

La nulidad de las cláusulas suelo

Eugenio Llamas Pombo

Catedrático de Derecho Civil

Fecha de recepción: septiembre de 2013

Fecha de aceptación definitiva: 30 de octubre de 2013

La nulidad del contrato ha sido, durante décadas, una rara especie en la jurisprudencia, que la venía apreciando con singular racanería. Sin embargo, una (entre tantas) de las peculiaridades de la situación económica y financiera en que nos encontramos es la proliferación de los pronunciamientos de nulidad contractual, como efecto, por una parte, de la consolidación y madurez legislativa de la regulación de las condiciones generales y las cláusulas abusivas, inaugurada con la Directiva 93/13, que dio lugar en nuestro ordenamiento a la Ley de Condiciones Generales y a importantes preceptos *ad hoc*, hoy refundidos en el Texto Refundido de la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios; y, por otra, de la laxitud con la que las entidades financieras redactaban los clausulados generales durante los años de la euforia.

Junto a los *clips* y *swaps*, y las denominadas «preferentes» (más cercanas a los dominios del Derecho penal, en sus confines de la estafa, que al mero cuestionamiento civil del contrato), el establecimiento de las denominadas cláusulas-suelo es una de las prácticas contractuales que más se están cuestionando los tribunales. Son ya copiosos los pronunciamientos de los Juzgados de lo Mercantil y, luego, de las Audiencias Provinciales. No todos se muestran coincidentes en cuanto a sus razonamientos y conclusiones, y han dado lugar, en ocasiones, a singulares votos particulares de algunos magistrados. Y ello resulta lógico, pues resultan numerosos y controvertidos los diferentes aspectos que involucra la determinación de que una cláusula contractual, de las denominadas «suelo», resulta oscura y/o abusiva y, por tanto, nula. Pero lo

cierto es que, con anterioridad a la «mediática» Sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 9 mayo 2013, se puede afirmar que ya existía una doctrina suficientemente depurada por las Audiencias Provinciales, de la que constituye un magnífico exponente la pionera SAP Cáceres de 23 de mayo de 2012, de la que fue ponente D. Luis Sanz Acosta, quien además es profesor asociado de nuestra facultad (dicha sentencia tuvo Voto Particular de D.^a M.^a Teresa Vázquez Pizarro).

¿Cuáles son los ingredientes jurídicos que involucra el enjuiciamiento de estas cláusulas-suelo?

1.º) Para centrar el tema con precisión, hemos de aclarar que nos referimos a aquella condición general de un contrato de préstamo hipotecario concertado a interés variable, que establece un tipo mínimo y máximo de referencia, es decir, una cláusula limitativa del tipo de interés, esto es, la conocida como «cláusula suelo-techo». Y no, en puridad, a las denominadas cláusulas-suelo, donde únicamente se establecía un tipo mínimo, cuya nulidad, por evidente desequilibrio prestacional del adherente, en beneficio de la entidad bancaria, resulta más que evidente y no ofrece tanto problema.

2.º) Para defenderse de la imputación de abusividad, las entidades bancarias demandadas suelen negar a la cláusula suelo-techo la cualidad de Condición General de la Contratación por faltar los requisitos de predisposición e imposición, y rechazan que el consumidor se haya «adherido» al contrato, con la alegación de que, con carácter previo a la firma de la escritura de préstamo, ya se habían negociado y pactado las condiciones y el tipo de interés aplicable en la oferta vinculante.

Ciertamente, como es bien sabido, la existencia de una negociación individual (y, por tanto, la ausencia de predisposición) priva a una cláusula contractual de la cualidad de condición general. Pero la prueba de la existencia de tal negociación incumbe de manera muy rigurosa a quien la alega, por disposición del artículo 82.2 del TRLDCU.

Pues bien, la jurisprudencia a que nos referíamos afirma que, a pesar de la existencia de una escritura pública y del control efectuado por el notario, en el proceso hay un desconocimiento de la oferta vinculante, de donde resulta que no hay prueba de la información sobre la cláusula que opere como presupuesto del conocimiento por la misma del actor. Es más, a dicha conclusión conduce también la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, cuyas disposiciones ponen claramente de manifiesto que este tipo de cláusulas no son negociadas individualmente y que la redacción de las mismas se realiza por la entidad financiera, sin posibilidad de negociación alguna por el consumidor.

Por lo demás, acertadamente niegan las sentencias el argumento de que, al estar regulada la «cláusula suelo» por la mencionada Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, y aun cuando fuera catalogada de Condición General de la Contratación, se excluye del ámbito de aplicación de la LCG, de conformidad a lo establecido en su

artículo 4. Y ello al considerar que la existencia de disposiciones administrativas como la citada Orden Ministerial «tienen una esfera y ámbito de actuación perfectamente delimitado, cual es la regulación interna y el control administrativo, con aquellas funciones específicas del Banco de España, que en modo alguno pueden incidir en la función jurisdiccional de los Juzgados y Tribunales, al amparo de los artículos 24, 117 apartados 3 y 4 de la CE y 21 y 22.4 de la LOPJ, que establece como competencia propia y específica, la tutela jurisdiccional civil de los contratos de consumidores».

3.º) Se cuestiona en segundo lugar si estas cláusulas, al incidir en la delimitación del tipo de interés del préstamo, constituyen elemento esencial del contrato, conformando su precio, por lo que vienen excluidas del control judicial de abusividad.

Como es sabido, la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas efectivamente excluía del control de abusividad la definición del objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y bienes o servicios prestados. Previsión que no contiene nuestra Ley de Condiciones Generales, lo que motivó en su momento un encendido debate doctrinal entre quienes sostenían que el silencio de nuestro legislador había de interpretarse como un mero olvido, para entender aplicable a nuestro ordenamiento jurídico la limitación de la Directiva, y quienes sostuvimos justamente lo contrario: siempre consideré (al principio, en minoría respecto del resto de los autores) que tal silencio significaba una deliberada opción legislativa que, a partir del carácter de la Directiva como «de mínimos», excluye en nuestro Derecho dicha limitación, y permite que los tribunales examinen la abusividad de todo tipo de cláusulas, con independencia de su incidencia en el contenido del contrato.

El problema dio lugar al planteamiento por el Tribunal Supremo (antes de dictar la STS 4 noviembre 2010) de una cuestión prejudicial ante el TJUE, con motivo del enjuiciamiento de las cláusulas de redondeo al alza, que fue resuelta por dicho Tribunal europeo en el sentido de que «en el ordenamiento jurídico español, un órgano jurisdiccional nacional puede apreciar en cualquier circunstancia, en el marco de un litigio relativo a un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, el carácter abusivo de una cláusula no negociada individualmente, que se refiera en particular al objeto principal de dicho contrato, incluso en supuestos en que esta cláusula haya sido redactada de antemano por el profesional de manera clara y comprensible».

Es más, a partir de una conocida Sentencia del Juzgado Mercantil n.º 9 de Madrid, los tribunales han acabado cuestionando también la circunstancia de que la cláusula suelo tenga el carácter esencial pretendido. Sostienen que el consumidor «percibía» la cláusula como una «imposición o condición accesorio». Me parece más discutible esta afirmación. Lo relevante a estos efectos (no a otros) no es cómo perciba o deje de percibir la cláusula el consumidor, sino de si objetivamente aquel aspecto del contrato sobre el que incide viene a regular uno de los elementos esenciales del contrato. Y, según me parece, la determinación del tipo de interés evidentemente constituye

elemento esencial de un contrato de préstamo, incluso si es sólo para establecer una limitación cuantitativa de su carácter variable.

4.º) Por último, se plantea en estos casos el problema de control de contenido puro y duro: si este tipo de cláusulas son conformes al principio de libertad de pacto, o resultan contrarias a la buena fe y causan desequilibrio entre las prestaciones de los contratantes, en perjuicio del consumidor. El argumento de los bancos es claro: puesto que la cláusula establece no sólo un suelo (en torno al 3 o 3,5%) sino también un techo (que a menudo está sobre el 12%, y en ocasiones llega hasta ¡el 15%!), no puede afirmarse que exista una falta de reciprocidad en el contrato, pues pesa por igual sobre ambas partes, por lo que es «proporcionada».

En este punto es donde la jurisprudencia ha desarrollado un esfuerzo argumentativo más encomiable. Parte, eso sí, de la licitud del pacto de limitación de intereses, en el marco del principio de autonomía de la voluntad. Ahora bien, nos dice, para que en el caso concreto se pueda sostener esa validez es esencial que cubra a ambas partes en similar medida o alcance, que la limitación o el tope de intereses se cumpla realmente, desde el punto de vista material y no como simple formalidad. Es decir, que las limitaciones al alza y a la baja sean semejantes o proporcionales. Se ha sostenido, incluso por la mencionada sentencia del Juzgado Mercantil n.º 9 de Madrid, que dicha reciprocidad es de carácter jurídico, no económico, y que no es posible estudiar la reciprocidad desde la perspectiva del correcto equilibrio económico de las prestaciones. La posición mayoritaria de las audiencias provinciales se pronuncia en contra de tal posición, y acierta, a mi juicio.

No hay ninguna norma que permita excluir del análisis de abusividad los aspectos cuantitativos de un contrato: antes bien, al contrario, la primera norma tuitiva de los consumidores de nuestra historia legislativa, que fue la Ley Azcárate de represión de la usura de 23 de julio de 1908, ya se fijaba (y lo sigue haciendo, pues sigue vigente) justamente en el valor cuantitativo del tipo de interés para determinar si el mismo resulta o no usurario. No existe una dicotomía entre «proporcionalidad jurídica» y «proporcionalidad económica», sino que ambas van indisolublemente unidas en toda relación contractual. Y el establecimiento de un techo del 12 o el 15%, absolutamente insólito en la historia financiera de nuestro país de los últimos 20 años, constituye claramente una argucia formal para vestir de reciprocidad algo que en absoluto la tiene y sólo va dirigido a otorgar validez al suelo del 3 o el 4%. Es lo que la jurisprudencia denomina agudamente una «visión integral de la reciprocidad».

Visión que los tribunales atinadamente vinculan con las exigencias de la buena fe, entendida como canon de lealtad, rectitud, honestidad o corrección, como pauta de conducta que debe presidir el comportamiento de los contratantes a través de un conjunto de reglas no escritas pero conocidas por todos, que generan una confianza en que el otro contratante actuará con la misma honestidad y lealtad. Desde este punto de vista, es evidente que un pacto que sólo cubriera el interés del prestamista,

es decir, un pacto que sólo contuviera la cláusula suelo, sería nulo por falta de reciprocidad en perjuicio del consumidor. Para sostener la validez del pacto se exige que el mismo cubra aparentemente los intereses de uno u otro contratante para que no pueda ser atacado desde la perspectiva de la falta de reciprocidad. Así, para soslayar la imputación de falta de equilibrio contractual, la entidad bancaria actúa en contra de las exigencias de la buena fe, imponiendo una prerrogativa unilateral bajo una formal reciprocidad, que encubre una real y clara desproporción. Una vez más, la buena fe acaba resultando la clave del asunto, pero, en esta ocasión, los tribunales son conscientes explícitamente de ello.

Expuesta la que podríamos considerar doctrina mayoritariamente consolidada en las audiencias provinciales, parece ineludible retomar el asunto a la luz de la Sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 9 de mayo de 2013, de la que es ponente el Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos, que viene a fijar en casación la posición del alto tribunal sobre las cláusulas suelo en las hipotecas a interés variable.

Son muy numerosos los aspectos llamativos de la resolución, como el mero hecho de precisar ¡138 páginas! para abordar y resolver el problema (no creo yo que haga falta tanto; *excusatio non petita*...). O la mezcla de conceptos que entraña la proclamación de que «a) el cumplimiento de los requisitos de transparencia de la cláusula aisladamente considerada, exigidos por la LCG para la incorporación a los contratos de condiciones generales, es insuficiente para eludir el control de abusividad de una cláusula no negociada individualmente, aunque describa o se refiera a la definición del objeto principal del contrato, si no es transparente. b) Que la transparencia de las cláusulas no negociadas, en contratos suscritos con consumidores, incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato». O la paradójica discusión acerca de la abusividad de las cláusulas (control de contenido) cuando ya se ha pronunciado su falta de transparencia. Si, como resultado del control de inclusión, una cláusula resulta oscura, huelga ya efectuar el control de contenido.

Pero hay un aspecto de la sentencia que ha dejado perplejo a más de uno, y desde luego a quien esto escribe: su fundamento jurídico decimoséptimo, tras reconocer que la nulidad del contrato tiene siempre efectos retroactivos, algo que no debería requerir mucha explicación a tenor del artículo 1303 del CC, afirma (extraigo los párrafos más relevantes):

- «No obstante la regla general de eficacia retroactiva de las declaraciones de nulidad, sus efectos no pueden ser impermeables a los principios generales del Derecho –entre ellos de forma destacada la seguridad jurídica (artículo 9.3 CE)–, como lo evidencia el artículo 106 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común pone coto a los efectos absolutos, inevitables y perpetuos de la nulidad y admite limitaciones...».

- «Singualmente, cuando se trata de la conservación de los efectos consumados (en este sentido, artículos 114.2 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Régimen jurídico de Patentes de Invención y Modelos de Utilidad; 54.2 de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas y 68 de la Ley 20/2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial)».
- «También el Tribunal Constitucional, por exigencias del principio de seguridad jurídica, ha limitado los efectos retroactivos de la declaración de inconstitucionalidad...».
- «En la misma línea se manifestó la justificación de la enmienda 2 al Proyecto de Ley de Contratos de Crédito al Consumo, presentada por el Grupo Parlamentario Izquierda Republicana-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds...».
- «También esta Sala ha admitido la posibilidad de limitar los efectos de la nulidad ya que “[l]a «*restitutio*» no opera con un automatismo absoluto, ya que el fundamento de la regla de liquidación de la reglamentación contractual declarada nula y por la que se pretende conseguir que las partes afectadas vuelvan a la situación patrimonial anterior al contrato, no es otro que evitar que una de ellas se enriquezca sin causa a costa de la otra y ésta es una consecuencia que no siempre se deriva de la nulidad» (STS 118/2012, de 13 marzo, RC 675/2009).
- «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».

Pues bien, sobre la base de dichos argumentos, se declara «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*».

He de decir que tal argumentación no me convence. No parece hacerlo tampoco a algunos tribunales inferiores que ya han tenido oportunidad de manifestar su resistencia a dar cumplimiento a sus postulados (por ejemplo, la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 y Mercantil de Orense, de fecha 13 de mayo de 2013), pese a la autoridad de la que goza una Sentencia de Pleno.

No veo qué relación tiene la Ley 30/1992 en lo relativo a la nulidad de los actos administrativos, o las modernas leyes sectoriales sobre patentes y marcas, con la nulidad de los contratos, cuya secular teoría general hunde sus raíces más remotas en los principios del *Digesto*, maduró durante siglos a lo largo de todo el *ius commune*, y cristalizó de forma espectacular entre los siglos XVIII y XIX, con la Pandectística y la codificación civil. Ahí se construye la teoría general del contrato y, en su seno, el concepto de nulidad radical, que no puede hoy modificarse sobre la base de preceptos

legales aislados y ubicados en barrios del ordenamiento jurídico muy lejanos a dicha doctrina general. Ni siquiera, creo yo, es aceptable aquí el recurso a la analogía entre dichos preceptos, pues ésta sólo puede utilizarse para *suplir* lagunas legales. Y en el presente caso, si algo resulta evidente, es que no existe tal laguna. Antes bien, al contrario, existe un claro, preciso y terminante artículo 1303 del Código Civil, que no parece muy razonable interpretar (si es que, en cuanto a la retroactividad de los efectos de la nulidad, hay algo que interpretar) con apelación a los preceptos de unas leyes que nada tienen que ver con el objeto del problema: un contrato. Lo mismo podríamos decir acerca de la inconstitucionalidad de las leyes y los efectos de su declaración por el Tribunal Constitucional: nada tiene que ver con un contrato.

Más llamativa aún es la utilización como argumento ¡del texto de una enmienda! a la Ley de Crédito al Consumo. Y francamente preocupante resulta, con insistente apelación a las manifestaciones del Ministerio Fiscal, decidir acerca de la pretensión de un contratante frente a otro (no otra cosa es reclamar la devolución de las cantidades pagadas con base en una cláusula contractual declarada nula) con fundamento en los posibles trastornos y trascendencia de la sentencia en relación con el orden público económico.

Más bien sucede lo contrario, diríamos: la nulidad sí es una cuestión de orden público, y por tanto su régimen jurídico no puede acomodarse a consideraciones absolutamente ajenas al contrato. ¿O es que el pago por un ciudadano, durante años, de un tipo de interés que la propia resolución declara abusivo (puesto que la cláusula que lo establece lo es), no ha afectado, y de qué manera, al orden público económico?