9 de mayo de 2013. La razón de que cada AP alcance una resolución diferente radica en el hecho de que la STS conociera de una acción colectiva, mientras que en su caso conocen de acciones individuales.

La AP de Alicante reconoce los efectos retroactivos de la declaración de nulidad pues entiende que al hallarse ante una acción individual, no queda vinculada al fallo del TS. Por su parte, la AP de Cáceres comprende que, aún tratándose de una acción individual, y toda vez que el TS no ligó el riesgo de trastorno grave sobre el orden público económico al carácter colectivo de la acción que conocía, queda vinculada al fallo y a la apreciación del reiterado riesgo de trastorno grave sobre el orden público económico suscrita por el TS y el Ministerio Fiscal.

A modo de conclusión debemos apuntar que, por respetable y comprensible que sea el fallo o las intenciones de la Audiencia Provincial de Alicante, lo cierto y verdad es que la Sentencia del Tribunal Supremo no justifica su decisión en el hecho de que la acción ejercitada sea colectiva, de suerte que a partir de aquella sentencia las acciones colectivas deberían tener efectos irretroactivos, y las acciones individuales pudieran tener efectos retroactivos. Nótese la vulneración de los principios de igualdad y seguridad jurídica que ello comportaría. En efecto, supondría un agravio comparativo para aquellos consumidores que en el ejercicio de su derecho de acceso a la justicia decidieran hacerlo mediante una acción colectiva, como instrumento que el ordenamiento jurídico pone a su servicio a tales efectos. Por este motivo comprendemos que el criterio seguido por la AP de Cáceres es el más respetuoso con el espíritu y fundamentos jurídicos de la STS de 9 de mayo de 2013, pues deniega los efectos retroactivos de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo por los trastornos que pudiera

acarrear en el orden público económico[3] la devolución de cantidades, y no en el carácter colectivo o individual de la acción.

[3] Estemos más o menos de acuerdo en este punto, podemos convenir con el TS que los mismos trastornos se producirían por el ejercicio de una acción colectiva, que por el ejercicio masivo de acciones individuales.