

**IRRETROACTIVIDAD DE LOS EFECTOS DE LA NULIDAD DE LA
CLÁUSULA SUELO: LA SAP BARCELONA (SECC. 15ª) 12 DE NOVIEMBRE
DE 2014 (JUR 2015\11268) SE APARTA DE SU DOCTRINA ANTERIOR Y
ADOPTA EL CRITERIO DE LA IRRETROACTIVIDAD DE LA SECC. 28 DE
LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID¹**

M^a Carmen González Carrasco
Profesora Titular acreditada a CU Derecho Civil
Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha

Fecha de publicación: 12 de febrero 2015

Recordemos² que en la rebelión de los Juzgados y Tribunales subsiguiente a la publicación de la STS 9 de mayo de 2013, los órganos disidentes han tenido a su favor varios y fundados argumentos. Entre ellos, no faltó la que se apoyaba en la sutil disquisición sobre si la sentencia de casación limitaba o no el alcance de su doctrina al ejercicio de acciones colectivas de cesación. Con base en esta distinción, y en la consideración de una relación directa entre el carácter colectivo de la acción ejercitada en el supuesto contemplado por la STS de 9 de mayo de 2013 y la afectación del Orden Público económico señalado en la letra k) § 293 de dicha sentencia, SAP Barcelona (secc. 15ª) de 16 de diciembre de 2013 (JUR 2014\19672), que conoció del recurso de apelación contra una sentencia dictada en virtud de una acción individual, estimó el

¹ Trabajo realizado dentro del Proyecto de Investigación “Impacto regional de la reciente regulación sobre Derecho de Consumo: el régimen del arbitraje y mediación de consumo, el TR de la LGDCU y la Directiva 29/2005, de prácticas comerciales abusivas”, de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

² CORDERO LOBATO, E . “Nulidad de cláusulas suelo no transparentes: ¿puede el consumidor recuperar los pagos excesivos? (STS, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2013)”. Revista CESCO de Derecho del Consumo (<https://cesco.revista.uclm.es>), núm. 6, págs. 129-133.); AGÜERO ORTIZ, A. “¿Retroactividad o irretroactividad de la eliminación de las cláusulas suelo? o, de la rebelión de los juzgados y audiencias provinciales” (<http://www.uclm.es/centro/cesco/trabajos6.asp>); “Relevancia del carácter colectivo o individual de las acciones de nulidad de las cláusulas suelo sobre la retroactividad de sus efectos” (<http://blog.uclm.es/cesco/notas-jurisprudenciales/>). CARRASCO PERERA, A. “La cláusula suelo, nuevamente a las puertas de la casación”. (<http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/33/17.pdf>). Publicado en Centro de Estudios de Consumo, 3 de marzo de 2014.

recurso y condenó a la devolución de los intereses cobrados en aplicación de la cláusula suelo.

Entonces no existió unanimidad entre los componentes de la Sala, y la decisión de la mayoría en aquella ocasión fue aplicar el artículo 1.303 CC y extender los efectos de la nulidad de la cláusula suelo de forma retroactiva, apartándose expresamente del criterio establecido en la STS 241/2013, de 9 de mayo (RJ 2013, 3088). Con esta divergencia, las Salas especializadas de la AP Madrid (sentencia, sección 28ª, 23 julio 2013) y de la AP Barcelona (en la sentencia antes citada) sostenían interpretaciones distintas sobre cómo debía entenderse el contenido del § 293 de la sentencia del TS.

En definitiva, lo que venía a establecer la SAP Barcelona es que diez de las once circunstancias valoradas por el Pleno del Tribunal Supremo para denegar la retroactividad de la sentencia, eran predicables tanto de las acciones colectivas como de las individuales. Pero que, respecto de una acción individual, ni la STS constituiría cosa juzgada material, ni se daría el "riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico" (apartado k/ del § 297 de la Sentencia)³.

Dicha resolución fue objeto de un voto particular según el cual, y con apoyo expreso en la doctrina seguida por la SAP de Madrid, Sección 28ª, de 23 de julio de 2013 se viene a sostener la aplicación de la irretroactividad declarada por el TS con base en tres argumentos que podrían resumirse como sigue :

- a) El Tribunal Supremo no asocia el riesgo de afectación del Orden Público económico con el tipo de acción -colectiva o individual- sino con la habitualidad de la cláusula y con la extensión de la doctrina jurisprudencial a multitud de contratos.
- b) Resulta del todo punto ilógico que una misma situación jurídica merezca una respuesta judicial distinta según cual sea cauce procesal seguido para lograr su protección; y
- c) El problema ocasionado por el efecto vinculante de una cláusula declarada nula por abusiva, en contra de lo dispuesto en el artículo 6.1 de la Directiva 93/2013 ya fue tomado en consideración (y por ende, descartado como impeditivo de la irretroactividad de efectos) por el Pleno del Tribunal Supremo al fijar su criterio,

³ "...La naturalesa d'aquest litigi (acció de nullicitat instada per un consumidor en relació amb un contracte individualitzat) difereix de la del judici decidit per la STS de 9 de maig de 2013 (acció col·lectiva de cessació). Ni aquest procés queda afectat per l'efecte de cosa jutjada material de la STS ni les circumstàncies del nostre cas s'identifiquen amb les d'aquell (singularment la tinguda en compte en l'apartat 293, k: el risc de trastorns greus amb transcendència a l'ordre públic econòmic)".

que en ningún momento se basó en la diferenciación entre la naturaleza individual o colectiva de la acción ejercitada.

La SAP Barcelona (secc. 15ª) de 12 de noviembre de 2014 (JUR 2015\11268), dictada tras algunos cambios en la composición subjetiva del tribunal, ha variado el criterio para hacerlo coincidir con este voto particular y con ello, con la doctrina de la SAP Madrid, Sección 28ª. El resultado de este cambio es que ahora considera concurrentes en el caso enjuiciado (iniciado mediante acción individual) todos los motivos de la irretroactividad declarada por el 297 STS de 9 de mayo de 2013, incluso el riesgo señalado en último lugar (letra k), que no es asociado por el TS con el tipo de acción ejercitada -colectiva o individual- sino con la habitualidad de la cláusula y con la extensión de la doctrina jurisprudencial a multitud de contratos. Y En consecuencia, confirma la sentencia del juzgado (que había negado la devolución de los intereses ya pagados en virtud de la aplicación de la cláusula declarada nula) sin imposición de las costas de ninguna de las dos instancias debido a la disparidad de criterios judiciales y a las razonables dudas de hecho suscitadas por la cuestión.
