



laffer

A B O G A D O S

RECTA FINAL PARA LAS CLÁUSULAS SUELO: MÁS DE 7.000 MILLONES DE EUROS EN JUEGO

1. INTRODUCCIÓN

El pasado día 26 de abril, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha celebrado la vista para dirimir tres asuntos prejudiciales acumulados sobre la retroactividad de la devolución del dinero cobrado en aplicación de las cláusulas suelo en España. Tras esta vista, lo realmente relevante para quienes tengan cláusulas suelo en sus hipotecas, reside en que se van concretando los plazos en los que el TJUE dictará una sentencia vinculante para los tribunales españoles.

De este modo se ha concretado que el abogado general designado para este caso, Paolo Mengozzi, deberá emitir su informe —no vinculante— el próximo día 12 de julio. A pesar de que, como se ha señalado, dicho informe no es vinculante para el TJUE, lo cierto es que en el 90% de las ocasiones ha respaldado las tesis sostenidas por el abogado general, lo que permite aventurar (con suma cautela, no obstante) que el día 12 de julio se podrá intuir cuál será el fallo.

No obstante lo afirmado en el párrafo anterior, no será sino hasta aproximadamente cuatro meses después cuando se conozca el fallo definitivo del TJUE. Es decir: como máximo a mediados de noviembre de 2016 habrá quedado zanjado el asunto de las cláusulas suelos definitivamente.

2. IMPORTANCIA DE LA DECISIÓN

Antes de entrar a analizar la importancia y efectos que puede tener la decisión que adopte el TJUE, conviene analizar, siquiera sea de forma sucinta, (i) el estado actual de la cuestión; (ii) y los efectos de la irretroactividad de la devolución de cantidades establecidos mediante la Sentencia de Pleno del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 (en lo sucesivo, Sentencia del Supremo).

2.1 Estado actual de la cuestión

Tras la decisión adoptada por la Sentencia del Supremo, todas las sentencias que se han dictado hasta la fecha presente, deben tener en consideración la interpretación que de las cláusulas suelos ha realizado el Alto Tribunal y que pueden resumirse del modo que sigue:

LAFFER ABOGADOS S.R.L.P.

Alameda Mazarredo 15, 1º B 48001 Bilbao

Serrano 33, 2º A-B 28001 Madrid

Padre Calatayud 1, 4ºC 31003 Pamplona

Tel. +34 944 236 714 / 912 900 017 - Fax. +34 944 236 839 / 917 023 479

laffer

A B O G A D O S

- a) Que las cláusulas suelo constituyen cláusulas que describen y definen el objeto principal del contrato.
- b) Que, como regla no cabe el control de su equilibrio.
- c) Que, al ser en la mayoría de supuestos una condición general (a incluirse en varios contratos tipo); y al definir el objeto principal del contrato, no puede examinarse si su contenido es abusivo (es decir, si existe un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes).

Sentado lo anterior, el Tribunal Supremo sí que prevé que debe hacerse un control sobre la transparencia de las cláusulas. En concreto, deja sentado que las cláusulas suelo deberán superar un doble control de transparencia:

- (i) El primero es el relativo al **control sobre la incorporación a los contratos**. Es decir: si las cláusulas suelo cumplían los requisitos legales para su incorporación a una generalidad de contratos pasando por el filtro de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios (LGDCU). Así las cosas, el Tribunal Supremo dictaminó que efectivamente se cumplía con las exigencias contenidas en la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, y que, de resultas de este cumplimiento, quedaba garantizada razonablemente la protección del consumidor, a tenor de la LGDCU.
- (ii) El segundo control de transparencia al que debían enfrentarse la cláusula suelo **no negociadas individualmente** con consumidores, era el de la **comprensibilidad**. Dicho en otras palabras: si el consumidor había llegado a comprender la importancia de las cláusulas en el desarrollo razonable del contrato.

Pues bien, como es de sobra conocido, los jueces y tribunales están fallando, en la mayoría de ocasiones, a favor del consumidor, puesto que durante el procedimiento se prueba, en la mayoría de ocasiones, que éste no llegaba a comprender la importancia de la cláusula suelo en su contrato. En concreto, porque en las cláusulas:

- a) **Falta información suficientemente clara** de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.
- b) Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y **como aparente contraprestación** de las mismas.
- c) **No existen simulaciones** de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar.

LAFFER ABOGADOS S.R.L.P.

Alameda Mazarredo 15, 1º B 48001 Bilbao

Serrano 33, 2º A-B 28001 Madrid

Padre Calatayud 1, 4ºC 31003 Pamplona

Tel. +34 944 236 714 / 912 900 017 - Fax. +34 944 236 839 / 917 023 479

laffer

A B O G A D O S

- d) **No hay información previa clara y comprensible** sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad -caso de existir- o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas.
- e) En algunos casos, se ubican entre una **abrumadora cantidad de datos** entre los que quedan **enmascaradas** y que diluyen la atención del consumidor.

Tras el referido análisis (resumido en lo sustancial), el Pleno del Tribunal Supremo anuló las cláusulas suelo de las entidades que fueron parte, estableciendo una excepción al principio general de nulidad de los contratos –nulidad *ex tunc*, es decir, que se tendría que tener por no puesta desde la firma del contrato— al fijar que las cantidades indebidamente cobradas por las entidades financieras en aplicación de la cláusula suelo sólo serían devueltas desde la misma fecha del dictado de la sentencia: el 9 de mayo de 2013. Nulidad “*ex nunc*”.

2.2 Irretroactividad de la devolución de cantidades, pese a la nulidad

Son mayoría los juristas que se oponen a la irretroactividad de la devolución de las cantidades fijada en la sentencia puesto que se contraviene manifiestamente lo dispuesto en el artículo 1.303 del Código Civil relativo a los efectos de la nulidad de las obligaciones: “*Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses (...)*”.

En aplicación de dicho precepto, por lo tanto, las entidades financieras debieran devolver a los clientes no sólo el exceso cobrado por la aplicación de la cláusula suelo desde el 9 de mayo de 2013, sino todo el exceso cobrado desde que se suscribió el préstamo hipotecario con cláusula suelo.

Los argumentos esgrimidos por el Tribunal Supremo para adoptar tal medida excepcional vienen resumidos en la propia Sentencia, resultando el más llamativo (y según opinión mayoritaria, el definitivo) el enumerado en último lugar. A saber: las millonarias pérdidas que supondría para las entidades financieras la aplicación retroactiva de la nulidad. El Alto Tribunal, razona:

- a) **Las cláusulas suelo**, en contra de lo pretendido por la demandante, son **lícitas**.
- b) Su inclusión en los contratos a interés variable responde a razones objetivas -el IBE indica como causas de su utilización el coste del dinero, que está constituido mayoritariamente por recursos minoristas (depósitos a la vista y a plazo), con elevada

LAFFER ABOGADOS S.R.L.P.

Alameda Mazarredo 15, 1º B 48001 Bilbao

Serrano 33, 2º A-B 28001 Madrid

Padre Calatayud 1, 4ºC 31003 Pamplona

Tel. +34 944 236 714 / 912 900 017 - Fax. +34 944 236 839 / 917 023 479

laffer

A B O G A D O S

inelasticidad a la baja a partir de determinado nivel del precio del dinero, y los **gastos de estructura** necesarios para producir y administrar los préstamos, que son independientes del precio del dinero-.

- c) **No se trata de cláusulas inusuales o extravagantes.** El IBE indica en el apartado 2 referido a la cobertura de riesgo de tipos de intereses que en España "(...) **casi el 97% de los préstamos concedidos con la vivienda como garantía hipotecaria están formalizados a tipo de interés variable**".
- d) Su **utilización** ha sido **tolerada** largo tiempo por el mercado -su peso, afirma el IBE, ya en los años anteriores a 2004, alcanzaba casi al 30% de la cartera-.
- e) **La condena a cesar** en el uso de las cláusulas y a eliminarlas por abusivas, **no se basa** en la ilicitud intrínseca de sus efectos -en cuyo caso procedería la nulidad de las cláusulas suelo sin más-, sino **en la falta de transparencia**.
- f) La falta de transparencia no deriva de su oscuridad interna, sino de la **insuficiencia de la información** en los términos indicados en el apartado 225 de esta sentencia.
- g) No consta que las entidades crediticias no hayan observado las exigencias reglamentarias de información impuestas por la OM de 5 de mayo de 1994.
- h) 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.
- i) Igualmente según el expresado informe, las cláusulas se calculaban para que no implicasen cambios significativos en las cuotas iniciales a pagar, tenidas en cuenta por los prestatarios en el momento de decidir sus comportamientos económicos.
- j) La Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios EDL 1994/15452, permite la sustitución del acreedor.
- k) **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 EDJ 2011/235050, se pronuncia en el sentido de que no procede reconocer efectos retroactivos a la decisión de nulidad de las cláusulas controvertidas

LAFFER ABOGADOS S.R.L.P.

Alameda Mazarredo 15, 1º B 48001 Bilbao

Serrano 33, 2º A-B 28001 Madrid

Padre Calatayud 1, 4ºC 31003 Pamplona

Tel. +34 944 236 714 / 912 900 017 - Fax. +34 944 236 839 / 917 023 479

laffer

A B O G A D O S

3. CONCLUSIÓN

La Sentencia que dicte el TJUE no va dirimir todo el procedimiento que condujo al Pleno del Tribunal Supremo a dictar su Sentencia de 9 de mayo de 2013, sino que se va a circunscribir a determinar si resulta o no contraria a Derecho la irretroactividad de la devolución de las cantidades cobradas en aplicación de cláusulas suelo declaradas nulas a partir de la Sentencia del Supremo.

En otras palabras: la Sentencia del TJUE va a fijar si los consumidores tienen derecho a que les sean devueltas las cantidades adicionales abonadas como consecuencia de la aplicación de las cláusulas suelo desde la fecha en la que suscribieron sus préstamos hipotecarios con cláusulas suelo o mantiene incólume la opinión emitida por el Tribunal Supremo, que fija dicha fecha en el de 9 de mayo de 2013.

La cuestión es vital: si fallara a favor de los consumidores, el eventual demandante tendría derecho a la devolución de importantes cantidades. En la posición contraria se encuentran las entidades financieras, quienes recibirían un varapalo económico que el Banco de España ha cifrado aproximadamente en la horquilla entre 5.000 millones de euros y 7.600 millones de euros.

Dado que los plazos para que sea pública y, por lo tanto, directamente aplicable la sentencia del TJUE, están perfilados; y dado que en el 90% de las ocasiones el fallo del tribunal es coincidente con la opinión del abogado general, a partir de mediados de julio se podrán interponer demandas con cierta (no plena) seguridad jurídica.

Si el informe del abogado general es favorable a los intereses de los consumidores (es decir, aplica estrictamente los efectos de la nulidad) se vaticina un nuevo aluvión de demandas frente a las entidades financieras, ya que los costes inherentes a cualquier procedimiento judicial quedarían justificados no sólo por la declaración de nulidad de las cláusulas suelo, sino con la devolución de cantidades nada desdeñables.

La información contenida en esta circular es de carácter general y no constituye asesoramiento jurídico.

LAFFER ABOGADOS S.R.L.P.

Alameda Mazarredo 15, 1º B 48001 Bilbao

Serrano 33, 2º A-B 28001 Madrid

Padre Calatayud 1, 4ºC 31003 Pamplona

Tel. +34 944 236 714 / 912 900 017 - Fax. +34 944 236 839 / 917 023 479