

**UNA DE CAL Y OTRA DE ARENA: LA AP DE ASTURIAS CONFIRMA LA
RETROACTIVIDAD TOTAL DE LA CLÁUSULA SUELO NULA, PERO CALIFICA
COMO VÁLIDA LA QUE FUE FRUTO DE UNA NOVACIÓN CONTRACTUAL**

Karolina Lyczkowska
Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha
Professional Support Lawyer en DLA Piper Spain

Fecha de publicación: 23 de febrero de 2017

La Audiencia Provincial de Asturias en la sentencia de 21 diciembre 2016 (JUR 2017/14758) reconfirma su criterio de aplicación de la retroactividad total derivada de la declaración de nulidad de la cláusula suelo.

En la sentencia se señala que la doctrina que siempre ha mantenido esta Audiencia en la materia de retroactividad de los efectos de la cláusula suelo es contraria a la sentada por el TS en la sentencia de 9 mayo 2013. El criterio que ha seguido hasta ahora para rechazar la aplicación de la doctrina jurisprudencial del Supremo es que la resolución citada resolvía una acción colectiva de cesación, mientras que los casos que llegaban a la Audiencia eran peticiones individuales distintas de aquélla. No obstante, con la STS de 25 de marzo 2015 se ratificó la doctrina sentada anteriormente, considerando el Supremo que a efectos de su aplicación no resulta trascendente que se trate de una acción individual o colectiva, al ser el conflicto jurídico a dirimir el mismo en ambos casos. La AP de Asturias reconoce que con esta última sentencia del TS se veía obligada a seguir el criterio impuesto. No obstante, se hace eco también de que la resolución del TS había sido discutida a través de diversas cuestiones prejudiciales. Por tanto, entendió procedente suspender el procedimiento hasta que recayera la resolución del TJUE resolviendo dichas cuestiones. De allí que el fallo en el supuesto comentado se señalara para la fecha de la sentencia del TJUE.

La sentencia de la AP de 21 diciembre 2016 recoge las conclusiones del TJUE y señala que las cláusulas abusivas no deben vincular de forma alguna al consumidor, tratándose como si nunca hubieran existido. Por otro lado, los Estados miembros están obligados a imponer medidas eficaces para que cese el uso de las cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores. Como desde la perspectiva del art. 6.1



Directiva 93/13, la STS de 9 de mayo 2013 y su doctrina, ratificada por la sentencia de 25 de marzo 2015, brindan una protección incompleta e insuficiente al consumidor, la Audiencia de Asturias se abstiene de la aplicación de la limitación en el tiempo de los efectos de la retroactividad establecida por el TS.

No obstante, en el caso enjuiciado hay una particularidad. Consta que en la escritura de préstamo hipotecario en 2008 se estableció una cláusula suelo fijada en 3%. No obstante, en 2012 se procedió a novar el préstamo, elevando el tipo de la cláusula suelo a 3,5%, ampliando el importe del principal prestado y cambiando el tipo de interés variable. Esta dinámica demuestra que existió negociación entre las partes e impide que se considere que en 2012 la cláusula suelo haya sido impuesta por la entidad financiera. Por tanto, al no tratarse de una condición general de contratación, no cabe aplicar la doctrina del doble control de transparencia ni declarar abusiva dicha cláusula.

En consecuencia, la Audiencia estima la nulidad de la cláusula suelo de 2008 y condena a la entidad bancaria a la devolución de todos los importes cobrados en virtud de la misma desde que se incluyó en el contrato, pero desestima la petición de declaración de nulidad de la cláusula suelo de 2012, al considerar que no se le aplica el control de transparencia.