

## **EFICACIA DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DE UNA CLÁUSULA (SUELO) ABUSIVA Y SUS EFECTOS EN EL SOBRESEIMIENTO DE UN PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN JUDICIAL**

**Faustino Cordón Moreno**

Catedrático de Derecho Procesal

Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

### **1. La doctrina de la STS de 9 de mayo de 2013 (RJ 2013/3088) sobre la irretroactividad de los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula abusiva y su aplicación por las Audiencias**

Esta conocida sentencia, después de declarar la nulidad de las cláusulas suelo por falta de transparencia, concluye que “procede declarar la irretroactividad de la presente sentencia, de tal forma que la nulidad de las cláusulas no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esta sentencia” (párrafo 294).

El TS fundamenta la irretroactividad en la apreciación, en el caso que resuelve, de un conjunto de factores de contenido jurídico y extrajurídico, (párrafo 293), entre los que tiene especial relevancia la preservación del llamado (por el TS) “orden público económico”, entendido como el mantenimiento de la estabilidad del sistema financiero, que podría verse afectado negativamente por la obligación de devolver una gran cantidad de dinero por intereses indebidamente cobrados.

Quizás por ello esta doctrina no ha sido seguida unánimemente por los órganos judiciales inferiores. El estado de la cuestión en las Audiencias puede verse en la SAP Jaén, Sección 1ª, de 27 marzo de 2014 (AC 2014\490). Después de recoger un largo listado de sentencias que se pronuncian a favor y en contra de la irretroactividad, cuya lectura es recomendable porque contienen un resumen de los argumentos utilizados por una y otra postura, parece apuntar una tercera vía cuando dice: “Esta Sala, en la línea de este segundo grupo de Audiencias Provinciales..., entiende que procede declarar la retroactividad de la nulidad de

la cláusula suelo, sin que ello suponga contradecir la sentencia de Pleno del TS de 9 de mayo de 2013 (RJ 2013, 3088), por cuanto ésta no acuerda la irretroactividad como criterio general a aplicar a todas las cláusulas suelo abusivas, sino como excepción a la regla general de la retroactividad, al tratarse de una acción colectiva de cesación (que se eliminasen las cláusulas suelo de los contratos de préstamo hipotecario de las entidades bancarias demandadas y no las usasen en el futuro) a la que no se acumulaba la petición de restitución de prestaciones, y haberse valorado razones de seguridad jurídica y riesgo de graves trastornos económicos, que pudieran producirse si al declararse la retroactividad tuviesen dichas entidades que revisar los miles de contratos suscritos, en muchas ocasiones incluso ya precluidos”.

Es decir, a juicio de esta sentencia, habrá que estar a cada caso y ver si concurren en él “las razones expresadas en la referida sentencia de Pleno, y que justifican acoger el criterio excepcional de la irretroactividad, como posibilidad admitida por nuestro Tribunal Constitucional por razones de seguridad jurídica, por el Tribunal Supremo para evitar un enriquecimiento injusto de una parte a costa de la otra o incluso por el propio TJUE atendiendo a la buena fe de los círculos interesados y la riesgo de trastornos graves”.

Esta contradicción entre las Audiencias subsiste al día de hoy. La sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2014 (RJ 2014/4660) reitera la doctrina ya fijada por la sentencia anterior de 9 de mayo de 2013 en orden a la consideración de estas cláusulas como impuestas al consumidor y no negociadas y consagra definitivamente el control de transparencia real de las mismas que se enmarca en el control general de la abusividad. Pero, a pesar de considerar que, en el caso analizado, la cláusula suelo no superó este juicio de transparencia, no entró a analizar el problema de la retroactividad, por una razón estrictamente procesal: la cuestión sobre las consecuencias de la nulidad fue rechazada en primera instancia y no fue recurrida en apelación por la parte perjudicada, por lo que devino firme.

## **2. La aplicación de la doctrina precedente al proceso de ejecución**

1º) Cuando la cláusula abusiva se encuentra inserta en un título ejecutivo extrajudicial (por ejemplo, la escritura pública del art. 517.2-4º LEC), su carácter abusivo puede ser apreciado, en el proceso ordinario de ejecución, tanto de oficio por el juez, previa audiencia de las partes, en el control que realiza con carácter previo al despacho de la ejecución (art. 552.1, II LEC), como a instancia de la parte ejecutada al oponerse a la ejecución (art. 557.1-7ª). Y para ambos casos dice el art. 561.1.3ª LEC: “Cuando se apreciase el carácter abusivo de una o varias cláusulas, el auto que se dicte determinará las consecuencias de tal carácter, decretando bien la improcedencia de la ejecución, bien despachando la misma sin aplicación de aquéllas consideradas abusivas”.

Cuando se trata de una ejecución hipotecaria, ante el silencio de la ley, entiendo que es aplicable el control de oficio antes de acordar el despacho de la ejecución, antes visto. Para el control a instancia de la parte ejecutada, dispone el art. 695.1-4ª que el deudor podrá alegar como causa de oposición el carácter

abusivo de la cláusula, siempre que constituya "el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible". De estimarse tal causa –dice el art. 695.3, II-, "se acordará el sobreseimiento de la ejecución cuando la cláusula contractual fundamente la ejecución. En otro caso, se continuará la ejecución con la inaplicación de la cláusula abusiva".

2º) La aplicación de la eficacia retroactiva (*ex tunc*) de la apreciación o de la declaración de nulidad de la cláusula suelo comporta la obligación del acreedor de devolver determinadas cantidades indebidamente cobradas en concepto de intereses, por lo que se puede entender que la cantidad por la que se despachó ejecución no estaba determinada ni era totalmente exigible; en consecuencia, y en virtud de esa eficacia retroactiva que incide sobre la cantidad exigible, habría que declarar el sobreseimiento de la ejecución, por no darse el supuesto del art. 685.2 LEC ("A la demanda se acompañarán el título o títulos de crédito, revestidos de los requisitos que esta Ley exige para el despacho de la ejecución...") en relación con el 620.

3º) Así lo entendió el Juzgado de la primera instancia en el supuesto resuelto por el AAP Barcelona, Sección 19ª, de 1 de octubre de 2014 (JUR 2014/295234). Sin embargo, a juicio de la Audiencia, podemos estar de acuerdo en la nulidad de la cláusula suelo, pero no con el efecto que la resolución recurrida anuda a dicha declaración. Y ello porque se adhiere a la doctrina del TS sobre la irretroactividad, desde cuya perspectiva la declaración de nulidad de la cláusula suelo en ningún caso puede significar el sobreseimiento del procedimiento de ejecución hipotecaria: "la eliminación de la cláusula suelo en casos como el presente, en el que ya se ha dado por resuelto el contrato por incumplimiento, únicamente significa su no aplicación y expulsión del contrato, pero en ningún caso que la parte subsistente del contrato no pueda tener validez y sea ejecutable. Lo contrario llevaría al absurdo de, por considerarse nula la cláusula suelo, se impidiera la ejecución hipotecaria a pesar de haber dejado los prestatarios de abonar las cantidades debidas".

En el peor de los casos, concluye este auto de la AP de Barcelona, "la nulidad de la cláusula suelo sólo podría llevar, dada su supresión, a solicitar a la entidad financiera (ejecutante) que recalculara la cantidad exigible sin la aplicación de dicha cláusula, pero no al sobreseimiento de la ejecución. La aplicación estricta del art. 695.3 en relación con el art. 695.1-4º de la LEC produce efectos ni siquiera queridos por la más estricta de las doctrinas. Así, conviene recordar que la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de abril de 2014 (C-26-13, Árpád Kásler y Hajnalka Káslerne Rábai/OTO Jelzálogbank), ha declarado que en el caso de que la supresión de una cláusula abusiva hiciera imposible ejecutar el contrato, la Directiva 93/13 no se opone a que el Juez nacional la sustituya por una disposición supletoria del Derecho nacional. Por tanto, en estos casos sería de aplicación el art. 695.1.2ª en relación con el art. 695.3, de forma que, en último caso, lo procedente sería la rectificación de la liquidación".

### 3. ¿Cuál es la eficacia de las sentencias dictadas por el Pleno de la Sala Primera del TS?

De lo expuesto en los apartados anteriores se deduce sin dificultad que el problema radica en ver cuál es la eficacia de la doctrina establecida en la STS del Pleno de la Sala Primera del TS de 9 de mayo de 2013 sobre la irretroactividad de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo en el caso enjuiciado (falta de transparencia por ausencia de información al consumidor). Al respecto, hay que tener en cuenta:

1º) La sentencia constituye doctrina jurisprudencial: sin duda alguna en lo referente a la nulidad de las cláusulas suelo por falta de transparencia, después de que tal doctrina haya sido confirmada por la posterior STS de 8 de septiembre de 2004; pero también con respecto a los efectos (irretroactividad) de la declaración de nulidad (y lo mismo sería predicable de la declaración de nulidad, aun sin sentencia posterior confirmatoria), porque las sentencias del Pleno de la Sala Primera del TS constituyen por sí solas doctrina jurisprudencial. Así lo considera el propio TS en el Acuerdo no jurisdiccional sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal de 30 de diciembre de 2011, cuando, al analizar el recurso de casación por interés casacional y el requisito de que la sentencia recurrida se oponga a jurisprudencia del TS (v. art. 477.3), establece que, cuando se trate de sentencias del Pleno de la Sala Primera del TS o de sentencias dictadas fijando doctrina por razón de interés casacional, "basta la cita de una sola sentencia invocando su jurisprudencia, siempre que no exista ninguna sentencia posterior que haya modificado el criterio seguido". En este sentido dice el art. 264.1 LOP que "(l)os Magistrados de las diversas Secciones de una misma Sala se reunirán para la unificación de criterios y la coordinación de prácticas procesales". Unificación de criterios para lograr la uniformidad en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas y, en definitiva, para la formación de jurisprudencia, que ha sido resaltada como función del Pleno por el Acuerdo de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2012.

Por consiguiente, es claro que la doctrina sobre los efectos de la declaración de nulidad (irretroactividad) se encuentra respaldada por un pronunciamiento judicial (la STS de 9 de mayo de 2013) con eficacia de doctrina jurisprudencial para casos semejantes al decidido. Y este es el argumento decisivo, para acoger su doctrina, que utiliza el AAP Barcelona de 1 de octubre de 2014, antes citado cuando, recogiendo la doctrina de la SAP de Orense, Civil sección 1 del 31 de marzo de 2014 (ROJ: SAP OU 147/2014), dice: "El Tribunal Supremo en su sentencia de Pleno ha fijado cuál es la doctrina jurisprudencial al respecto y de esa manera ha marcado la pauta a seguir en la determinación del carácter retroactivo o no de la declaración de nulidad de una cláusula suelo inserta en un préstamo hipotecario y a tal previsión debe atenderse el dictado de resolución de los órganos inferiores pues lo contrario sería desoír el mandato que establece el citado artículo 1.6 CC (...). La sentencia dictada por el Pleno de la Sala Primera de 9 de mayo de 2013 viene a fijar cuál es el parecer del Tribunal Supremo en relación con la aplicación del art. 1303 del Código Civil a la declaración de nulidad de la cláusula que fija determinado tipo de interés mínimo en préstamos con garantía hipotecaria y en las condiciones señaladas. Ese criterio, a pesar, de

constar solo en una sentencia, debe entenderse como verdadera doctrina jurisprudencial en consideración a la ausencia de votos particulares y por una elemental atención a la coherencia del órgano. Pues bien, se ha establecido la irretroactividad de la declaración de nulidad en esos supuestos sobre la base de las razones que se exponen en el fundamento jurídico decimoséptimo de la sentencia. Ese pronunciamiento vincula necesariamente a los órganos jurisdiccionales de orden inferior al Tribunal Supremo de tal modo que la aplicación del art. 1303 del Código Civil al supuesto debe seguir esa dirección y no es aceptable que se cuestione el mismo en cualquier resolución judicial sin perjuicio de la valoración que pudiera merecer en foro distinto del que nos ocupa. En síntesis, al sentencia del Tribunal Supremo razona la aplicación del artículo 1303 en el sentido en que lo hace y ese razonamiento no puede ser cuestionado."

2º. Sin embargo, no se puede aceptar esta conclusión tan tajante. La jurisprudencia tiene la eficacia que le reconoce el art. 1.6 CC: "complementará el ordenamiento jurídico". Pero en ningún caso tiene carácter vinculante para los tribunales inferiores, que pueden apartarse de ella. Ciertamente el art. 493 LEC, aunque todavía no ha entrado en vigor, dispone, para la sentencia dictada en los recursos en interés de la ley, que la sentencia que se dicte "respetará, en todo caso, las situaciones jurídicas particulares derivadas de las sentencias alegadas y, cuando fuere estimatoria, fijará en el fallo la doctrina jurisprudencial. En este caso, se publicará en el "Boletín Oficial del Estado" y, a partir de su inserción en él, complementará el ordenamiento jurídico, vinculando en tal concepto a todos los Jueces y tribunales del orden jurisdiccional civil diferentes al Tribunal Supremo". Pero en el sistema de la LEC, este recurso (en interés de ley) es la llave de cierre del sistema de desdoblamiento de la casación en dos recursos extraordinarios y tiene por finalidad única unificar la posible doctrina contradictoria de los TTSJ en materia procesal.

Sobre la cuestiones de fondo, objeto de la verdadera jurisprudencia, no existe una norma semejante, Y la prevista en el art. 32.2 del Anteproyecto de reforma de la LOPJ de 4 de abril de 2014, que atribuye al Pleno de cada una de las Salas del Tribunal Supremo, en reuniones trimestrales, la decisión sobre cuáles de los Fundamentos de Derecho de las resoluciones que hubiera dictado en ese periodo pudieren pasar a formar parte de la doctrina jurisprudencial vinculante, ha suscitado un rechazo prácticamente unánime<sup>1</sup>.

3º. Cuestión diferente es la eficacia que esa doctrina jurisprudencial tiene *per se*, para los órganos inferiores, por cuanto el apartamiento de ella puede fundamentar un recurso extraordinario de casación por interés casacional (art. 477.2-3º LEC), por oponerse la sentencia a la jurisprudencia del TS, con independencia hoy (después de la reforma de 2011) de que el proceso en que se dictó la sentencia recurrida se haya tramitado por razón de la materia o de la cuantía.

---

<sup>1</sup> Incluso el pleno del Consejo General del Poder Judicial, en el informe elaborado sobre el anteproyecto, pidió al Ministerio de Justicia la supresión del mencionado precepto del anteproyecto de reforma de la LOPJ que establece el carácter vinculante de la jurisprudencia en determinados casos

Y se entiende que existe jurisprudencia aplicable cuando concurren las siguientes circunstancias, que aparecen expuesto con claridad en el art. 31 del anteproyecto de reforma de la LOPJ de 2014 antes visto:: a) Que exista doctrina reiterada, entendiendo por tal la contenida en dos o más sentencias de la misma Sala del Tribunal Supremo, b) Que se trate de la verdadera razón decisiva del fallo y no de consideraciones incidentales o hechas a mayor abundamiento, y c) Que exista sustancial analogía entre los hechos de las sentencias precedentes y los del caso en el que se pretende la aplicación de la doctrina.