

## CLÁUSULAS SUELO ¿Y AHORA QUÉ?

Análisis de las consecuencias de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016 y del Real Decreto Ley 1/2017 sobre las reclamaciones judicializadas

**Rubén Pérez Cordón**

Licenciado en Derecho. Asesor jurídico

**Resumen:** Las cláusulas suelo han motivado en los últimos años un gran número de reclamaciones que, en su mayor parte, han acabado materializándose en demandas civiles. Nuestro Alto Tribunal se pronunció limitando la retroactividad de la nulidad a las liquidaciones posteriores al 9 de mayo de 2013. Sin embargo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha rectificado esta doctrina por considerarla contraria a la normativa comunitaria, lo cual ha generado una serie de dudas procesales y sustantivas en los procesos en curso, abordadas en este estudio. Fruto de esta nueva situación, el Gobierno ha tratado de habilitar un cauce sencillo y voluntario para que los consumidores afectados puedan reclamar ante la banca.

---

**Palabras clave:** *Cláusulas suelo; Consumidor; Banco; Sentencia; Abusivas; Nulidad; Retroactividad*

---

**Abstract:** In the last few years, floor clauses have triggered several claims, many of which have turned into civil lawsuits. The Supreme Court of Spain ruled limiting the retroactivity of the nullity to settlements after May 9th 2013. However, this doctrine has been amended by the European Court of Justice because it considers it goes against European regulations. This has generated a series of procedural and substantive concerns in the ongoing processes, which are addressed in this paper. As a result of this new situation, the Government has tried to enable a simple and voluntary channel so that affected consumers can file their claims to the banks.

---

**Keywords:** *Floor clauses; Consumer; Bank; Judgment; Abusive; Nullity; Retroactivity*

---

*I. Consideraciones previas - II. Consecuencias para los procesos iniciados: 1. Procedimientos en curso; 2. Procedimientos con sentencia - III. Otras situaciones planteadas de carácter sustantivo*

## I. Consideraciones previas

El origen de las cláusulas suelo viene de la mano de la necesidad de las entidades financieras de garantizarse una rentabilidad mínima en un hipotético entorno de bajada de tipos de interés. Este aspecto no le es desconocido al TS cuando dice que “la finalidad de la fijación del tope mínimo responde, según consta en el IBE, a mantener un rendimiento mínimo de esos activos (de los préstamos hipotecarios) que permita a las entidades resarcirse de los costes de producción y mantenimiento de estas financiaciones” (STS 241/2013 de 9 de mayo, punto 293 h), aspecto y resolución a los que alude la STJUE de 21 de diciembre de 2016<sup>1</sup> en su fundamento 24.

Dicha sentencia viene a resolver una serie de cuestiones prejudiciales planteadas desde distintas sedes judiciales acumuladas para su resolución de forma conjunta en esta sentencia. Se hace necesario por tanto un somero análisis previo de las SSTS 241/2013, de 9 de mayo, y 705/2015, de 23 de diciembre<sup>2</sup>, cuya doctrina sobre la retroactividad ha sido enmendada ahora por el TJUE. De la STS de 2013 se desprende que las cláusulas suelo no son *per se* abusivas si se cumplen los principios expuestos en los arts. 3 y 5 de la Directiva 93/13 (transparencia, negociación individual y equilibrio). Aclarado esto, en lo que al objeto de recurso de esta sentencia se refiere, el Tribunal Supremo resuelve que dichas cláusulas han de entenderse abusivas y por tanto nulas en base, no a su falta de transparencia formal, sino material [...] “a la luz de los criterios generales de buena fe, equilibrio y transparencia enunciados en el artículo 3, apartado 1, en el artículo 4, apartado 1, y en el artículo 5 de la Directiva 93/13” [...]<sup>3</sup>. Pese a esta declaración de nulidad, el Tribunal Supremo resuelve que la misma “no afectará [...] a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esta sentencia”<sup>4</sup>. Con ello sentó la doctrina por la cual la retroactividad de la nulidad solo abarcaba a las liquidaciones posteriores al 9 de mayo de 2013. Esta limitación la basaba fundamentalmente en el principio de seguridad jurídica (ff. 287, 289, 292) y en los graves trastornos de orden público económico (f. 293 k). Por su parte, la STS de 2015 vino a ratificar la limitación de los efectos económicos de la nulidad a las situaciones posteriores al 9 de mayo de 2013<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Tribunal de Justicia de la Unión Europea, caso Francisco Gutiérrez Naranjo vs. Cajasur Banco, S.A.U.; Ana María Palacios Martínez vs. Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.; Banco Popular Español, S.A. vs. Emilio Irlés López, Teresa Torres Andreu, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, de 21 de diciembre de 2016, (ECLI:EU:C:2016:980).

<sup>2</sup> Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Pleno), Sentencias núm. 241/2013, de 9 de mayo (Asociación de Usuarios de los Servicios Bancarios – AUSBANC vs. Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., Cajamar Caja Rural, Sociedad Cooperativa de Crédito, hoy Cajas Rurales Unidas, S.C.C. y Caja de Ahorros de Galicia, Vigo, Orense y Pontevedra, hoy NCG banco S.A.U., ECLI:ES:TS:2013:1916); y núm. 705/2015, de 23 de diciembre (Organización de Consumidores y Usuarios, O.C.U. vs. Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. y Banco Popular Español, S.A., ECLI:ES:TS:2015:5618).

<sup>3</sup> Fundamento 21 de la STJUE 21 de diciembre de 2016.

<sup>4</sup> STS 241/2013, de 9 de mayo, fundamento 294, apartado 2.5, punto 17º.

<sup>5</sup> Para un estudio más profundo de estos precedentes jurisprudenciales del Alto Tribunal, v. TÀSIES, Ricard: *Retroactividad de las cláusulas suelo. Doctrina del Supremo y Sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016*, Diario La Ley, Nº 8887, Sección Tribuna, 22 de diciembre de 2016.

El pronunciamiento del TJUE en su sentencia de 2016 tumba de forma explícita<sup>6</sup> la limitación a la retroactividad establecida por las dos mencionadas sentencias del Tribunal Supremo por estimarla contraria al art. 6.1 de la Dir. 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993<sup>7</sup>, lo que a partir de ese momento implica, desde el punto de vista tanto procesal como sustantivo, una serie de dudas no menores a la hora de resolver las distintas situaciones en que puede encontrarse un consumidor ante dicha cláusula: ¿Resulta claro que las situaciones objeto de resoluciones con fuerza de cosa juzgada no se verán afectadas por esta sentencia? ¿Qué ocurre con los procesos abiertos en los que el *petitum* esté limitado a la devolución de las cantidades liquidadas indebidamente desde el 9 de mayo de 2013? ¿Tiene capacidad el juzgador para alterar dicho *petitum* de oficio en su resolución y equiparar así los efectos a los de otros *petita* en que se haya solicitado la nulidad *ab initio*? ¿Cabe solicitar la nulidad y las devoluciones sobre contratos ya extinguidos por haberse amortizado en su totalidad el préstamo? En esta aportación trataré de dar respuesta a estas y otras cuestiones que pueden plantearse de manera inmediata.

## II. Consecuencias para los procesos iniciados

### 1. Procedimientos en curso

Se aborda, en primer lugar, la situación de las demandas planteadas antes del 21 de diciembre de 2016 y pendientes de sentencia. Por una parte tenemos aquellos

---

<sup>6</sup> V. fundamentos 72: “[...] la limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo, que el Tribunal Supremo acordó en la sentencia de 9 de mayo de 2013, equivale a privar con carácter general a todo consumidor que haya celebrado antes de aquella fecha un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula de ese tipo del derecho a obtener la restitución íntegra de las cantidades que haya abonado indebidamente a la entidad bancaria [...]”; 74: “[...]dado que para resolver los litigios principales los órganos jurisdiccionales remitentes están vinculados por la interpretación del Derecho de la Unión que lleva a cabo el Tribunal de Justicia, dichos órganos jurisdiccionales deberán abstenerse de aplicar, en el ejercicio de su propia autoridad, la limitación de los efectos en el tiempo que el Tribunal Supremo acordó en la sentencia de 9 de mayo de 2013, puesto que tal limitación no resulta compatible con el Derecho de la Unión”; y 75 “De todas las consideraciones anteriores resulta que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva, de una cláusula contenida en un contrato celebrado con un consumidor por un profesional, circunscribiendo tales efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión”.

<sup>7</sup> Unión Europea. Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, Diario Oficial de las Comunidades Europeas, 21 de abril de 1993, n° L 095, pp. 29-34, artículo 6.1, que reza en su apartado primero: “Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas”.

procedimientos que fueron suspendidos –a instancia de parte– por prejudicialidad europea<sup>8</sup>, en los cuales se solicitaba la devolución de la totalidad de las cantidades indebidamente cobradas en aplicación de dicha cláusula, es decir, el suplico excedía la limitación sentada por la STS de 9 de mayo de 2013. Resuelta por la STJUE la cuestión que motivó la suspensión, la sentencia de los tribunales españoles debe resolver conforme al nuevo criterio otorgando la devolución íntegra de cantidades.

En respuesta a este grupo de demandas que solicitan la devolución completa desde el inicio de la aplicación de la cláusula suelo en el préstamo hipotecario, algunas entidades financieras han optado por allanarse en cuanto a la nulidad de la cláusula, pero parcialmente en cuanto a la devolución de las cantidades, limitando su allanamiento a las cantidades indebidamente cobradas desde el 9 de mayo de 2013. Hasta este momento, de solicitarlo la parte demandante, era práctica habitual el dictado de auto de allanamiento parcial, continuándose el procedimiento respecto del alcance de la nulidad admitida<sup>9</sup>, pudiendo las partes esgrimir sus argumentos en uno u otro sentido, pudiendo variar la resolución en función del tribunal que la dictara<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> Aunque algunos tribunales de primera instancia han acordado la suspensión, la mayoría de las Audiencias Provinciales han optado por no admitir la suspensión por prejudicialidad. Así, Audiencia Provincial de Asturias en su auto 39/2.016 de 14 de marzo de 2.016, la SAP Badajoz 33/2016, de 10 de noviembre, la SAP Teruel 68/2016, de 3 de noviembre, la SAP Barcelona 203/2016, de 21 de septiembre, las SSAP Cáceres 358/2016 y 360/2016, de 22 de septiembre. Todos los anteriores se oponen a la doctrina sentada por el ATS 2927/2016, de 12 de abril: “Por tanto, en una interpretación conjunta del artículo 23 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que determina la suspensión del proceso en el que la cuestión prejudicial ha sido planteada, y el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, procede la suspensión del presente recurso de casación hasta la resolución que la cuestión prejudicial C- 154/15”.

<sup>9</sup> Si bien, los recursos de las entidades financieras contra las sentencias dictadas en primera instancia han ido en su mayor parte orientados a impugnar la condena en costas que han sufrido en aquellos procesos en que se estimaba parcialmente la demanda en cuanto a que se limitaba la devolución de cantidades al 9 de mayo de 2013, recursos en algunos casos ganados por las entidades financieras. A modo de ejemplo escueto: SAP Valladolid, 331/2016, de 28 de noviembre.

<sup>10</sup> Se mencionan una serie de sentencias que muestran que los tribunales no han seguido necesariamente el criterio limitador de la retroactividad hasta mayo de 2013 sentado por el Tribunal Supremo en sus sentencias de 2013 y 2015: resolviendo la restitución íntegra de los las cantidades, la Sentencia 80/2016, de 30 de junio, del Juzgado de Primera Instancia nº 4 y de lo Mercantil de Guadalajara, “la devolución *ab initio* se impone también por elementales razones de justicia” y condenando “a la entidad BANCO DE CASTILLA LA MANCHA S.A. a eliminar dicha cláusula del contrato de préstamo hipotecario, a recalcular el saldo deudor sin aplicación de dicha cláusula en el plazo de 10 días y devolver al Sr. Benjamín todas las cantidades cobradas en exceso como consecuencia de la aplicación de la cláusula declarada nula”; la SJPI nº 5 de Santa Cruz de Tenerife 151/2014, de 25 de noviembre se pronuncia en igual sentido al estimar la petición de devolución de cantidades desde la fecha en que comenzó a ser operativa la cláusula suelo y remitiendo además en sus fundamentos a un Auto de la Audiencia Provincial de Canarias de 19 de junio de 2014. Otorgando solo los intereses desde la fecha de interposición de la demanda, Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Cádiz de 2 de mayo de 2014, complementada por auto de fecha 11 de octubre de 2014, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: “Procede completar el fundamento jurídico decimooctavo de la sentencia de fecha dos de mayo de dos

A la vista de la nueva situación, de conformidad con el art. 21.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya no cabría en estos casos el dictado de un auto de allanamiento parcial, por cuanto el pronunciamiento sobre la nulidad de la cláusula predeterminaría la completa devolución de las cantidades *ab initio*, por lo que resultaría innecesaria la continuación del proceso. Por supuesto, la entidad financiera tiene aún la posibilidad de presentar escrito de allanamiento total a las pretensiones del demandante poniendo así fin al procedimiento y, eventualmente, de darse los requisitos del art. 395.1 LEC, salvar la imposición de costas.

También con el fin de asegurarse la integridad de las costas<sup>11</sup>, muchos consumidores se han limitado a solicitar judicialmente la devolución de las cantidades desde el 9 de mayo de 2013. Tal limitación de efectos, admitida por la parte en su escrito de demanda, juega un papel restrictivo en su contra por cuanto debe entenderse como

---

mil trece en el siguiente sentido: “Ahora bien, de conformidad con el artículo 410 de la Ley de Enjuiciamiento Civil los efectos procesales de la litispendencia se produce desde la interposición de la demanda, por lo que la declaración de la nulidad de la cláusula suelo comportará la devolución de las cantidades indebidamente abonadas desde la referida fecha”. Y el fallo de la mencionada resolución en el siguiente sentido: “Introducir el siguiente párrafo: "con devolución de las cantidades indebidamente abonadas por la aplicación de la cláusula suelo desde la fecha de la interposición de la presente demanda, más los intereses legales”, ratificada por SAP Cádiz 387/2016, de 6 septiembre. En el mismo sentido, la Sentencia del 20 de febrero de 2015, del Juzgado de lo Mercantil N°1 de Córdoba, que, en este caso, fue revocada parcialmente por la SAP Córdoba 360/2015, de 11 de septiembre, concediendo las cantidades desde el 9 de mayo de 2013.

<sup>11</sup> Si bien, hay también a este respecto criterios discordantes en las Audiencias Provinciales. Así, la SAP Badajoz 255/2016, de 22 de noviembre, concede las costas a la parte demandante que, habiendo solicitado la restitución íntegra, no logra más que la restitución desde el 9 de mayo de 2013, bajo el siguiente argumento: “En esta Audiencia Provincial, tanto esta sección 3ª como la sección 2ª, tenemos ya dicho de forma reiterada que, en los supuestos de nulidad de cláusula suelo, aun cuando en la demanda se pida la retroactividad total y solo se conceda el reintegro de cantidades con efectos de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, han de imponerse las costas. Básicamente por dos argumentos. Por un lado, porque en esos casos puede hablarse en general de vencimiento sustancial. Y por otro, porque no hay buena fe de la entidad financiera desde el momento en que la demanda ha sido presentada después de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013.” La postura contraria la mantiene la SAP Palencia 238/2016, de 25 de noviembre: “Entiende esta Sala que tal pronunciamiento no es correcto pues la estimación debe considerarse parcial al haberse limitado los efectos retroactivos de la declaración de nulidad de la denominada cláusula suelo a la fecha de 9 de mayo de 2013 [...], cuando, dada la redacción del *petitum* contenido en la demanda, la petición que, a tal respecto se hacía, lo era desde el inicio de la relación contractual existente entre las partes”; si bien, en la SAP Palencia 396/2016, 18 de noviembre, mantiene la postura contraria: “Lo que hace la parte actora al pedir la devolución de las cantidades cobradas en virtud de la cláusula suelo solo desde el 9 de mayo de 2013 no es sino rectificar un aspecto accesorio de su pretensión de nulidad de la cláusula. [...] quien pide lo más (la devolución desde la fecha del contrato) también puede pedir lo menos. No se resuelve en estos casos de forma incongruente con lo solicitado por el actor en su escrito de demanda, como tampoco se incurre en la prohibición de la *mutatio libelli* cuando se restringe el objeto del proceso a algo que ya estaba implícito en el suplico, como era esta devolución de lo indebidamente cobrado desde el 9 de mayo de 2013”.

una renuncia implícita a la totalidad de efectos devolutivos de la declaración de nulidad. El art. 400 en relación con el art. 410 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece un plazo preclusivo para la fijación del objeto del proceso en el momento de la presentación de la demanda, momento en que queda trabada la litis. Esta prohibición de la *mutatio libeli* impide ampliar o modificar el *petitum* de la demanda una vez presentada<sup>12</sup>.

En el caso de que la parte considere introducir la petición de la totalidad de las cantidades a través de la vía de las alegaciones complementarias en el acto de la audiencia previa<sup>13</sup> con fundamento en el art. 426.4 de la norma rituarial, debe considerarse por el juzgador si la publicación de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea debe observarse como un “hecho nuevo” en el sentido que la ley indica. En mi opinión, difícilmente se puede alegar la publicación de dicha sentencia como “hecho”, por cuanto no es sino una decisión jurisprudencial que pone fin a una discrepancia de criterios interpretativos. Por otra parte, estando viva la deuda de la hipoteca, la nulidad que se solicita en la demanda no caduca, y se conocía la fecha límite en la cual el Tribunal de Justicia Europeo debía pronunciarse, por lo que nada habría impedido que la demanda se hubiera planteado con posterioridad a dicha decisión.

La parte demandante podría acudir sin consecuencias al desistimiento si el demandado no ha sido citado o no ha comparecido (art. 20.2 LEC). Sin embargo, en caso de desistimiento de la demanda que solicita la devolución desde mayo de 2013, si la entidad financiera se ha personado, difícilmente esta accederá al desistimiento, por lo que el juez debe dictar “lo que estime oportuno” (art. 20.3), que se estima que sería acordar la continuación para no acarrear al demandante la pérdida de la acción, o bien, admitir el desistimiento pese a la oposición de la parte demandada, acordar por auto el sobreseimiento y prever expresamente la posibilidad de que el demandante pueda “promover nuevo juicio sobre el mismo objeto”.

---

<sup>12</sup> V. art. 401.2 Ley de Enjuiciamiento Civil, que adicionalmente establece la imposibilidad de acumular nuevas acciones, entendiendo que la ampliación de los efectos retroactivos solicitados en el *petitum* de la demanda no puede considerarse una acción en sí acumulable a las ya establecidas. Ejemplificativamente, en materia de cláusulas suelo, la SAP Ourense 218/2016, de 10 de junio, la SAP Valladolid 207/2016, de 5 de julio, no otorgan las costas a la parte demandante que modificó en el acto de la audiencia previa su *petitum* en el sentido de limitarlo al 9 de mayo de 2013 en adelante, por entender que quedó fijado en la presentación de la demanda. La SAP Pontevedra 151/2016, de 30 de marzo, no admite la renuncia a la petición de recálculo y no otorga las costas al demandante.

<sup>13</sup> Me refiero a la audiencia previa porque debe plantearse demanda de juicio ordinario en virtud del art. 250.1.5º LEC. También es verdad que se están planteando demandas de cuantía indeterminada que pretenden justificar la tramitación como procedimiento ordinario en virtud del art. 249.2 de la citada norma. Tal fijación resulta errónea a mi parecer, ya que, además de que la norma en virtud de la materia es preponderante, como indica el art. 248.2 LEC, la cuantía de la demanda podría determinarse cuantificando, como establece el art. 251.8º LEC, las cantidades que han sido indebidamente pagadas en virtud de la aplicación de dicha cláusula suelo.

## 2. Procedimientos con sentencia

En el caso de que ya haya pronunciamiento, nada se podrá hacer si el mismo es firme<sup>14</sup>. No obstante, cabría plantearse si es factible la vía del contencioso frente a la Administración Pública, posibilidad ya planteada por algunos autores<sup>15</sup>. Si esta aún se encuentra en plazo para ser recurrida y resuelve concediendo la nulidad pero no los efectos totales de retroactividad –siempre y cuando estos efectos hubieran sido solicitados- cabe interponer recurso de apelación ante la Audiencia Provincial. Más aún, de haberse dictado la sentencia el 21 de diciembre o fecha posterior, cabría, cuando menos, solicitar la aclaración de la misma en virtud del art. 214 LEC alegando la necesidad de completar el motivo por el que se aparta de la nueva postura jurisprudencial.

Algunas demandas se presentaron con reserva de acciones para reclamar las cantidades desde el inicio del contrato hasta el 9 de mayo de 2013. Sin embargo, y aunque la sentencia no hubiera resuelto nada sobre dicha reserva de acciones, el art. 400.1 LEC vedaría tal posibilidad<sup>16</sup>.

## III. Otras situaciones planteadas de carácter sustantivo

Otra de las cuestiones que emerge a raíz de esta retroactividad plena es si se puede reclamar judicialmente la devolución de cantidades en hipotecas ya amortizadas antes

---

<sup>14</sup> Pese a esta declaración de nulidad, el TS resolvía que la misma “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” (f. 294, apartado 2.5, punto 17º de STS 2013). Y la STSJE de 21 de diciembre de 2016 no desdice al TS en lo relativo a cosa juzgada sino solo en lo referido a la limitación de la retroactividad. No hace mucho se ha pronunciado el TJUE sobre la responsabilidad de un Estado miembro por los daños causados a los particulares por una violación del Derecho de la Unión provocada por una resolución de un órgano jurisdiccional nacional cuando esta resolución proceda de un órgano jurisdiccional de ese Estado miembro que resuelva en última instancia –que podría ser aplicable a la presente situación- en la STJUE de 28 de julio de 2015 (Milena Tomášová vs. Slovenská republika, Asunto C-168/15, ECLI:EU:C:2016:602). V., ANTA GONZÁLEZ, Jaime Francisco: “Controversia entre los expertos en las primeras reacciones a la sentencia del TJUE sobre las cláusulas suelo”, Diario La Ley, 21 de diciembre de 2016: “Ante la pregunta de qué va a suceder con todas esas reclamaciones que, por aspirar a la devolución antes del 9/5/2013, han sido rechazadas por los juzgados españoles el escenario parece adverso. [...] y aunque hay plazo y oportunidad para reclamar ante el TJUE demandando al Estado, al ser precisa una violación suficientemente caracterizada, que no se compecede con una interpretación del TJUE aún no consolidada”.

<sup>15</sup> V. PAZOS CASTRO, Ricardo: *Retroactividad de la nulidad de la cláusula suelo. A propósito de la STJUE de 21 de diciembre de 2016* (Gutiérrez Naranjo), Diario la Ley, Nº8888, Sección Tribuna, 22 de diciembre de 2016.

<sup>16</sup> En sentido semejante, ANTA GONZÁLEZ, *op. cit.*, que se cuestiona si el art. 400 LEC “impone una carga alegatoria o de ejercicio de todas las acciones de que se disponga; esto es, si el actor tiene la carga de agotar todas sus acciones o sólo los argumentos de las acciones que quiera ejercitar y en relación con los tiempos escogidos. De cómo se resuelva esta duda dependerá que se recuperen o no esas cantidades”.

de mayo de 2013. El artículo 1301 del Código Civil establece que la acción de nulidad caduca a los cuatro años desde la consumación del contrato en los supuestos error, lo que nos lleva a la necesidad de tener que determinar el momento del *dies a quo* en cada hipoteca, lo cual no debe confundirse con la fecha de elevación a escritura pública de la hipoteca, que equivaldría a la fecha de perfección del contrato, ni con la fecha de eliminación de la inscripción de hipoteca sobre la finca en el Registro de la Propiedad. Considero que, de la jurisprudencia existente al respecto, debe extraerse que el *dies a quo* se establece con el último pago de la deuda hipotecaria, que es la fecha de consumación del contrato, aplicando aquí la doctrina sentada por el Tribunal Supremo<sup>17</sup> respecto a los contratos de tracto sucesivo<sup>18</sup>. Establecida la fecha del último pago, no hay vías para la interrupción de la caducidad de la acción, por lo que solo restaría ejercer la acción en los cuatro años siguientes. Así, por ejemplo, si el deudor hipotecario concluyó los pagos de las cuotas hipotecarias el 1 de abril de 2013, dispondría de la posibilidad de ejercer la acción de nulidad hasta el 1 de abril de 2017.

Con las finalidades de evitar un previsible aumento de los litigios tras la sentencia del TJUE y, con ello, del coste para la Administración de Justicia, así como de facilitar a los consumidores una vía adicional que les permita una rápida respuesta a sus reclamaciones, el Gobierno ha aprobado el Real Decreto Ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de los consumidores en materia de cláusulas suelo. Los procedimientos ya concluidos no se ven afectados en modo alguno por esta norma. En los ya iniciados –que son de los que estamos tratando en este artículo–, según la Disposición transitoria única, las partes podrán solicitar la suspensión del litigio con la finalidad de lograr un acuerdo extrajudicial en los términos del artículo 3 del presente RDL. Es poco probable que el consumidor acuda a esta vía una vez presentada la demanda teniendo en cuenta que la mayoría de estos casos vienen precedidos de una reclamación previa a la entidad dirigida a tratar de asegurar la condena en costas de esta.

Esta reclamación previa, eventualmente, ha dado lugar a que las entidades bancarias hayan ofertado compensaciones financieras a sus clientes a cambio de dejar de aplicar la cláusula suelo. Así, frente a los casos ya expuestos de judicialización de la reclamación, en muchos otros supuestos previos al Real Decreto Ley citado, los clientes de las entidades financieras han firmado acuerdos extrajudiciales que,

---

<sup>17</sup> STS Pleno de Sala 1ª 769/2014, de 12 de enero, expresamente citada por la STS 376/2015, de 7 de julio, que señala: “No puede confundirse la consumación del contrato a que hace mención el art. 1301 del Código Civil, con la perfección del mismo. Así lo declara la sentencia de esta Sala núm. 569/2003, de 11 de junio, que mantiene la doctrina de sentencias anteriores, conforme a las cuales la consumación del contrato tiene lugar cuando se produce «la realización de todas las obligaciones» (sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 24 de junio de 1897, 20 de febrero de 1928 y 11 de julio de 1984), «cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes» (sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1989) o cuando «se hayan consumado en la integridad de los vínculos obligacionales que generó» (sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1983)”.

<sup>18</sup> Se califican sin lugar a dudas las hipotecas como contratos de tracto sucesivo por cuanto implican prestaciones periódicas, frente a los contratos de tracto único que tienen lugar con un cumplimiento instantáneo.

dependiendo de la entidad, contienen contraprestaciones de diversa naturaleza que van desde la efectiva devolución monetaria de las cantidades con sus intereses legales desde 9 de mayo de 2013 hasta la contratación de productos de ahorro remunerados por encima de las condiciones de mercado, pasando por otras compensaciones tales como retribuciones en especie, exenciones de comisiones, etc. En todos ellos, la entidad siempre ha incluido una cláusula de renuncia a cualquier reclamación judicial posterior relativa a la cláusula suelo.

Cabe en primer lugar preguntarse si el pacto de renuncia al ejercicio de acciones judiciales es legítimo. A este tipo de pactos le es aplicable tanto el art. 1255 CC, que establece la libertad de pactos, cláusulas y condiciones no contrarios a la ley, la moral ni el orden público, como el art. 10 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCyU), que establece la nulidad de la renuncia previa a derechos de los consumidores. El nacimiento del derecho al ejercicio de la acción de nulidad surge con el comienzo de la ejecución del contrato de préstamo en el que se contiene la cláusula que adolece de nulidad<sup>19</sup>. En virtud de esto, la renuncia a dicho ejercicio no es previa, sino posterior a la firma del contrato de préstamo con garantía hipotecaria y, por tanto, al nacimiento del derecho. Con esto, el pacto de renuncia guarda apariencia de validez en cuanto que respeta la prohibición legal de pacto de renuncia previo. En definitiva, se podría afirmar que el prestatario se encuentra vinculado por su propio pacto sin poder reclamar judicialmente el reintegro de las cantidades previas a 9 de mayo de 2013 o la nulidad de los productos que como contraprestación hubiera contratado en virtud de esa negociación.

No obstante lo anterior, cabe plantearse si estos pactos entre el cliente y a entidad financiera se pueden considerar condiciones generales de la contratación y si ha existido una verdadera negociación individual. A tenor de lo que establece la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC)<sup>20</sup>, si descartamos una negociación individual en esta renuncia<sup>21</sup>, pudiéramos encontrarnos ante una condición general en cuanto que está predispuesta solo por una de las partes (la entidad financiera) y que, además, se incluye de forma sistemática en todos los acuerdos extrajudiciales firmados entre la esta y el consumidor. Observando dicho pacto de renuncia como cláusula general de la contratación, debería someterse al filtro establecido en el art. 8 LCGC el cual, a su vez, remitía al antiguo 10 bis LGCyU de 1984, contenido que hoy se ve reproducido en el art. 81 de la actual, además de desarrollarse en los artículos

---

<sup>19</sup> Para un estudio más profundo de la distinción entre préstamo, garantía hipotecaria y título ejecutivo que surge de la elevación a escritura pública, v. CALLEJO CARRIÓN, Soraya: *El título constitutivo de la deuda como título ejecutivo en el proceso de ejecución*, Revista de Derecho UNED, núm. 14, 2014.

<sup>20</sup> El artículo 1.1. de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación reza: “Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos”.

<sup>21</sup> El artículo 82.2 de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios establece que: “El empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba”.

subsiguientes. Este artículo exige que, para el caso de cláusulas no negociadas individualmente con consumidores, se deben observar una serie exigencias y principios basados principalmente en la buena fe y el equilibrio entre las partes. Por su parte, el artículo 86 de dicha norma, que desarrolla el 82.4.b., regula las “Cláusulas abusivas por limitar los derechos básicos del consumidor y usuario” y establece en su primer párrafo que: “En cualquier caso serán abusivas las cláusulas que limiten o priven al consumidor y usuario de los derechos reconocidos por normas dispositivas o imperativas”. En el caso que nos atañe, la renuncia versa no solo sobre un derecho del consumidor sino sobre un derecho constitucional como es el de la tutela judicial efectiva del artículo 24 de nuestra Carta Magna y que se desarrolla para este ámbito en la LGDCyU<sup>22</sup>. Por lo expuesto, y salvo prueba en contra de la entidad financiera, se entenderá respecto a esta renuncia que estamos ante una cláusula general, no negociada individualmente y que supone una renuncia a un derecho constitucional del consumidor, por lo que, a mi juicio, sería nula de pleno derecho, quedando por tanto expedita la vía judicial para el consumidor.

Es necesario hacer una mención especial a aquellos pactos extrajudiciales que se enmarquen en una novación contractual que modifique la cláusula nula en cuestión. En estos casos, ha de entenderse aplicable el principio *quod nullum est nullum producit effectum*, en cuanto que no puede derivarse ningún acto jurídico de otro que sea nulo. Por ello, dicha novación contractual habría de considerarse radicalmente nula. En este sentido se ha pronunciado la AP de Zaragoza, que además añade la duda sobre la verdadera libertad contractual desde el punto de vista de la psicología del cliente<sup>23</sup>.

La valoración jurídica de las cláusulas suelo en el ámbito judicial ha suscitado muchas otras cuestiones que exceden de lo que aquí se ha pretendido exponer y siguen vigentes más allá de la STJUE de 21 de diciembre de 2016 y del RDL 1/2017, cuestiones que se abordarán en otro estudio.

---

<sup>22</sup> El artículo 8. f) LGDCyU indica que son derechos básicos de los consumidores y usuarios “la protección de sus derechos mediante procedimientos eficaces, en especial ante situaciones de inferioridad, subordinación e indefensión”. Véase que el legislador no lo limita a situaciones de inferioridad, subordinación e indefensión.

<sup>23</sup> SAP Zaragoza 510/2016 de 14 de marzo, apartado 5º párrafo 6º: “ha de concluirse la imposibilidad de convalidar la cláusula nula mediante su sustitución por otra que sea más favorable a los intereses del consumidor incluso aunque contenga la renuncia a la acción de nulidad que pudiera corresponderle. En primer lugar, por la vigencia del principio lo que es nulo –añadimos radicalmente nulo– ningún efecto produce –*quod nullum est nullum producit effectum*–. De ahí que las novaciones de tal cláusula deben ser consideradas un intento de moderarlas por vía contractual. [...] Por último, desde el punto de vista de la psicología del cliente, solo el temor en su momento a la posible eficacia de la cláusula tachada ahora de nula justifica acceder a una mera rebaja del tipo de interés impuesto; la verdadera libertad contractual se hubiera manifestado tras la liberación al consumidor por la entidad del cumplimiento de la cláusula tachada como nula, con un acuerdo ulterior, muy improbable, en el que el consumidor libremente aceptara una limitación ex novo a la bajada del tipo de interés inferior al suscrito con la cláusula dejada sin efecto”.