



A S O C I A C I O N
DE JUEGES Y MAGISTRADOS
FRANCISCO DE VITORIA



Dirección
Natalia Velilla Antolín

Coordinación
Pablo Sánchez Martín



www.ajfv.es

BOLETÍN DIGITAL CIVIL

NÚMERO 13. MARZO 2017

ALGUNAS CONSECUENCIAS DE LA SENTENCIA DEL TJUE DE 21 DE DICIEMBRE DE 2016 SOBRE CLÁUSULAS SUELO.

STJUE (Gran Sala), 21 de diciembre de 2016
Asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y
C-308/15

JOAQUÍN GONZÁLEZ CASSO
Presidente de la Sección 3^a Audiencia
Provincial de Badajoz con sede en Mérida

CLAUSULAS SUELO. EXISTENCIA DE CONTRATO DE NOVACIÓN/MODIFICACIÓN DE LAS CONDICIONES RELATIVA AL TIPO DE INTERÉS CON RENUNCIA AL EJERCICIO DE ACCIONES JUDICIALES.

JORGE BARATECH NAVARRETE
Abogado. Ilustre Colegio de Abogados de
Cádiz.

1.- ALGUNAS CONSECUENCIAS DE LA SENTENCIA DEL TJUE DE 21 DE DICIEMBRE DE 2016 SOBRE CLÁUSULAS SUELO.

JOAQUÍN GONZÁLEZ CASSO

Magistrado

VOCES: Cláusulas suelo, retroactividad, cosa juzgada

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016 ha declarado contrario al derecho de la Unión la doctrina emanada de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 sobre las denominadas cláusulas suelo y la retroactividad débil que se contempla en esa sentencia. Consecuencias de dicha sentencia sobre los procesos terminados con sentencia o auto firme y los procesos en curso.

COMENTARIO

El 21 de diciembre de 2016, el TJUE dictó la conocida sentencia en la que se resuelven las cuestiones prejudiciales en los asuntos acumulados C 154/15, C 307/15 y C 308/15. La cuestión litigiosa era la relativa a la adecuación de la doctrina emanada de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 sobre la retroactividad de las denominadas cláusulas suelo. El fallo de la sentencia es bien conocido, señalando el Alto Tribunal que es contraria al artículo 6.1º, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión.

Dicha sentencia tiene consecuencias inmediatas sobre los procesos que se inicien con posterioridad a su dictado y todos aquellos en trámite en los que el consumidor solicitó la retroactividad total. Pero se plantean algunas dudas en cuanto los procesos ya terminados y los que se encuentran en trámite en los que hubo una petición de retroactividad débil, muy habitual, para conseguir la estimación total de la demanda, con las evidentes consecuencias en materia de costas, tema este nada baladí, porque hay despachos de abogados que se anuncian diciendo que las costas las pagará el banco. No hay que olvidar que el TJUE impone la obligación de examinar, incluso de oficio y en el curso de cualquier procedimiento, la existencia de una cláusula abusiva (v. gr. sentencia del TJUE de 14 de junio de 2012, caso BANESTO, 21 de febrero de 2013, asunto Banif Plus Bank y de 14 de marzo de 2013, asunto Mohamed Aziz v. Caixa d'Estalvis).

En cuanto a los procesos ya terminados, desde mi punto de vista la sentencia no deja lugar a dudas. En el parágrafo 68 de la sentencia que se comenta reconoce que la protección del consumidor no es absoluta y cito: “...el Derecho de la Unión no obliga a un tribunal nacional a dejar de aplicar las normas procesales internas que confieren fuerza de cosa juzgada a una resolución...” Con ello, las decisiones ya firmes recaídas en España no admiten revisión, (el propio TS ha cegado la posibilidad de la revisión basada en SSTJUE posteriores en la sentencia de 18 de febrero de 2016), ni es posible la apertura de un nuevo proceso para solicitar la restitución de las cantidades cobradas indebidamente antes del 9 de mayo de 2013. Ello es acorde con la propia doctrina del Alto Tribunal (s. de 6 de octubre de 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C 40/08).

En cuanto a las acciones colectivas y su vinculación a las acciones individuales, tres fueron las entidades financieras que dieron lugar a la sentencia de mayo de 2013 en el ejercicio de una acción colectiva. La sentencia del Pleno de la Sala I del TS de 24 de febrero de

2017, rec. núm. 740/2014, señala que dicha sentencia no produce efectos de cosa juzgada respecto a las acciones individuales. En dicha sentencia se reconoce ya la retroactividad total siguiendo la doctrina del TJUE en una demanda frente a una entidad bancaria de la que es sucesor procesal BBVA, ya condenada en aquella sentencia. El TS recuerda que la sentencia del TJUE de 14 de abril de 2016, en relación con la litispendencia y la prejudicialidad civil (instituciones claramente relacionadas con la cosa juzgada) entre acciones colectivas en defensa de los consumidores y acciones individuales, consideró contrario al derecho de la unión una normativa que obligue al Juez que conoce de una acción individual de un consumidor, dirigida a que se declare el carácter abusivo de una cláusula de un contrato que le une a un profesional, a suspender automáticamente la tramitación de esa acción en espera de que exista sentencia firme en relación con una acción colectiva que se encuentra pendiente, ejercitada por una asociación de consumidores (en el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Constitucional 148/2016, de 19 de septiembre). Igual criterio se sigue cuando se trata de medidas cautelares solicitadas en una acción individual pendiente la colectiva (auto TJUE de 16 de octubre 2016, asuntos acumulados C 568/14 a C 570/14). Recordar que en el Juzgado de lo Mercantil núm. 11 de Madrid se ha seguido un proceso contra 40 bancos en el ejercicio de una acción colectiva que ha terminado con sentencia no firme de 7 de abril de 2016.

Otro problema es el relativo a los casos en los que sólo se reclamó por el consumidor una retroactividad débil siguiendo los postulados del TS y en mitad del proceso o incluso cuando se ha interpuesto recurso de apelación o casación por la entidad financiera condenada se publica la sentencia del TJUE que comento. El Tribunal tiene que comprobar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual. Tiene que hacerlo en el curso de cualquier procedimiento y cualquiera que sea su estado. Se puede invocar que dado que el consumidor solicitó una retroactividad débil, darle más de lo pedido iría en contra de los

principios de congruencia y justicia rogada. Entiendo que si se cuestiona la validez de la cláusula suelo en la instancia o en el recurso, el Juez o Tribunal, tiene que “deducir todas las consecuencias de esa apreciación”, en feliz expresión del TJUE. Pronunciarse de otra manera sería contrario al artículo 6.1, de la Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas con consumidores y a la doctrina del TJUE.

El único requisito que exige el TJUE para la declaración de oficio de la abusividad de una cláusula es la previa audiencia de las partes, lo que se recoge en el artículo 83 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Y eso es lo que hizo el TS en la s. de 24 de febrero de 2017.

Se ha defendido la posibilidad de la existencia de responsabilidad patrimonial del Estado respecto a aquellos que vieron reconocido su derecho pero de forma parcial de conformidad con la sentencia del TS de 9 de mayo de 2013. El origen de la responsabilidad del Estado Legislador y la vulneración de la jurisprudencia del TJUE tiene su origen en la sentencia del Alto Tribunal de 30 de septiembre de 2003 (caso Köbler) y se recoge en el artículo 32.5 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. El TJUE exige la “violación suficientemente caracterizada del Derecho de la Unión”, lo que es muy dudoso en este caso.

Hay otras cuestiones controvertidas, como son el caso de que haya existido un proceso de ejecución hipotecaria en el que no hubo oposición. Aquí es defendible que no es aplicable la interpretación expansiva que hace el TS del art. 400.2 de la LEC cuando se inicia un declarativo tras un ejecutivo anterior. La misma posición puede defenderse si en el ejecutivo anterior, como ocurre tantas veces, se alega la abusividad de una cláusula, por ejemplo, la de vencimiento anticipado, y nada se dijo sobre la cláusula suelo. También es muy discutible si quien llegó a un acuerdo con el banco con renuncia al

ejercicio de acciones judiciales puede luego iniciarlas reclamando las cantidades no abonadas por el banco, anteriores al 9 de mayo de 2013. Las posiciones van desde quienes consideran que estamos ante una nulidad absoluta no subsanable contraria al 6 de la Directiva 93/13, precepto que no solo es imperativo sino también de orden público; de quienes defienden que el propio TJUE admite en sentencia de 14 de abril de 2016, que *”el derecho a una protección efectiva del consumidor comprende la facultad de renunciar a hacer valer sus derechos”*.

AJFV

2.- CLAUSULAS SUELO. EXISTENCIA DE CONTRATO DE NOVACIÓN/MODIFICACIÓN DE LAS CONDICIONES RELATIVA AL TIPO DE INTERÉS CON RENUNCIA AL EJERCICIO DE ACCIONES JUDICIALES.

JORGE BARATECH NAVARRETE

Abogado

VOCES: Consumidores y usuarios. Condiciones generales de la contratación. Novación. Renuncia

Con frecuencia el consumidor, cuyo préstamo hipotecario incluye una cláusula suelo susceptible de ser declarada judicialmente nula, firma un documento privado de novación/modificación por virtud del cual la entidad bancaria le reduce o elimina el tipo de interés mínimo aplicable, suscribiéndose al mismo tiempo la renuncia al ejercicio de acciones judiciales contra el banco encaminadas a obtener la nulidad de la cláusula suelo que se contenía en el préstamo hipotecario, así como la renuncia a reclamar del banco lo indebidamente cobrado en aplicación de la mencionada cláusula. Ante la firma de dicho documento, puede el consumidor reclamar lo indebidamente cobrado?

Es cada vez más frecuente encontrarnos ante el supuesto de que un consumidor, cuyo préstamo hipotecario incluye una cláusula suelo susceptible de ser declarada judicialmente nula, con la consiguiente restitución íntegra de lo indebidamente cobrado más los intereses legales, ha firmado un documento privado de novación/modificación por virtud del cual la entidad bancaria le reduce o elimina el tipo de

interés mínimo aplicable, suscribiéndose en el mismo documento la renuncia a interponer acciones judiciales contra el banco encaminadas a obtener la nulidad de la cláusula suelo que se contenía en el préstamo hipotecario, así como la renuncia a reclamar del banco lo indebidamente cobrado en aplicación de la mencionada cláusula.

En concreto, y desde nuestra experiencia, los escenarios que se repiten con mayor frecuencia serían los siguientes:

- Documento privado por virtud del cual la entidad bancaria procede a la eliminación de la cláusula suelo, ya sea con carácter temporal o definitivo.

- Documento privado por virtud del cual la entidad bancaria procede a reducir el tipo de interés mínimo aplicable, ya sea igualmente con carácter temporal o definitivo.

- Documento privado por virtud del cual se sustituye el tipo de interés variable por un tipo de interés fijo.

Como nota predominante de dichos documentos, destacar lo siguiente:

- Suelen incluir una renuncia expresa del consumidor a interponer cualquier tipo de acción judicial en relación a la cláusula suelo.

- Es común que a pie del escrito se incluya de forma manuscrita una declaración del prestatario acerca de su conocimiento y aceptación de la existencia de un tipo mínimo a partir del cual no bajara en ningún caso el tipo de interés.

Ante esta situación, los interrogantes de los consumidores son siempre los mismos, ¿Puedo reclamar al banco la nulidad de la cláusula suelo y la restitución de lo indebidamente cobrado, ello no obstante la firma del documento privado? ¿Cómo me afecta la renuncia que firmé en el documento privado de modificación/novación?

Conscientes de las preocupaciones de los consumidores sobre esta particular cuestión, y sin perjuicio de que cada supuesto debe ser objeto de un estudio específico e individualizado, muy en especial del documento privado al que estamos haciendo referencia, hemos de poner de relieve que la renuncia a reclamar suscrita por el consumidor no veta la posibilidad de accionar contra la entidad bancaria en todos los casos, siendo factible obtener en muchos supuestos la declaración judicial de nulidad del documento privado de novación/modificación, con la consiguiente nulidad de la renuncia impuesta al consumidor, y en consecuencia reclamar la devolución de lo indebidamente cobrado en aplicación de la cláusula suelo.

Existen ya numerosas Sentencias de diferentes Audiencias Provinciales, entre otras las Sentencias de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sentencias número 156/2016 y 478/2016, de fechas de 14 de marzo y 11 de octubre de 2016, y Sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia, Sección 1ª, Sentencia número 223/2016, de fecha de 14 de noviembre de 2016, en las que se ha determinado categóricamente la nulidad de estos documentos privados de modificación/novación, en los que como ya apuntábamos se incluye

como contrapartida la renuncia a interponer reclamaciones judiciales, documentos que se están esgrimiendo en algunos supuestos por las entidades bancarias para fundamentar su rotunda oposición a la nulidad de la cláusula suelo y al reembolso de lo cobrado en aplicación de la misma.

En este orden de cosas, argumentos tales como que dichos contratos privados deben ser interpretados judicialmente como actos propios del consumidor que evidencian su nivel de comprensión de la cláusula suelo estipulada en la escritura de préstamo hipotecario, su pleno conocimiento de los límites a la variabilidad de los tipos de interés, su carácter confirmatorio del contrato de préstamo con garantía hipotecaria original, así como que encierran una renuncia expresa a entablar acciones judiciales, todos ellos sostenidos por los bancos en aras de obtener un pronunciamiento judicial favorable en aquellos supuestos en los que ha existido un documento de novación/modificación de la tipología que estamos analizando, han sido categóricamente rechazados en varias Sentencias.

En este sentido, la nulidad de estos documentos privados se viene a fundamentar, sin ánimo de ser exhaustivos, en los siguientes puntos:

- Jurisprudencia de nuestro Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

“Una cláusula suelo nula en origen no se puede subsanar posteriormente a través de un documento privado”.

“Propagación de la ineficacia jurídica de esa nulidad (cláusulas suelo) a los acuerdos posteriores que se encuentran viciados en origen”.

- Infracción de la Ley General de Consumidores y Usuarios.

“La renuncia previa a los derechos que se reconocen en esta normativa es nula, siendo asimismo nulos los actos realizados en fraude de Ley, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 del Código Civil”.

- Vulneración de lo dispuesto en nuestro Código Civil.

“Resulta imposible dar validez a las cláusulas contenidas en el pacto de novación modificativa, puesto que resulta imposible la confirmación del acto que es nulo de pleno derecho”.

“La confirmación sólo opera respecto a negocios jurídicos cuyo vicio no impide su existencia y la convalidación tiende a sanearlos con efectos retroactivos”.

“La convalidación de una cláusula radicalmente nula por nulidad absoluta, no meramente anulable, no produce efecto alguno”.

Hemos de citar asimismo unos de los Principios que rigen en nuestro Derecho, según el cual *“lo que es nulo ningún efecto produce”.*

Todo lo anteriormente expuesto conduce a las siguientes consideraciones que se transcriben literalmente de una de las Sentencias analizadas, *“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”, “si lo que se pretende es argumentar que la renuncia al ejercicio de acciones que se contiene en la novación modificativa tiene validez, a ello debe contestarse afirmando que la renuncia pactada se contiene en el pacto novatorio, y se refiere, quiérase o no, precisamente a la cláusula cuya nulidad radical viene declarada, por lo que no puede correr distinta suerte que el resto de disposiciones contenidas en el contrato pretendidamente novatorio, ni la renuncia en cuestión puede tener un efecto distinto del de dichas disposiciones, precisamente por la imposibilidad de novar lo que es nulo de pleno derecho”.

AJFV