

MARIA PAZ CANO SALLARÉS

Abogada

La cláusula de limitación al tipo
de interés (cláusula suelo).
Comentarios a la Sentencia
del Tribunal Supremo
de 9 de mayo de 2013
y sus efectos jurisprudenciales

PUBLICAT A LA «REVISTA JURÍDICA DE CATALUNYA»
NÚM. 4 — 2013

LA CLÁUSULA DE LIMITACIÓN AL TIPO DE INTERÉS
(CLÁUSULA SUELO).
COMENTARIOS A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE 9 DE MAYO DE 2013 Y SUS EFECTOS JURISPRUDENCIALES

por

MARIA PAZ CANO SALLARÉS

Abogada

pazcano@icab.cat

RESUMEN

El 9 de mayo de 2013 la Sala Civil en pleno del Tribunal Supremo dictó sentencia sobre la acción colectiva de cesación contra la cláusula de limitación al tipo de interés (cláusula suelo). Nuestro más alto tribunal establece el criterio jurisprudencial sobre la no transposición en nuestro ordenamiento del artículo 4 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, determinando que no cabe realizar una interpretación de contenido sobre cláusulas esenciales del contrato, si bien admite el control de inclusión y transparencia de dichas cláusulas.

Palabras clave: contratación bancaria, cláusula suelo, cláusulas abusivas.

ABSTRACT

On May 9, 2013 the Civil Chamber of the Supreme Court issued a ruling on the collective action against the interest rate limitation clause (ground clause).

It established the jurisprudence on the non implementation in our legal system of Art. 4 Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts, determining that there can not be an interpretation of content from the Essentials contract clauses even though supports inclusion control and transparency of these clauses.

Keywords: banking contracts, unfair terms in consumer contracts, ground clause.

S U M A R I O

- I. *Sentencia núm. 241/2013 de casación e infracción procesal. Pleno de la Sala de lo civil de fecha 9 de mayo de 2013*
 - 1. Introducción
 - 2. Aspectos primordiales de la Sentencia
 - 2.1. Transposición de la normativa comunitaria
 - 2.2. Control de transparencia
 - 2.2. Efectos de la Sentencia
- II. *La jurisprudencia posterior a la sentencia de fecha 9 de mayo de 2013*
 - 1. Sentencias que determinan la validez de la cláusula suelo
 - 2. Sentencias que determinan la nulidad de la cláusula suelo sin efectos retroactivos
 - 3. Sentencias que determinan la nulidad de la cláusula suelo con efectos retroactivos
- III. *Conclusión*

**I. SENTENCIA NÚM. 241/2013 DE CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL.
PLENO DE LA SALA DE LO CIVIL DE FECHA 9 DE MAYO DE 2013**

1. *Introducción*

Las numerosas Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación al derecho de consumo han promovido las últimas reformas legales y han sido, para nuestros tribunales, definitorias de conceptos hasta ahora confusos en la delimitación de las cláusulas abusivas y el control judicial de las mismas.

Uno de los supuestos con mayor trascendencia pública lo encontramos en la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 que entra a valorar las cláusulas que limitan los intereses variables de los préstamos hipotecarios (cláusula suelo).

2. *Aspectos primordiales de la sentencia*

Los aspectos primordiales de la sentencia pueden encuadrarse en tres apartados que nos ayudarán a entender el contenido y su conclusión:

—En primer lugar, una referencia a la normativa comunitaria y su transposición en nuestro ordenamiento: la Sentencia supone la confirmación del criterio jurisprudencial en relación a la no transposición del artículo 4 de la Directiva 93/13/CEE, sustitutorio del criterio que se había adoptado anteriormente a raíz de la STJUE de fecha 3 de junio de 2010.

—En un segundo lugar, el control de transparencia: al concluir que la cláusula se trata de un elemento esencial del contrato y por tanto, que no cabe valoración del contenido, la sentencia delimita el concepto de control de transparencia y lo aplica tanto en su vertiente formal como material a la cláusula objeto de discusión.

—En tercer lugar, la sentencia fija los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula: declarando la irretroactividad por causas económicas y de orden público.

2.1. Transposición de la normativa comunitaria

En relación a la normativa comunitaria y su transposición, la Sentencia posiciona al Supremo de forma definitiva en relación a la valoración sobre la omisión en nuestro ordenamiento de la transposición del artículo 4 de la Directiva 93/13/CEE y que al no quedar dicha limitación recogida por nuestra ley de consumidores, dejó abierta la posibilidad de someter al control de contenido sobre cláusulas abusivas a aquellas que contemplan elementos esenciales del contrato.

Reza el artículo 4.2 de la Directiva: «*2. La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible*», y aplicando la Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 3 de junio de 2010, nuestro más alto tribunal fijó el criterio de que la no transposición de dicho artículo implicaba la posibilidad de entrar en esa valoración, amparándose en el hecho de que la no inclusión en nuestro ordenamiento del artículo 4.2 se correspondía con una mayor protección del consumidor, aplicando la libertad de los estados para establecer criterios más restrictivos y protectores que los mínimos establecidos por la Directiva tal y como establece el artículo 8 de la misma —«*Los Estados miembros podrán adoptar o mantener en el ámbito regulado por la presente Directiva, disposiciones más estrictas que sean compatibles con el Tratado, con el fin de garantizar al consumidor un mayor nivel de protección*».

Pese a ello, la reciente jurisprudencia del Supremo ha modificado ese criterio, y tras las sentencias de fecha 18 de junio de 2012 y de 11 de abril de 2013, definitivamente, asienta que no cabe realizar una interpretación de contenido sobre cláusulas esenciales del contrato, si bien admite el control de inclusión y transparencia de dichas cláusulas.

2.2. Control de transparencia

En cuanto al control de transparencia, una vez constatado que nos encontramos ante una cláusula que supone un elemento esencial del contrato (concretamente el precio de la operación), la Sentencia entra en la valoración de la cláusula suelo, estimando su nulidad únicamente en base a los controles de inclusión y transparencia.

Contempla el control de transparencia desde una doble perspectiva: la transparencia formal, o *control de inclusión*, y la transparencia material, o *control de transparencia* propiamente dicho. Ambos quedan recogidos en los artículos 5.5 y

7 de la Ley 7/1998 de 13 de abril sobre Condiciones Generales de la Contratación y en el artículo 80 del RDL 1/2007 de 16 de noviembre que aprueba el texto refundido de la ley de consumidores y usuarios.

En cuanto al primero de estos controles, la inclusión en el contrato con condiciones generales o transparencia formal, viene definida por los requisitos que establece el art. 80 del RD 1/2007, enumerando aquellos que deben contemplar las cláusulas no negociadas individualmente:

Concreción, claridad y sencillez;
accesibilidad y legibilidad;
buena fe y justo equilibrio.

Es en este contexto donde la Sentencia afirma que la información facilitada, aunque sea someramente, acata los términos regulados por la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, cumpliendo con las exigencias tanto en cuanto al conocimiento de la existencia de la cláusula por parte del adherente al tiempo de la celebración del contrato, como aquellas que obligan a que las cláusulas no sean ilegibles, ambiguas, oscuras o incomprensibles. Superando así el inicial control de inclusión en el contrato.

En cuanto al control de transparencia material, (o control de comprensibilidad real de la importancia de una cláusula concreta en el contrato), este determinará la licitud de la cláusula en el ámbito de consumo.

El consumidor, al suscribir el contrato, debe poder identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato, tiene que tener conciencia de que esa cláusula no es ni más ni menos que el propio precio que va a pagar por la operación. También, en este mismo sentido, el consumidor deberá ser conocedor de los riesgos reales de la variabilidad de los tipos y de la suscripción de una cláusula que los limita.

Este control supone que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez, tanto la carga económica que supone para él, como la carga jurídica.

Así expuestos estos controles de transparencia son, al menos teóricamente, conceptos abstractos que determinarán la validez de la cláusula y que quedan fuera del ámbito del error o vicio del consentimiento contemplados en el Código Civil.

Sin embargo, la propia Sentencia que utiliza el término «control de abusividad abstracto» alude en cierta forma a un control de contenido y exige no sólo que la información suministrada permita al consumidor entender que la cláusula es parte del objeto principal del contrato (precio) sino, además, que el consumidor entienda el funcionamiento de esta en el propio contrato y, claro está, el modo en que afecta al precio final, por lo que para ello se dota al control de ciertos aspectos subjetivos que, como veremos posteriormente, conllevará a una

resolución desestimatoria de la acción colectiva de cesación, a favor de una resolución sobre la nulidad de las cláusulas concretas enjuiciadas.

En esta línea interpretativa de la transparencia, la Sentencia afirma que las cláusulas examinadas no son transparentes por una serie de razones: la falta de información suficiente de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato; que se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo como aparente contraprestación entre las partes; el hecho de que no existan simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento previsible del tipo de interés en el momento de contratar que justificarían la información que debió darse al consumidor; el que no haya una información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo y, finalmente, en el caso de las utilizadas por el BBVA, que se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas, distraiendo la atención del consumidor.

Como ya hemos indicado, la Sentencia baraja algunos conceptos subjetivos muy cercanos al «error», tales como que el consumidor pueda entender que se trata de una contraprestación entre las partes el hecho de que haya cláusula suelo y techo, el hecho de que estén ubicadas ante una «abrumadora cantidad de datos» que pueden confundir al consumidor... Estos supuestos son los que a posteriori más han incidido en la no retirada de las cláusulas, por parte de las entidades. Contrariamente a los efectos que produciría una resolución estimatoria de la acción de cesación, que supondría la obligatoriedad de dejar de utilizar esa cláusula, la Sentencia dictada ha favorecido que las entidades exijan para ello la acción individual de nulidad a cada uno de sus clientes.

2.3. Efectos de la Sentencia

En cuanto a los efectos de la sentencia, en uno de sus últimos apartados, la Sentencia aboga por la irretroactividad de los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula suelo, fundamentando esta en una cuestión de seguridad jurídica e índole económica, y dejando de lado lo preceptuado en el artículo 1303 del CC y la reiterada jurisprudencia al respecto.

En este aspecto, nos hallamos ante un punto lo suficientemente controvertido social y jurídicamente como para entrar a valorar esta resolución, ya que, pese a reconocer que la aplicación de la cláusula controvertida ha producido un enriquecimiento injusto a una de las partes contratantes en detrimento de la otra, se impide el resarcimiento de los daños a esta última, amparándose en el orden público y tratando de evitar una situación económica de índole nacional que podría hacer peligrar el mercado bancario.

Si bien el fundamento parece oportuno, pues, tal y como el Ministerio Fiscal indica en el procedimiento cuando considera en su recurso «Si se otorga este efecto retroactivo total [...] quedarían afectados los contratos ya consumados en

todos sus efectos, de modo que [...] habría que reintegrar ingentes cantidades ya cobradas», a lo que añade que «no creemos sea esta la voluntad de la LCGC por drástica en exceso», lo cierto es que esta irretroactividad únicamente tendría sentido ante una situación global tras el ejercicio de una acción colectiva de cesación que culminara con una sentencia de nulidad para todas las cláusulas suelo ya que el hecho de que cada uno de los particulares deba instar su acción individual de nulidad nos posiciona en acciones jurídicas de diferente índole y que, por lo tanto, no deberían ser tratadas de la misma forma.

En este sentido es destacable la Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de 9 de julio de 2013, en la que la Sala resuelve la nulidad de la cláusula, con devolución de las cantidades cobradas en exceso, los intereses correspondientes y expresa condena en costas. Su resolución, apartándose aparentemente del criterio del Tribunal Supremo, se fundamenta en la diferencia entre la acción de cesación dispuesta en los artículos 12.1 y 12.2 de la Ley de condiciones generales para la contratación (acción sometida a la tutela del Tribunal Supremo en la sentencia estudiada) y la acción de nulidad individual recogida en el artículo 8 y con los efectos recogidos en el artículo 9, ambos de la Ley de condiciones generales para la Contratación (acción planteada ante la Audiencia Provincial), motivando efectos «*ex nunc*» —o «*en lo sucesivo*»— para la acción de cesación, y «*ex tunc*» —o «*desde siempre*»— para las acciones individuales de nulidad.

Justifica, finalmente, la sentencia la retroactividad de los efectos de la declaración de nulidad, determinando que «*Lo que evidencia el antecedente de hecho primero de la STS de 9 de mayo de 2013, rec. 485/2012, es que la acción allí ejercitada sólo ejercitaba acción de cesación, sin acumular reclamación de cantidad, con legitimación restringida, imprescriptible, y eficacia ex nunc, a la vista de los arts. 12, 16 y 19 LCGC. En cambio aquí se da respuesta a una acción de nulidad de los arts. 8 y 9 LCGC, que puede ejercitarse cualquier afectado, sometida a plazo de caducidad y eficacia ex tunc. El propio FJ 7.º de la sentencia que se dicta del Tribunal Supremo deja bien claro, igual que el fallo, que la no retroactividad se refiere a esa sentencia, no a otros casos*». Abunda también la sentencia de la Audiencia Provincial en su fundamentación en el hecho de que «*en este caso ha habido un claro enriquecimiento de uno de los contratantes, el banco recurrente, frente a otro, su cliente. No ha habido una situación que ha funcionado durante tiempo sin desequilibrio económico para las partes, porque la cláusula sólo ha operado en perjuicio de una y beneficio de otra, sin que nunca sucediera lo contrario. No hay por lo tanto motivo para excluir el efecto que dispone el art. 1303 CCv, en tanto que hubo un enriquecimiento de uno de los contratantes, el banco, frente a otro, el cliente, que carece de justificación porque se basa en una previsión nula —por abusiva y falta de transparencia—, la cláusula suelo, lo que supone la desestimación de este último motivo de la apelación y la del recurso en su totalidad*».

En este mismo sentido, la irretroactividad de los efectos de la declaración de nulidad ante una acción individual y, por tanto, no justificativa de la aplicación de los límites por causas de seguridad jurídica, desvirtuaría la pretensión del Derecho de consumo que pretende el cese del uso de las cláusulas abusivas; las entidades, al moderar los efectos de su nulidad, pueden considerar la posibilidad de continuar aplicándolas a la espera de que sea el orden jurisdiccional quien, una a una, las retire, tal y como la propia Sentencia del Tribunal Supremo contempla: «*En este contexto, como declaramos en la STS 401/2010, de 1 de julio de 2010, RC 1762/2010, las reglas del mercado se han revelado incapaces por sí solas para erradicar con carácter definitivo la utilización de cláusulas abusivas en la contratación con los consumidores. Por esta razón es preciso articular mecanismos para que las empresas desistan del uso de cláusulas abusivas, lo que nada más puede conseguirse si, como sostiene la Abogado General, en sus conclusiones de 28 de febrero 2013, Duarte Hueros, C-32/12, punto 46, a las empresas no les "trae cuenta" intentar utilizarlas, ya que "de lo contrario, al empresario le resultaría más atractivo usar cláusulas abusivas, con la esperanza de que el consumidor no fuera consciente de los derechos que le confiere la Directiva 1993/13 y no los invocara en un procedimiento, para lograr que al final, pese a todo, la cláusula abusiva prevaleciera"*».

Así pues, no se ha dictado una sentencia estimatoria de la acción de cesación, sino que se ha declarado la nulidad de determinados supuestos y, por ello, nos hallamos ante la negativa de las entidades a retirar voluntariamente la cláusula, al entender que la sentencia únicamente afecta a las entidades demandadas y respecto de las cláusulas enjuiciadas.

La conclusión es que se aboca a los consumidores a iniciar acciones individuales de nulidad. Ante esta situación, desde un punto de vista igualmente individualizado, procede solicitar la retroactividad de todos los efectos inherentes a la declaración de nulidad, solicitando la devolución de lo abonado indebidamente junto con sus intereses, pues no debe considerarse que una acción de esta índole, ejercitada a título individual, pueda provocar serios perjuicios económicos a las entidades ni afectar a la economía nacional.

II. LA JURISPRUDENCIA POSTERIOR A LA SENTENCIA DE FECHA 9 DE MAYO DE 2013

Desde la publicación de la Sentencia del Tribunal Supremo, son varias las audiencias provinciales que han dictado resoluciones sobre nulidad de cláusulas suelo y sus efectos.

El tenor general se decanta por la declaración de nulidad de la cláusula de limitación del interés variable, si bien, no hay consenso en los efectos de tales

declaraciones. Cabe destacar las siguientes resoluciones, ordenadas en atención a su contenido:

1. Sentencias que determinan la validez de la cláusula suelo

En primer lugar, sentencias que determinan la validez de la cláusula suelo: en este apartado, la Sentencia núm. 180 de fecha 27 de junio de 2013 dictada por la Audiencia Provincial de Badajoz, sección segunda, en el rollo de apelación 119/2013, se pronuncia declarando la licitud de la cláusula, al haber operado en la relación contractual una novación expresamente referida a los intereses que, en el supuesto enjuiciado, sí se ha superado el doble control de transparencia al haber permitido al consumidor la identificación de la cláusula como definidora del objeto principal del contrato, toda vez que se trata de una cláusula introducida de forma posterior a la contratación inicial y por lo tanto no «*ab initio*», como se manifiesta en la propia escritura de novación a instancias del prestatario.

2. Sentencias que determinan la nulidad de la cláusula suelo sin efectos retroactivos

En segundo lugar, sentencias que determinan la nulidad de la cláusula suelo pero sin efectos retroactivos respecto de su pronunciamiento: Sentencia 259/2013 de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 5.^a, 13 de mayo de 2013; Sentencia 130/2013 de la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección 1.^a de fecha 22 de mayo de 2013; Sentencia 114/2013 de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 3.^a de fecha 18 de junio de 2013 (esta última no dictada en el ámbito del derecho de consumo); y Sentencia 168/2013 de la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección 1.^a, de fecha 20 de junio de 2013. De esta última es destacable el cambio de criterio que venía manteniendo la Sala —en virtud de los razonamientos jurídicos expuestos por el Alto Tribunal en la Sentencia de 9 de mayo de 2013— en referencia a la condena a las entidades a devolver las cantidades cobradas en exceso por aplicación de la cláusula controvertida, con sus intereses legales desde la fecha de cada cobro; como así había sido incluso en primera instancia.

También, ya dentro del ámbito de las acciones colectivas, la Sentencia 242/2013 de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28.^a, de fecha 26 de julio de 2013, declarando la nulidad de la cláusula pero sin pronunciamiento sobre los efectos de la misma.

3. Sentencias que determinan la nulidad de la cláusula suelo con efectos retroactivos

Y, finalmente, aquellas Sentencias que estiman la nulidad de la cláusula suelo y la devolución de las cantidades cobradas indebidamente por su aplicación: en este sentido, destacar —tal y como ya hemos referenciado con anterioridad— la Sentencia 291/2013 de la Audiencia Provincial de Álava, Sección 1.^a, de fecha 9 de

julio de 2013 y, en concreto, su fundamentación para la devolución de las cantidades en la diferenciación entre acción colectiva y acción individual de nulidad; la Sentencia 196/2013 de la Audiencia Provincial de Baleares, Sección 4.^a, de fecha 14 de mayo de 2013; la Sentencia 335/2013 de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 8.^a, 23 de julio de 2013; y la reciente Sentencia 530/2013 de la Audiencia Provincial de Murcia de fecha 12 de septiembre de 2013.

Respecto a la jurisprudencia de los tribunales de instancia tampoco son determinantes, al respecto, los fallos respecto de la retroactividad o no de los efectos de la nulidad, si bien hasta la fecha son más numerosos los que declaran la retroactividad en acciones individuales de nulidad, condenando a las entidades a la devolución de las cantidades abonadas indebidamente. En este sentido y, a título de ejemplo, otorgan efectos retroactivos las Sentencias de fecha 20 de mayo de 2013 del Juzgado Mercantil 2 de Málaga; el Auto de fecha 31 de mayo de 2013 del Juzgado de primera Instancia 1 de Barcelona (dictado sobre incidente extraordinario de oposición al procedimiento de ejecución hipotecaria); la sentencia de 7 de junio de 2013 dictada por el Juzgado Mercantil 10 de Barcelona; la sentencia de fecha 17 de junio de 2013 dictada por el Juzgado Mercantil 5 de Barcelona; la sentencia de fecha 19 de junio de 2013 del Juzgado Mercantil 1 de Bilbao, la sentencia del Juzgado 4 de Granollers de fecha 16 de septiembre de 2013 (dictada en el ámbito de las ejecuciones hipotecarias) y el auto del Juzgado 38 de Barcelona de fecha 1 de octubre de 2012 (también frente a un supuesto de nulidad sobre ejecución hipotecaria), entre muchas otras.

De las anteriores resoluciones, parece oportuno destacar el Auto de fecha 31 de mayo de 2013 del Juzgado de primera Instancia 1 de Barcelona toda vez que propone una alternativa a la devolución de las cantidades abonadas indebidamente por la aplicación de la cláusula de limitación a los tipos de interés (cláusula suelo), ya que en el procedimiento de ejecución hipotecaria y, concretamente en el incidente extraordinario de oposición, presentado de conformidad con la DA 4.^a de la Ley 1/2013 ante la declaración de nulidad de la cláusula suelo por no haber superado el control de transparencia, el Magistrado requiere a la entidad bancaria a fin de que proceda a recalcular la deuda reclamada al inicio del procedimiento hipotecario, compensando con el capital pendiente a la fecha del vencimiento anticipado todas aquellas cantidades pagadas indebidamente por el deudor hipotecario en aplicación de la cláusula que se declara nula.

En este sentido, se abre una vía de resolución al conflicto social y económico que puede suponer la irretroactividad de los efectos de la sentencia de nulidad, ya que esta solución no puede resultar perjudicial para la entidad y mucho menos ser una cuestión de orden público ni de economía nacional, toda vez que lo que propone es que se proceda a la compensación de las cantidades abonadas indebidamente con el capital e intereses pendientes del préstamo, cual si se tratara de una amortización anticipada del mismo.

III. CONCLUSIÓN

El procedimiento trae causa de la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil 2 de Sevilla en el procedimiento instado en ejercicio de la acción colectiva de cesación de condiciones generales de la contratación por la Asociación de Usuarios de Servicio Bancarios, sentencia que fue recurrida y sobre la que recayó la dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 5.^a, de fecha 7 de octubre de 2012.

La sentencia del Juzgado Mercantil 2 de Sevilla falló estimando la demanda formulada por Ausbanc contra las entidades, declarando la nulidad de las cláusulas suelo y condenando a las entidades bancarias demandadas a eliminar dichas condiciones generales de la contratación y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo en contratos de préstamo hipotecario con consumidores y usuarios. Sin embargo, como veremos, el Tribunal Supremo desestima en parte la demanda interpuesta por la Asociación de Usuarios declarando que no ha lugar a declarar la nulidad de las cláusulas suelo incorporadas a contratos de préstamo a interés variable suscritos por consumidores, si bien en el punto séptimo declara la nulidad de las cláusulas suelo contenidas en los contratos aportados por la demandante, condenando a las entidades demandadas a eliminar dichas cláusulas de los contratos y a cesar en su utilización.

Sólo las tres entidades demandadas en el procedimiento sobre el que ha recaído la sentencia de 9 de mayo, (BBVA, Cajamar y Nova Caixa Galicia) se han visto obligadas a modificar las condiciones de sus préstamos: BBVA ha decidido retirar el «suelo» en aquellos préstamos que han sido contratados por sus clientes para la adquisición de inmuebles u otros bienes para consumo propio, aunque mantendrá la cláusula en aquellos préstamos firmados para un fin o actividad empresarial. En cuanto a Cajamar no va a retirar de manera automática todas las cláusulas suelo de las hipotecas de sus clientes, sino que iniciará en sus sistemas informáticos el proceso destinado a dejar de aplicar la cláusula suelo a todos los préstamos hipotecarios afectados por la sentencia del Tribunal Supremo. Esto significa que los clientes del resto de cajas rurales que han sido absorbidas por Cajamar no tienen garantizada la eliminación de la cláusula suelo ya que la cartera hipotecaria procede de muchas entidades y con antigüedades muy dispares por lo que no todos los contratos de hipotecas están sujetos a la decisión del Supremo. Así pues retirará la penalización en los supuestos en que la justicia le obliga pero las mantendrá en las que no, y en cuanto a Nova Caixa Galicia, tomó la decisión de eliminar las cláusulas suelo en junio, con efectos retroactivos desde la Sentencia del Tribunal Supremo.

Podemos concluir que, ante las solicitudes de sus clientes en reclamación de la retirada de la cláusula, las entidades han mantenido tres posturas diferenciadas:

En primer lugar, aquellas en las que —solicitada la eliminación de la cláusula—, la entidad hace caso omiso o la niega expresamente, que son la mayoría de las entidades y que obviamente motivan el inicio de acciones individuales de nulidad de la cláusula; en segundo lugar, aquellas en las que la entidad procede a la eliminación pero no a la restitución de las cantidades cobradas indebidamente, supuesto que deja a criterio del consumidor el inicio de acciones de nulidad y reclamación, aunque es claro que la entidad, en este supuesto —y salvo novación contractual, con el coste que ello conlleva— no renuncia a la posibilidad de reincorporar la cláusula en cualquier momento; y, un tercer supuesto, que ha formulado alguna entidad, ofreciendo una «rebaja» a la cláusula suelo y quedando a la espera del transcurso de los acontecimientos. Este supuesto, desde mi punto de vista, puede suponer la aceptación por parte del consumidor de una negociación, de la recepción de información necesaria y, por tanto, un acuerdo tácito aceptando la cláusula en sus nuevos términos, así como su restitución en un futuro.

En definitiva, pese a que el Tribunal Supremo estima parcialmente la demanda, no se consigue el resultado deseado para una acción colectiva de cesación, al resolver que la cláusula de limitación al tipo de interés (cláusula suelo) no es una cláusula nula *«per se»* sino que será nula cuando conlleve, frente al consumidor, cierta falta de transparencia, formal o material, como es el caso de los supuestos enjuiciados, sin que ello suponga la nulidad del resto de cláusulas suelo. Así la Sentencia expone literalmente en su apartado 300: *«Sin embargo, tal proyección erga omnes exige tener en cuenta que la EM LEC, al tratar de la tutela de intereses jurídicos colectivos llevados al proceso, afirma que “[e]n cuanto a la eficacia subjetiva de las sentencias, la diversidad de casos de protección impone evitar una errónea norma generalizadora”, y en el caso enjuiciado, la demandante, pese a que interesó la declaración de nulidad indiscriminada de las cláusulas suelo de los préstamos a interés variable celebrados con consumidores, no interesó su eficacia ultra partes, lo que, unido al casuismo que impregna el juicio de valor sobre el carácter abusivo de las cláusulas cuando afecta a la suficiencia de la información, nos obliga a ceñirlos a quienes oferten en sus contratos cláusulas idénticas a las declaradas nulas, cuando no se hallen completadas por otras que eliminen los aspectos declarados abusivos»*.

No obstante, si este control de transparencia tuviera únicamente una vertiente abstracta, haría innecesaria la valoración individual de cada una de las cláusulas en relación con cada uno de los consumidores que las han suscrito y no sería necesario el estudio de todos los expedientes administrativos previos a la concesión del préstamo, por cuanto no se debería tratar como un vicio del consentimiento. Sin embargo, la realidad es que hasta el momento las entidades han manifestado que no es su intención dejar esta cláusula sin efecto, lo que aboca a los consumidores a iniciar acciones individuales de nulidad en defensa de sus intereses debiendo valorar, de esta forma, las circunstancias individualizadas de cada uno de los contratos y de las partes contratantes.

Para concluir, y en relación a la irretroactividad de los efectos de la sentencia basada en cuestiones de orden público económico que resuelve la Sentencia de 9 de mayo, no debe conllevar en ningún caso la renuncia a reclamar las cantidades indebidamente abonadas y mucho menos en aquellos supuestos en los que el consumidor deberá acudir a la tutela judicial mediante la interposición de acción individual de nulidad; atendiendo al tenor literal de la sentencia se extrae que la declaración de nulidad conlleva la devolución de las cantidades cuando determina —cito textualmente— que «*como regla nuestro sistema pare de que la ineficacia de los contratos —o de alguna de sus cláusulas, si este 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 clasuica quod nullum est nullum effectum producit*» tal y como expone el art. 1303 CC.

La propia Sentencia determina que, pese a la regla general de eficacia retroactiva de las declaraciones de nulidad, sus efectos no deben vulnerar principios generales de derecho, entre los que destaca la seguridad jurídica, considerando en este supuesto hecho notorio que la retroactividad generaría el riesgo de trastorno grave con trascendencia al orden público económico y llegando a la resolución de la irretroactividad de los efectos respecto de procedimientos ya resueltos, ni en los pagos efectuados con anterioridad a la publicación de la sentencia.

No obstante lo anterior y ante situaciones en las que el consumidor se ve obligado a iniciar acciones individuales de nulidad de la cláusula, aumenta la justificación a la reclamación —y a la estimación— de la restitución de las cantidades abonadas indebidamente; por un lado, porque la cuestión económica y social que motiva la resolución del Tribunal Supremo ante una acción de cesación pierde su consistencia en una acción individual y, por otro lado, porque la acción individual de nulidad, tal y como contempla y fundamenta la sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, se ampara en otra norma legal y, por tanto, en otro procedimiento diferente de la acción de cesación de carácter colectivo, concediéndole esa declaración de nulidad efectos «ex tunc» o, lo que es lo mismo, «desde siempre».

