

2. DERECHO MERCANTIL

Transacción, novación y nulidad respecto de cláusulas suelo en la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2018

Settlement, novation and nullity of ground clauses in the judgment of the Spanish Supreme Court dated on 11 April 2018

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

*Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación
Profesor de Derecho Civil y Abogado*

RESUMEN: La sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2018 declara la validez de una transacción entre el cliente y la entidad de crédito respecto de una cláusula suelo.

ABSTRACT: *The judgment of the Spanish Supreme Court dated 11 April 2018 declares the validity of a settlement signed between the costumer and the credit entity in relation to a ground clause.*

PALABRAS CLAVE: Derecho de contratos. Transacción. Nulidad.

KEY WORDS: *Contract Law. Settlement. Nullity.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. CRÍTICA A LOS ARGUMENTOS PARTICULARES DE LA SENTENCIA DEL PLENO DEL TRIBUNAL SUPREMO NÚM 205/2018, DE FECHA 11 DE ABRIL DE 2018.—III. BIBLIOGRAFÍA.—IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. INTRODUCCIÓN

Hemos de partir que de conformidad con el sistema de fuentes establecido por la Constitución española de 1978 y por el artículo 1 del Código Civil, la jurisprudencia no es fuente del Derecho, y que resulta imprescindible a nuestro juicio para comprender el alcance de esta sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2018, analizar aspectos tales como el precedente habido en la revocación del criterio sobre la irretroactividad de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo tras la sentencia del Tribunal Supremo del Pleno de 9 de

mayo de 2013 y los votos particulares que también formuló el Magistrado de la Sala Primera del Tribunal Supremo, D. Javier ORDUÑA, a las SSTs de 25 de marzo (RJ 2015, 735) y 23 de diciembre de 2015 (RJ 2015, 5714), donde se mantenía el criterio establecido en la meritada sentencia del Tribunal Supremo de Pleno de 9 de mayo de 2013, con el objeto de poder entender, en palabras del propio Magistrado D. Javier ORDUÑA, el alcance normativo de la Directiva 93/13 (LCEur 1993, 1071) en aquellos aspectos claves sobre los que se diseña el modelo de aplicación de la misma¹.

Prueba de que la jurisprudencia no es fuente del Derecho fueron los fallos habidos en los Juzgados de Primera Instancia que se desviaron del criterio establecido por la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 sobre la base de distintos argumentos pero entre los que podemos destacar, tal y como hiciera, AGÜERO ORTIZ², «en unos casos la cláusula se considera nula por ser desproporcionada, y así abusiva (pese a la postura del TS), en otros casos se declara nula por no haber cumplido la entidad financiera su obligación de información suficiente, incluso otras veces se conjugan ambos argumentos. Asimismo, son variados los argumentos que fundamentan la condena a la devolución de las cantidades cobradas: orden de prelación de las fuentes del derecho que justifica la aplicación del artículo 1303 del Código Civil prioritariamente a la jurisprudencia sentada por la STS de 9 de mayo; prioridad del Derecho Comunitario y con él la STJUE de 14 de junio de 2012, o simplemente la inexistencia de elementos en el caso enjuiciado que permitan entender que la seguridad jurídica o el orden público económico pueda resultar afectado».

En nuestra literatura jurídica y con el propósito con que utilizaremos el Voto Particular del magistrado ORDUNA MORENO al fallo de la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2018, destacamos las opiniones favorables a la existencia de votos particulares que recoge³ EZQUIAGA GANUZAS cuando se expresa como sigue: «Por último, un efecto favorable más provocado por el voto particular, puesto de relieve por sus defensores, es su capacidad para guiar líneas jurisprudenciales futuras y contribuir a la creación de nuevas mayorías. Las razones por las que un *dissent* puede transformarse con el paso del tiempo en la opinión mayoritaria del tribunal pueden ser diversas. Entre ellas, han sido señaladas el acceso de nuevos jueces o, si está en sintonía con la doctrina y con las expectativas sociales, su colaboración a un cambio de parecer de los miembros del tribunal para decisiones futuras. El origen del argumento se sitúa claramente en la experiencia del Tribunal Supremo americano, donde con relativa frecuencia las *dissenting opinions*, han pasado a ser posteriormente opiniones mayoritarias, aunque quienes se muestran partidarios del voto particular no dudan en aventurar efectos semejantes en cualquier ordenamiento, a causa del carácter anfibiológico de muchas disposiciones jurídicas y de los cambios interpretativos como consecuencia del contexto en el que se desarrolle la aplicación del derecho.

Esta capacidad evolutiva del voto particular ha sido igualmente valorada de forma positiva por estos autores debido a que atenúa el peligro de cristalización de la jurisprudencia; permite la adecuación de las normas a la sociedad sin necesidad de reformas; sirve a la seguridad jurídica al preservar de decisiones sorpresa, ya que permite seguir la evolución de la jurisprudencia y conocer si la decisión está en continuidad con una línea asentada o significa un cambio de opinión; y, por último, y como consecuencia de todas estas cualidades, se afirma que el voto particular incrementa la ciencia del derecho».

Por otro lado, hemos de recordar como el propio Tribunal Supremo ya ha tenido que rectificar su doctrina en materia de cláusulas suelo. En la STS de Pleno

de 24 de febrero de 2017 (RJ 2017, 602) acuerda «modificar la jurisprudencia de esta Sala sobre los efectos retroactivos de la declaración de nulidad de la denominada cláusula suelo» pues de la STJUE de 21 de diciembre de 2016 (TJCE 2016, 309) se desprende que la limitación de los efectos de la declaración de retroactividad equivale a «privar con carácter general, a todo consumidor que haya celebrado antes de aquella fecha un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula de ese tipo, del derecho a obtener la restitución íntegra de las cantidades que haya abonado indebidamente a la entidad bancaria en virtud de la cláusula suelo durante el periodo anterior al 9 de mayo de 2013 (RJ 2013, 3088)».

De esta forma y centrándonos en la repercusión de sus argumentos en relación con el Derecho de la Unión Europea, en el Voto Particular del magistrado ORDUÑA MORENO en la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2015, razona literalmente lo siguiente:

«SÉPTIMO:

— La improcedencia del efecto retroactivo de la sentencia respecto de la prohibición de moderar o integrar la eficacia de la cláusula declarada abusiva.

Por último, debe señalarse que la presente sentencia al declarar la irretroactividad de la nulidad respecto de los pagos de los intereses realizados con anterioridad a la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013, declaración que se realiza de un modo generalizado para todo consumidor adherente, venga no afectado por la acción colectiva de cesación que fue objeto de la citada sentencia, y con independencia de la naturaleza del ejercicio individual de la acción de impugnación, opera, de modo material, una consecuencia jurídica que expresamente viene prohibida tanto por la jurisprudencia del TJUE, sentencia de 14 de junio de 2012 (TJCE 2012, 143) (caso Banco Español de Crédito), como por la reforma legislativa a la que dicha sentencia dio lugar (nuevo artículo 83 de la Ley 3/2014, de 27 de marzo (RCL 2014, 466) de modificación del Texto refundido 1/2007 (RCL 2007, 2164 y RCL 2008, 372), esto es, que se produzca una integración, aunque sea temporalmente parcial, de la eficacia de la cláusula declarada nula por abusiva; extremo que claramente determina la presente sentencia pues en el plano material señalado, afectante al derecho de tutela judicial efectiva de los consumidores, que sin ser parte del proceso judicial establecido y, por tanto, sin atención a las circunstancias concretas de su relación contractual, ven vulnerada su legítima pretensión de impugnación de la citada cláusula y su derecho a la devolución íntegra de las cantidades satisfechas.

Atentándose, del mismo modo, al efecto sancionador y disuasorio que informó la sentencia citada del TJUE, pues dada esta integración parcial de la eficacia de la cláusula nula, el mensaje que se transmite no es otro que el de la posibilidad de incumplir los especiales deberes de transparencia por el predisponente, sin sanción inicial alguna, que es lo que aquí ocurre al no estimarse la restitución de dichas cantidades con carácter «ex tunc», esto es, desde el momento en que venía obligado el predisponente. Bastando, de cara al futuro, que respecto de otras posibles cláusulas conflictivas se provoque una acción colectiva de cesación, cuestión que no descrita su posible instrumentalización abusiva o fraudulenta al respecto, para condicionar su aplicación a este incorrecto plano de la retroactividad y, en consecuencia, a la posible eficacia parcial de la cláusula que se declare abusiva».

Es decir, claramente para el magistrado ORDUÑA MORENO la limitación de la retroactividad de la cláusula suelo por parte del Tribunal Supremo entraba en contradicción con la posibilidad que el juez nacional tiene de moderar los efectos de la cláusula abusiva declarada nula.

De nuevo hemos de traer a colación la fundamentación de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016 para efectuar

un contraste de la misma con los Votos Particulares que ofreció el Magistrado ORDUÑA MORENO en las SSTs de 25 de marzo (RJ 2015, 735) y 23 de diciembre de 2015 (RJ 2015, 5714), para entender la corrección de los argumentos que dicho magistrado hizo valer en sus Votos Particulares en función de la validación de los mismos que con carácter posterior hiciera la referida sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Y en relación con ello, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016 razona sobre lo mismo haciendo descansar su Fallo en lo siguiente:

57. *Para lograr tal fin, incumbe al juez nacional, pura y simplemente, dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que esta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultado para modificar el contenido de la misma (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, C-618/10, EU:C:2012:349, apartado 65).*

58. *En este contexto, por una parte, el juez nacional debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 y, de este modo, subsanar el desequilibrio que exista entre el consumidor y el profesional, desde el momento en que disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios al efecto.*

59. *En efecto, la plena eficacia de la protección conferida por la Directiva 93/13 exige que el juez nacional que haya apreciado de oficio el carácter abusivo de una cláusula pueda deducir todas las consecuencias de esa apreciación, sin esperar a que el consumidor, informado de sus derechos, presente una declaración por la que solicite que se anule dicha cláusula (sentencia de 30 de mayo de 2013, J rös, C-397/11, EU:C:2013:340, apartado 42).*

60. *Por otra parte, al juez nacional no debe atribuírsele la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas, pues de otro modo se podría contribuir a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores (véase, en este sentido, la sentencia de 21 de enero de 2015, Unicaja Banco y Caixabank, C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, EU:C:2015:21, apartado 31 y jurisprudencia citada).*

61. *De las consideraciones anteriores resulta que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que procede considerar, en principio, que una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido, de manera que no podrá tener efectos frente al consumidor. Por consiguiente, la declaración judicial del carácter abusivo de tal cláusula debe tener como consecuencia, en principio, el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula.*

62. *De lo anterior se deduce que la obligación del juez nacional de dejar sin aplicación una cláusula contractual abusiva que imponga el pago de importes que resulten ser cantidades indebidamente pagadas genera, en principio, el correspondiente efecto restitutorio en relación con tales importes.*

63. *Efectivamente, la exclusión de tal efecto restitutorio podría poner en cuestión el efecto disuasorio que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, en relación con el artículo 7, apartado 1, de esa misma Directiva, pretende atribuir a la declaración del carácter abusivo de las cláusulas contenidas en los contratos celebrados por un profesional con los consumidores.*

Para el Tribunal de Justicia de la Unión Europea la limitación de la retroactividad de la cláusula suelo por parte del Tribunal Supremo entraba claramente

en contradicción con la posibilidad que el juez nacional tiene de moderar los efectos de la cláusula abusiva declarada nula, resultando este razonamiento uno de los elementos determinantes de su Fallo.

Pues bien sobre la base de estos antecedentes y de los criterios que ha establecido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el valor normativo de la Directiva 93/13 (LCEur 1993, 1071) es con lo que nos proponemos analizar el Fallo de la Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2018.

II. CRÍTICA A LOS ARGUMENTOS PARTICULARES DE LA SENTENCIA DEL PLENO DEL TRIBUNAL SUPREMO NÚM. 205/2018, DE FECHA 11 DE ABRIL DE 2018

En la exposición del siguiente apartado, si bien metodológicamente hablando hubiera sido más correcto seguir el orden lógico de las exposiciones y argumentaciones que realiza el magistrado ORDUÑA MORENO en su Voto Particular al Fallo de la Sentencia del Pleno del 11 de abril de Tribunal Supremo de 2018, en función de la primacía del Derecho de la Unión Europea y luego analizar la cuestión desde el prisma del Derecho nacional, hemos preferido sin embargo el tratamiento desde una óptica diferente, a saber, siguiendo el propio orden argumentativo de la sentencia del Pleno del 11 de abril del Tribunal Supremo por aumentar el pragmatismo de nuestro estudio y porque creemos que en este orden serán analizadas, más que probablemente, los pactos de renuncia de acciones en los pleitos sobre nulidad de cláusulas suelos por parte de nuestros Juzgados.

Con dicho ánimo y aun siendo conscientes de la crítica metodológica que se nos pudiera hacer según hemos apuntado anteriormente, comenzamos nuestro análisis sobre la base de exponer el argumento del Tribunal Supremo, el contrargumento concreto del Voto Particular y nuestra opinión, sobre:

i) Calificación de los contratos: transacción, novación

Los contratos analizados por la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2018 en lo que ahora interesa contienen dos estipulaciones relevantes: se pacta que a partir de entonces y para el resto del contrato el tipo de interés mínimo aplicable será el 2,25%; las partes declaran que ratifican la validez de los dos préstamos originarios y los prestatarios renuncian a ejercitar cualquier acción que traiga causa en su formalización y clausulado, así como por las liquidaciones y pagos realizados hasta la fecha.

a) Argumentos del Tribunal Supremo

Para llegar a la convicción de que los contratos enjuiciados son transacciones y no novaciones, el Tribunal Supremo lo efectúa desde la base de que en los mismos se aprecia «...*concesiones recíprocas para evitar el pleito...*», distinguiendo el caso de aquel resuelto en la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 2017 en función de en esta última sentencia se trataba de una auténtica novación puesto que el cambio obligacional se produjo no para evitar un pleito sino para

igualar el límite de la cláusula suelo a todos los compradores de una misma promoción inmobiliaria, razonando expresamente en esta sentencia de Pleno del Tribunal Supremo lo siguiente: *«Lo que distingue la sentencia 558/2017, de 16 de octubre, del presente caso es que en el caso objeto de aquella sentencia no se apreció la voluntad de realizar concesiones recíprocas para evitar el pleito, sino que la finalidad del acuerdo era equiparar el suelo al previsto para otros compradores de la misma promoción»*.

b) Argumentos del Voto Particular

Por su parte el Voto Particular de ORDUÑA MORENO, interpretando el contrato litigioso, se decanta por la naturaleza de la novación en función del siguiente razonamiento:

«En este sentido, y dado que no hay cuestión interpretativa al respecto, por la naturaleza predispuesta de los documentos, la apreciación de «la voluntad de novar» de la entidad bancaria resulta clara, pues no solo califica dichos documentos como «contratos de novación modificativa de los préstamos» (rúbrica de los contratos y exponiendo VI), sino que además expresamente destaca dicha calificación para indicar su sujeción a la Ley 2/1994, de 30 de marzo (cláusula quinta). A su vez, y de un modo principal y determinante, es el «efecto novatorio» el que estructura y vertebraba el contenido obligacional de los citados documentos que, en todo momento, parten de la «validez y vigor de los préstamos suscritos y de sus condiciones» (cláusula tercera), así como del alcance modificativo de la novación operada (exponiendo VI y cláusula quinta).

3. En todo caso, la calificación de dichos documentos como contratos transaccionales también tropieza con dos importantes objeciones. La primera es que tanto la finalidad como el contenido de los citados documentos no reflejan, en modo alguno, la «existencia de una situación litigiosa o controversia» que pretenda sustituirse por otra cierta para evitar un pleito entre las partes (entre otras SSTs de 3 de febrero de 1998, de 24 de julio de 1996 y 16 de febrero de 2010). En efecto, en el presente caso, en el que ni siquiera hubo una previa reclamación formal de los clientes, la entidad bancaria, como se ha señalado, en ningún momento contempla la existencia de situación litigiosa o de controversia acerca de la validez de las cláusulas suelo incorporadas a los contratos de préstamo hipotecario. Por el contrario, parte de la validez de las mismas y, sobre todo, que la novación o modificación operada obedece o queda justificada por el citado «cambio de la coyuntura económica financiera» (exponiendo V); de forma que la cláusula de renuncia de acciones se le presenta a los clientes de un «modo inocuo» y, por tanto, sin ser conscientes de las consecuencias jurídicas y económicas que pudieran derivarse de su situación de litigiosidad.

La segunda, conexa a la anterior, es que la entidad bancaria predisponente al silenciar deliberadamente la situación litigiosa o de controversia de las cláusulas suelo impide que la renuncia de derechos de los consumidores pueda ser calificada «de clara, terminante e inequívoca, como expresión indiscutible del criterio de voluntad determinante de la misma, y revelación expresa o tácita pero mediante actos concluyentes igualmente claros e inequívocos», tal y como exige la jurisprudencia de esta Sala (entre otras, sentencias 57/2016, de 12 de febrero, 221/2017, de 5 de abril y 358/2017 de 6 de junio). En el presente caso, las «meras quejas» de los consumidores por los intereses pagados con arreglo a la aplicación de las cláusulas

suelo y su adhesión a la rebaja propuesta por la entidad bancaria no constituyen actos inequívocos de su voluntad de convalidación de dichas cláusulas, ni de un acuerdo transaccional sobre las consecuencias de la controversia acerca de su posible validez; cuya ineficacia y alcance último ha sido conocido por los consumidores tras la STJUE de 21 de diciembre de 2016».

De esta forma, el Voto Particular niega la existencia de una transacción al razonar que:

- No existe una previa situación litigiosa entre las partes
- No existe una clara voluntad de las partes de lograr una transacción

En realidad el motivo de discordia se centra en la aplicación al caso de lo previsto en el artículo 1208 del Código Civil que recordemos que: «*La novación es nula si lo fuere también la obligación primitiva, salvo que la causa de nulidad solo pueda ser invocada por el deudor, o que la ratificación convalide los actos nulos en su origen*», resultando que la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2018 niega la aplicación del mismo al caso sobre la inexistencia de una transacción y no una novación, mientras que el Voto Particular sostiene precisamente lo contrario.

c) Nuestra opinión

- *El litigio como elemento necesario de la transacción:*

Recientemente TAMAYO HAYA⁴, en su comentario al artículo 1809 del Código Civil, resume las diferentes posturas sobre el entendimiento de este elemento de la transacción de la siguiente forma:

— La teoría de la *res dubia*: Consideran los partidarios de esta teoría que para poder transigir una cuestión no es preciso que se haya hecho litigiosa sino que es suficiente una *res dubia*, es decir, una falta de certeza o inseguridad entre las partes. Dentro de los que apoyan esta teoría se encuentran divididos entre los que defienden una concepción subjetiva u objetiva de la duda. Si lo dudoso hace referencia a la relación jurídica o a los derechos de las partes, la incerteza será objetiva. Se trata, por tanto, de una duda sobre la disciplina de una determinada relación o sobre la propia existencia de un derecho. De otro lado, cuando es a las partes a quienes en su apreciación les parece dudoso su derecho, será subjetiva. Mientras la situación preexistente es cierta para el derecho no lo es sin embargo para las partes (...) La incerteza en función de su capacidad de generar un litigio: Si hasta ahora se ha hecho alusión a un concepto de incerteza de forma autónoma, para los partidarios de esta teoría, el análisis se centra en su capacidad para generar un litigio; es decir, vista la incerteza y el litigio en una relación de medio a fin. El elemento necesario es la *res dubia* de la que nace la controversia. De tal forma que con la conclusión de la transacción lo que las partes persiguen no es ya la eliminación de la incerteza en sí misma considerada sino en cuanto a la potencialidad de convertirse esta en causa de litigio.

— La teoría de la *res litigiosa*: Es presupuesto de la transacción la situación puramente litigiosa. Incluso aquí la incerteza puede tener cabida pero en un sentido distinto a los casos anteriores; concretamente en el sentido de que la controversia es la que hace generar siempre la duda. Por consiguiente, es el litigio, el que manifestado objetivamente con el choque de pretensiones, adopta la forma de duda. Viene a deducirse de estas consideraciones que la incertidumbre más que ser el origen de la controversia es la consecuencia de esta.

d) La ambigüedad del criterio jurisprudencial

Del mismo modo, esta última ha sido en numerosas ocasiones la orientación seguida por nuestra jurisprudencia, remarcando la necesidad de una situación de litigio en torno a las posiciones y pretensiones de las partes (SSTS de 24 de julio de 1996; 31 de enero de 1985; 8 de marzo de 1962; 26 de abril de 1963; 6 de noviembre de 1965; 29 de abril de 1966; 10 de junio de 1968; etc.).

En otras ocasiones incluso, ha llegado a afirmar el carácter de la incertidumbre como resultado de la controversia, único sentido en el que esta se puede entender: SSTS de 9 de marzo de 1948; 3 de mayo de 1958; 14 de mayo de 1982. Si bien pueden señalarse decisiones discrepantes. En unas ocasiones hablando de incertidumbre y de cuestión dudosa: SSTS de 16 de diciembre de 1953; 26 de abril de 1963; 13 de julio de 1940; 14 de mayo de 1982; 20 de diciembre de 2000; 20 de octubre de 2004. Otras veces aclara este punto y considera que los transigentes pueden alcanzar su convenio por temer razonablemente sobre el éxito de su proceso: STS de 20 de diciembre de 2000 citando a la sentencia de 6 de noviembre de 1965 [«La inseguridad propia de dicho negocio jurídico no se refiere al elemento objetivo de la relación obligatoria transigida, que necesariamente debe ser cierto, preciso, conocido y determinado, sino al resultado de la decisión jurisprudencial que pudiera poner fin a las diferencias de los contratantes, lo que constituye el factor psicológico (*timor litis*) que les mueve al otorgamiento del contrato»]. Asimismo la sentencia de 3 de mayo de 1958 estableció que la transacción versa sobre una cuestión dudosa, lo que ha de entenderse no por el valor racional de la duda, sino por su valor real, nacido de la contradicción de juicio de las partes, cualquiera que sea el fundamento con que respectivamente se contradicen o disientan. En el mismo sentido las siguientes 16 de diciembre de 1953, 16 de mayo de 1991, 18 de junio de 2007, señalando que es suficiente para que la causa exista una incertidumbre puramente subjetiva.

No obstante, muchas otras expresiones son utilizadas por la jurisprudencia de forma dispar y sin ningún criterio lógico para referirse a este primer presupuesto. De todo ello es lógico concluir que no mantiene una línea uniforme sino que más bien se expresa de forma ambigua y confusa. No viene, por lo tanto, a esclarecer la cuestión aquí planteada pues no nos ofrece un criterio seguro. Confusión explicada, por lo demás, en cuanto que en la mayoría de las ocasiones la controversia viene acompañada de dudas razonables. En cambio, sí puede servirnos como orientación el hecho de que en ningún caso el Alto Tribunal adujera la inexistencia de una incertidumbre para rechazar la validez de la transacción, mientras que por el contrario, sí que lo ha hecho en relación con la controversia.

(...) El análisis del derecho positivo —artículo 1809— pone de manifiesto como el legislador eliminó toda referencia a las cosas dudosas lo que puede dar pie a considerar que el presupuesto de la transacción no es tanto una relación jurídica dudosa como una relación controvertida y, por lo tanto, a diferencia del derecho romano, solo dirime controversias entre las partes. Precisamente la necesidad de controversia o de litigio deriva de la idea de pleito. Ahora bien, este artículo dispone expresamente que a través de la transacción las partes evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado. El TS considera que no se exige rigurosamente la amenaza de un pleito sino solo su posibilidad que aparece en cuanto media cualquier desacuerdo entre las partes que fuera susceptible de provocarlo (SSTS de 8 de marzo de 1962, 8 de marzo de 1969, 21 de octubre de 1977; 18 de octubre de 1984). Puede por tanto afectar la transacción a una relación jurídica no litigiosa pero susceptible de serlo (SSTS

de 2 de junio de 1989; 16 de octubre de 1995, 5 de diciembre de 1988; 13 de octubre de 1997; 27 de noviembre de 1987, 20 de abril de 1989, 16 de mayo de 1991; 4 de abril de 1991, etc.).».

Entendemos con GULLÓN BALLESTEROS (catedrático de Derecho civil y ex magistrado del Tribunal Supremo)⁵ que es esencial a la transacción la idea de «controversia», cuando razonaba lo siguiente: «Así, pues, en los supuestos en que falte toda controversia entre las partes, aunque exista una incertidumbre objetivamente, no propiamente jurídica, sino de hecho, la transacción falta también. Si no hay controversia o —que es la misma cosa— discorde valoración de la situación jurídica por parte de los sujetos interesados —dice CARRESI— no puede existir transacción; en particular, no es transacción el acuerdo mediante el cual el acreedor, frente a la actitud del deudor que declara no estar en disposición de cumplir la obligación o también para evitar los gastos y dilaciones de un proceso, (proceso sin litis, es decir por pretensión insatisfecha, pero no negada), consiente en recibir del deudor o de un tercero por él, una suma inferior o una diversa prestación de la debida». Concluye, pues GULLÓN BALLESTEROS⁶, sobre el particular afirmando que: «Así, pues, y resumiendo sobre esta materia, la transacción para nosotros tiene como misión la de cortar una controversia, que nace precisamente del conflicto de pretensiones de las partes sobre la regulación jurídica de la situación existente entre ellos, bien se haya llevado a la autoridad judicial, bien sea susceptible de ello».

Por tanto a nuestro juicio, lo esencial es que exista controversia, discorde valoración de la situación jurídica por parte de los sujetos interesados, pues si tales diferencias no existen, tampoco puede existir transacción, la que tiene como misión cortar, poner fin a esa controversia nacida del conflicto de pretensiones de las partes sobre la regulación jurídica de la situación existente entre ellos. En definitiva, ha de haber una relación jurídica incierta, al menos subjetivamente a juicio de las partes, aunque objetivamente no lo sea.

Por ello, en el presente caso de la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2018, si bien *a priori* sí que podríamos estimar la existencia de una controversia (discorde valoración de la situación jurídica por parte de los sujetos interesados) que de forma aislada sí podría llevarnos a la existencia de una transacción, para ello es necesario que efectivamente hubiera una formación de la voluntad acorde, suficiente y necesaria que implicara por parte de los clientes bancarios el entendimiento de la existencia de dicha controversia lo cual no parece que pueda mostrarse completamente con los datos del caso, cobrando plena efectividad el hecho de que los clientes firmaran el contrato *sin ser conscientes de las consecuencias jurídicas y económicas que pudieran derivarse de su situación de litigiosidad*. Por tanto, dicha falta de conciencia implica que no pueda hablarse de «discorde valoración», ya que una valoración necesariamente requiere la formación de un juicio previo sobre la cuestión sobre la base de una plena cognoscibilidad del alcance del resultado de dicha valoración. De ahí que, entendamos que no puede sostenerse con claridad el elemento necesario de la transacción (controversia) para entender que nos encontramos con una transacción en el presente caso, en contra de lo que sostiene la sentencia plenaria. Si bien, somos conscientes de la dificultad de lo anterior y que en suma va a depender en gran medida la apreciación o no del elemento de la «controversia» en función de la actividad probatoria que se despliegue en el pleito en cuestión.

— *No existe una clara voluntad de las partes de lograr una transacción*

La renuncia de derechos, como manifestación de voluntad llevada a cabo por el titular de un derecho por cuya virtud hace dejación del mismo, ha de

ser, además de personal, clara, terminante e inequívoca, sin condición alguna, con expresión indiscutible del criterio de voluntad determinante de la misma, y revelación expresa o tácita, pero mediante actos concluyentes igualmente claros e inequívocos.

En este presente caso, de acuerdo con las anteriores precisiones, debe concluirse que no concurren los presupuestos exigibles para considerar que el citado documento contenga una auténtica y plena renuncia de derechos.

Así, no se trata de una renuncia en sentido propio. El cliente se limita a firmar un documento elaborado y prerredactado por la entidad bancaria a tal efecto y llevado por la confianza, y la urgencia o necesidad, de obtener una solución al problema surgido de hacer frente a las consecuencias negativas de una cláusula suelo en cuya negociación faltó la transparencia adecuada.

— *Transacción y Novación*

Somos conscientes de la dificultad de apreciación de los dos elementos anteriormente analizados por el Voto Particular (existencia de controversia y voluntad clara e inequívoca) aunque de los datos del caso podamos asumir la inexistencia de los mismos, por lo que el análisis del particular habrá de ser determinante para poder verificar la concurrencia de tales requisitos de la transacción.

Sin embargo a nuestro juicio, sí que existe un clásico en materia de transacción que no es abordado ni en la sentencia del Pleno ni en el Voto Particular y que puede permitir entender que no nos encontramos ante una transacción en el supuesto de Autos con mayor facilidad que el análisis de los meritados elementos anteriores, a saber, el difícil deslinde entre las figuras de la transacción y la novación, ya que esto no está exento de dificultades doctrinales y jurisprudenciales, enraizando profundamente con la concepción que se siga sobre la transacción.

TAMAYO HAYA (*vid. op. cit.*), afirma lo siguiente: «En efecto, en primer lugar la transacción no es en sentido estricto una novación y así lo derivamos de un análisis comparativo entre ambas figuras: —Si bien la novación viene referida únicamente a las relaciones obligatorias sin tipificarse en un contrato singular, la transacción, por contra, es un tipo contractual que puede extenderse a todo tipo de relación real u obligatoria. —Pese a que ambas operan sobre una relación preexistente, el carácter de esta varía, pues si bien la transacción parte de la existencia o posibilidad de un litigio que provoca un estado de incerteza, en la novación esta premisa se centra en la existencia segura de una obligación. —Mientras la novación opera una sustitución de obligaciones unidas entre sí por un estricto nexo causal, de tal forma que la validez de la obligación nueva presupone aquella de la obligación novada, la transacción novativa sustituye una relación incierta e inválida por otra cierta y válida haciendo independiente la validez de la obligación nueva de la situación precedente. —El *animus novandi* se contraponen al *animus transigendi*: Aunque en un primer momento parezca que pueda darse una novación, las partes no tienen intención de novar, no persiguen la modificación o extinción de una relación obligatoria, sino evitar un pleito.

La consecuencia inmediata de estos argumentos es clara: La transacción no está subordinada a los requisitos y normas de la novación porque los dos institutos son de naturaleza jurídica profundamente diversa, solo coinciden eventualmente en los efectos. Cuando así ocurra, las partes no están haciendo un contrato de novación sino un contrato de transacción novatorio (En este sentido dice la STS de 30 de marzo de 1992 que el contrato suscrito no puede tener la consideración de una novación extintiva sino de un contrato transaccional novatorio y por lo tanto no ha de seguirse la disciplina jurídica del art. 1204). Solo el resultado práctico de la novación puede constituir en algunas ocasiones

un efecto del negocio transativo como una consecuencia del negocio jurídico no buscada sino producida.

Los autores vienen a ligar el efecto novatorio o no a la respuesta que se dé sobre la cuestión relativa a la naturaleza de la transacción. Puede que haya solo reconocimiento, en el que la nueva obligación no discrepe en nada de la antigua sino que se limite a fijarla o aclararla, con lo cual, lo único que ocasiona es la creación de certeza y no la creación ni la transferencia de derechos; consiguientemente no produce efecto innovador alguno. O que se produzca la creación de una relación de derechos nueva, en la que la transacción opere como causa o fuente del nuevo contrato o de la modificación del antiguo. Difícilmente la transacción cuando se haga con la creación de alguna nueva relación y la contemporánea extinción de cualquier relación preexistente, evitará el ámbito de la novación».

A nivel jurisprudencial la cuestión no está bien aclarada, así TAMAYO HAYA (*vid. op. cit.*) «la jurisprudencia no aporta luz en esta materia, en cuanto que no existe una línea jurisprudencial uniforme. Si venía a considerarse a la transacción como una forma de novación era en cuanto sustituía relaciones precedentes pero sin indicarnos cómo se realiza, ni el alcance de la modificación (SSTS como la de 26 de junio de 1969, 9 de marzo de 1948, 4 de abril de 1991). En otras ocasiones se limita a realizar meras declaraciones genéricas del efecto novatorio (SSTS de 6 de noviembre de 1993, 5 de abril de 1957, 10 de abril de 1964, 13 de junio de 1966, 26 de junio de 1969). Y no han faltado sentencias que han reconocido tanto la existencia de una novación extintiva como modificativa (SSTS de 8 de febrero de 1926 —núm. 106, t. 87, 432—, 26 de abril de 1963, 19 de diciembre de 1960). Indica la STS de 10 de julio de 2002 que *«toda transacción provoca el nacimiento de nuevos vínculos u obligaciones en sustitución de los extinguidos, o la modificación de estos, de suerte que, sea judicial o extrajudicial, tienen carácter novatorio y produce el efecto de la sustitución de una relación jurídica puesta en litigio por otra cierta e incontrovertida»*. La siguen sentencias de 29 de julio de 1998, 15 de noviembre de 2004, 8 de julio de 2008;... En cambio, otra línea jurisprudencial, en contra de lo que pareciera suponer de lo anterior, rechaza la aplicación de las normas de la novación a la transacción (STS de 6 de febrero de 1959).

Por su parte, otros autores como DURÁN RIVACOBIA y MENÉNDEZ MATO⁷, razonan que: «Transigir comporta de suyo el cambio en las obligaciones previas, en este caso sobre su faceta jurídica. En términos doctrinales el fenómeno se conoce por novación, capítulo en el que de inicio se discute acerca de su naturaleza modificativa o extintiva de la hipótesis o presupuesto de partida. El mismo que promueve su solución a través de mutuas contraprestaciones marcadas en el Código Civil como dar, prometer o retener alguna cosa».

Estos últimos autores, se hacen eco de la jurisprudencia existente que confirma la existencia del carácter novatorio de la transacción, del siguiente modo: «Ya se siga la orientación doctrinal que asigna a la transacción una finalidad de eliminación de controversias mediante una nueva reglamentación y una nueva situación contractuales, en tanto en el negocio de fijación jurídica la situación permanecería idéntica aunque aclarada, ya se siga el criterio jurisprudencial que equipara, al menos en algunos casos, las consecuencias jurídicas de ambas figuras, como mediante un detallado análisis de la doctrina de esta Sala explica la reciente sentencia de 15 de marzo del corriente año, lo cierto es que, según declara la jurisprudencia, toda transacción provoca el nacimiento de nuevos vínculos u obligaciones, en sustitución de los extinguidos, o la modificación de estos, de suerte que, sea judicial o extrajudicial, *«tiene carácter novatorio y produce el efecto de la sustitución de una relación jurídica puesta en litigio por otra cierta*

e incontrovertida» (sentencia de 29 de julio de 1998 [RJ 1998, 6452], con cita de otras muchas), declarando a su vez la Sentencia de 29 de noviembre de 1991 [RJ 1991, 8575] que será la transacción la que «regule las reclamaciones futuras ínsitas en la materia transigida, bien integren la ratificación, modificación o extinción de todas o alguna parte de aquellas o la creación de otras distintas», y la de 30 de octubre de 1989 [RJ 1989, 6972] que en toda transacción deben entenderse resueltas y terminadas cuantas cuestiones tengan relación directa con el objeto transigido, en tanto no exista excepción expresa (sentencia de 11 de noviembre de 1904), y si tiende a evitar la prosecución de un pleito o a poner término al ya comenzado, como dice la sentencia de 30 de marzo de 1950 [RJ 1950, 573], no garantiza el evento de que uno de los contratantes la incumpla y haga precisa la intervención judicial para vencer la voluntad rebelde y procurar que la transacción rinda su finalidad esencial de dirimir divergencias en la forma convenida por los propios contratantes» (STS de 10 de julio de 2002 [RJ 2002, 5908]).

Por otro lado, GULLÓN BALLESTEROS⁸, cuando analiza la naturaleza jurídica de la transacción propone una serie de ejemplos que estimamos muy útiles para el tratamiento y resolución del problema que en estos momentos nos ocupa, cuando nos ilustra del siguiente modo:

«Para la debida comprensión del tema conviene partir de los siguientes esquemas que constituyen la estructura u osamenta de la generalidad de los acuerdos transaccionales: Una de las partes renuncia a sus pretensiones a cambio de que la otra, que ve reconocida su situación jurídica, se comprometa a realizar una prestación en favor del renunciante (entregarle una cantidad de dinero, una cosa mueble o inmueble, etc.). Una de las partes renuncia parcialmente a sus pretensiones, y en contraprestación la otra hace igual (A reclama a B mil, y transigen reconociéndose este último deudor de quinientos). Ambas partes renuncian a sus pretensiones, a cambio de la eliminación de la relación jurídica de donde nació la controversia, o de su modificación. Aquí, a diferencia de los casos anteriores, no hay renunciaciones ni reconocimientos, sino una novación modificativa o extintiva de una relación jurídica, que tiene una causa transativa (la eliminación de la controversia). Por ejemplo, el arrendador sostiene que el arrendatario no estaba facultado por el contrato para hacer las obras que ha realizado, y este lo contrario. Ponen a fin a sus diferencias, celebrando un nuevo contrato de arrendamiento o modificando el antiguo en las cláusulas referentes a la renta, que se acuerda o aumenta en una revisión anual.

En la primera hipótesis, cuando lo sacrificado es un derecho distinto del controvertido, el contrato de transacción es causa justificativa del desplazamiento patrimonial y por ello puede decirse que tiene naturaleza dispositiva. Su reciprocidad y onerosidad se encuentra en que, a cambio de una prestación, el que la ha de recibir renuncia a sus pretensiones, reconociendo así la situación jurídica del obligado a hacerla y, por supuesto, la fuente en donde tal situación se asienta o de donde dimana (un testamento, un contrato, etc.).

En la segunda hipótesis, hay que descartar la naturaleza traslativa de la transacción, opinión por otra parte muy minoritaria en la doctrina, porque ni A ha dado nada a B ni este a aquel. Sus renunciaciones no tienen por objeto derechos ciertos ni determinados, sino pretensiones. ¿Es entonces modificativa de la situación jurídica existente entre A y B? Aparentemente sí, pero en rigor no se podría afirmarlo, porque la verdadera situación jurídica, ha quedado oscurecida por la controversia. Por tanto, en esta hipótesis las partes lo que han hecho es fijar o aclarar su verdadera situación jurídica, mediante renunciaciones y reconocimientos, como lo hace una sentencia o un laudo arbitral. La diferencia estribaría en que

la ley obliga en esta fijación convencional a proceder por la vía de mutuas concesiones. Ahora bien, la transacción es un contrato, que como tal crea obligaciones entre las partes. Aquí serían las de no dar a la situación jurídica existente entre ellas más sentido o alcance que el que se ha plasmado en la nueva transacción. Por tanto, sería una nueva fuente de una relación jurídica, que coexistiría aclarándola y fijándola. En el ejemplo que se puso, obsérvese que B se reconoce deudor por el mismo título con el que A le reclamaba mil, cuyo alcance y extensión ha fijado la transacción pero sin hacerlo desaparecer.

En la última hipótesis, la transacción es la causa del nuevo contrato o de la modificación del antiguo, y aquí es indudablemente fuente de una relación jurídica nueva que sustituye a la anterior, o de una modificación de esta».

En la inteligencia de lo anterior, traemos también a colación las palabras de GULLÓN BALLESTEROS⁹, acerca de lo que estima una novación con finalidad transativa cuando razona esto: «Ahora bien, el que en la típica transacción el efecto novatorio no se consiga, no quiere decir que no pueda hacerse una novación que implique modificación o extinción de la relación precedente de donde las partes arrancan sus pretensiones que han dado origen a la controversia. En esos casos se compone la *litis*, no fijando o declarando el derecho o pretensión discutida, sino eliminando o modificando su fuente. Así, cuando se renuncia, a la acción de desahucio por obras incontinentidas acordando el arrendador y arrendatario la celebración de un nuevo contrato de arrendamiento, o la modificación en algunas de sus cláusulas del primitivo. En rigor se debe hablar más que de transacción novativa, de novación con finalidad transativa, porque falta toda declaración o fijación esencial de la genuina transacción».

Para la ubicación del contrato firmado por las partes litigantes en la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2018 en uno de los ejemplos expuestos por GULLÓN BALLESTEROS (*...que constituyen la estructura u osamenta de la generalidad de los acuerdos transaccionales*) conviene transcribir el pacto suscrito, que fue en lo que ahora nos interesa del siguiente tenor:

»PRIMERO. Con efecto desde la próxima cuota de préstamo pactada y para toda la vida del préstamo, el tipo mínimo aplicable de interés será el 2,25%, en sustitución del convenido inicialmente.

»En consecuencia, si el tipo de interés aplicable en cada momento, calculado en la forma estipulada en la escritura de préstamo reseñada, fuera inferior al tipo mínimo del 2,25% ahora convenido, se aplicará de forma preferente este último.

»SEGUNDO. El resto de condiciones financieras, incluido el tipo máximo de interés aplicable, no sufren variación alguna y seguirán en vigor a todos los efectos.

»TERCERO. Las PARTES ratifican la validez y vigor del préstamo, consideran adecuadas sus condiciones y, en consecuencia, renuncian expresa y mutuamente a ejercitar cualquier acción frente a la otra que traiga causa de su formalización y cláusulado, así como por las liquidaciones y pagos realizados hasta la fecha, cuya corrección reconocen.

Ubicados en el esquema transativo anterior, el cliente bancario en el presente caso no deja de reclamar el principal e intereses derivados de la nulidad de la cláusula suelo porque a cambio recibe una prestación del Banco. Tampoco el cliente bancario está reclamando una cantidad por principal e intereses derivados de la nulidad de la cláusula suelo y acuerda con el Banco que se le entregue una cantidad inferior, sino que el cliente bancario accede a no interponer la demanda de nulidad de la cláusula suelo para la reclamación de principal e intereses y a cambio ambas partes modifican el tipo mínimo aplicable (suelo) del 4,25% al 2,25%, es decir, modificando el contrato de préstamo firmado entre ambos.

Pues bien, a nuestro juicio, el cliente bancario está renunciando a una de sus pretensiones (acción de nulidad para la eliminación por completo de la cláusula suelo) que inicialmente era sostenida en su integridad por el Banco, mediante la modificación del contrato que les unía (la rebaja de la cláusula suelo), lo que supone en nuestra opinión que en el caso de Autos nos encontremos ante una novación con finalidad transativa y no ante una simple transacción, por lo que entendemos plenamente aplicable al caso el artículo 1208 del Código Civil (*nulidad de la novación al ser nula la obligación primitiva*)¹⁰ en contra de lo que opina el Tribunal Supremo y de conformidad con lo que estima el Voto Particular, aunque este último no resulte en nuestra creencia lo suficientemente explícito sobre este particular.

ii) Transacción en el ámbito de la contratación con consumidores

a) Argumentos del Tribunal Supremo

El Tribunal Supremo aludiendo a la validez de la mediación y de la homologación judicial de acuerdos celebrados entre consumidores y empresarios, admite que la transacción no está prohibida en el ámbito de la contratación con consumidores, razonando lo siguiente:

«Pero el hecho de que en la mediación existan unas garantías que no se dan en la transacción, no determina que necesariamente la transacción esté vedada en el ámbito de consumo, al no existir norma que lo prohíba. Sin perjuicio de que la ausencia de estas garantías en la transacción derive en una revisión de la validez del acuerdo a la luz de las normas que regulan los contratos celebrados con consumidores para preservar así el debido respeto a sus derechos establecido en normas imperativas.

7. Esta interpretación se adecua al criterio seguido por esta Sala en resoluciones anteriores que se refieren a la validez y eficacia de los acuerdos transaccionales alcanzados entre un empresario y un particular. Así por ejemplo, esta Sala, estando pendiente la resolución de los recursos de casación en casos similares al presente en que estaba en cuestión una cláusula suelo, ha homologado las transacciones alcanzadas por las partes [autos de 8 de junio de 2016 (recurso núm. 826/2015) y 6 de julio de 2016 (recurso núm. 801/2015)]».

b) Argumentos del Voto Particular

Por su parte el Voto Particular de ORDUÑA MORENO, sin rechazar la posibilidad de transacción en el ámbito de la contratación con consumidores estima que:

«Tampoco la entidad bancaria podía recurrir a la figura de la transacción para dejar sin efecto las normas imperativas de protección de los consumidores por medio de una previa renuncia de sus acciones, esto es, de su derecho básico a que las cláusulas predisuestas queden sujetas al control de transparencia y puedan ser declaradas abusivas y, por tanto, nulas de pleno derecho con los correspondientes efectos restitutorios. (art. 10 TRLGDCU, en relación con el artículo 86.7 de dicho texto legal). Del mismo modo, que la citada renuncia de acciones no puede vulnerar el derecho de los consumidores a la tutela judicial efectiva, es decir, al control judicial de oficio de las cláusulas suelo».

c) Nuestra opinión

En términos generales y en relación con la posibilidad de renuncia expresa a la posible impugnación judicial, hemos de citar el rechazo existente a la misma en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1986 (*RJ* 1986, 1168), sobre compraventa de acciones y arbitrador, al analizar una cláusula similar dispuso que:

«...Ciertamente una estipulación como la transcrita desconoce el fundamental «derecho al proceso» en el orden jurisdiccional, impidiendo el de obtener la tutela efectiva reconocido en el artículo veinticuatro, apartado primero, de la Constitución (RCL 1978, 2836) y por lo tanto el de acudir a los Tribunales para alcanzar una resolución fundada, vicio determinante de la ineficacia de la renuncia de que se trata en cuanto vulnera una norma inserta en la Lex Suprema, a cuyo mandato habrá de acomodarse lo prevenido en el artículo sexto, párrafo dos, del Código Civil, sobre la carencia de validez de tal acto dispositivo cuando concurre o contrarie el interés o el orden público...».

De igual forma, aunque en ámbito diferente se pronuncia en relación con dicha renuncia la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2000 (*RJ* 2000, 3586), en la que se declara la nulidad de la cláusula contractual plasmada en escritura de protocolización de operaciones particionales en la que se establece un compromiso de no impugnar judicialmente la escritura y se penaliza a quien acuda a los Tribunales, puesto que es irrenunciable preventivamente el derecho a la tutela judicial efectiva.

En el ámbito de la contratación de los consumidores y usuarios, las renunciaciones de acciones del consumidor son nulas de pleno derecho debido a su consideración como cláusula abusiva.

La Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores contiene un anexo con un listado de cláusulas que se consideran abusivas en todo caso; entre ellas se encuentra la siguiente:

q) suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor, en particular obligándole a dirigirse exclusivamente a una jurisdicción de arbitraje no cubierta por las disposiciones jurídicas, limitándole indebidamente los medios de prueba a su disposición o imponiéndole una carga de la prueba que, conforme a la legislación aplicable, debería corresponder a otra parte contratante.

También el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias contiene un extenso listado de cláusulas abusivas, entre las que se encuentra esta previsión:

Artículo 86. Cláusulas abusivas por limitar los derechos básicos del consumidor y usuario.

En cualquier caso serán abusivas las cláusulas que limiten o priven al consumidor y usuario de los derechos reconocidos por normas dispositivas o imperativas y, en particular, aquellas estipulaciones que prevean:

(...)

7. La imposición de cualquier otra renuncia o limitación de los derechos del consumidor y usuario.

Ya hemos visto que la nulidad y la eliminación de todos los efectos de las cláusulas abusivas es cuestión de orden público, por lo que parece claro que la

libertad de contratar no puede amparar un pacto que trata de mantener la validez al menos parcial de una cláusula contraria al orden público.

Incluso, en el artículo 89.8 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, se equipara renuncia y transacción, en cuanto al resultado de la nulidad de las mismas, en una de las cláusulas abusivas que lista, cuando se regula expresamente lo siguiente:

«8. *La previsión de pactos de renuncia o transacción respecto al derecho del consumidor y usuario a la elección de fedatario competente según la ley para autorizar el documento público en que inicial o ulteriormente haya de formalizarse el contrato*».

Por tanto, estimamos en contra de lo sostenido por el Tribunal Supremo en esta Sentencia de Pleno de 11 de abril de 2018 que la renuncia de acciones existente en el pacto firmado por las partes litigantes es una cláusula abusiva y por tanto nula de pleno derecho y en coincidencia con el Voto Particular; entendemos que la misma vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva —digno por tanto de tutela constitucional— al vedar al consumidor la posibilidad de que el Juez nacional se pueda pronunciar de oficio en un litigio sobre la existencia de una cláusula abusiva.

Cabe recordar, entre otras que la STC 51/2003, de 17 de marzo (RTC 2003, 51) con cita de la STC 76/1990, de 26 de abril (RTC 1990, 76), F. 7, «el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva tiene *«carácter irrenunciable e indisponible»*, lo que no impide que pueda reputarse constitucionalmente legítima la renuncia a su ejercicio cuando ello redunde en beneficio del interesado, pues *«si bien los derechos fundamentales son permanentes e imprescriptibles, ello es perfectamente compatible con el establecimiento de límites temporales dentro del ordenamiento para el ejercicio de las correspondientes acciones (STC 7/1983 [RTC 1983, 7], F. 3). Si la imprescriptibilidad de los derechos fundamentales no es un obstáculo al carácter temporal de las acciones para su defensa, la irrenunciabilidad de tales derechos no impide tampoco la voluntaria y transitoria renuncia al ejercicio de las acciones en pos de unos beneficios cuyo eventual logro es para el interesado más ventajoso que el que pudiera resultar de aquel ejercicio*».

Es decir, en nuestra opinión la renuncia de acciones existente en el pacto enjuiciado en la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2018 vulnera el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva no solo porque veda la posibilidad al juez nacional de pronunciarse de oficio sobre la nulidad de una cláusula abusiva (cláusula suelo que no haya sido transparente) sino también porque ningún beneficio supone para el interesado no reclamar judicialmente la nulidad de la cláusula suelo abusiva.

iii) *La transparencia en la transacción y la prohibición de integración de la cláusula abusiva por parte del juez nacional*

Los clientes aceptan la propuesta del banco de impedir futuras controversias judiciales al respecto mediante la reducción del suelo al 2,25%, y para acreditarlo transcriben de puño y letra el texto en el que se afirma lo siguiente:

«Soy consciente y entiendo que el tipo de interés de mi préstamo nunca bajará del 2,25% nominal anual».

a) Argumentos del Tribunal Supremo

La sentencia plenaria entiende que en el presente caso ha existido transparencia en la transacción en función de lo siguiente:

«El cumplimiento de estos deberes de transparencia en este caso viene acreditado porque, en un contexto temporal en que, por la difusión en la opinión pública general de la sentencia de 9 de mayo de 2013, era notoriamente conocido no solo la existencia de estas cláusulas suelo y su incidencia en la determinación del interés variable aplicable al préstamo, sino también que podían ser nulas cuando no se hubieran cumplido las exigencias de transparencia (...) Aunque no necesariamente la transcripción manuscrita de la cláusula equivale a su comprensibilidad real por el consumidor que la transcribe, es indudable que contribuye a permitir la constatación de su propia existencia y a resaltar su contenido. De hecho, ha sido la forma usual empleada después de la sentencia 241/2013, de 9 de mayo, para dejar constancia del cumplimiento de los deberes de transparencia, y de ella se hace eco el artículo 13.2.d) del proyecto de ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, cuando, bajo la rúbrica “Comprobación del cumplimiento del principio de transparencia material”, establece entre los extremos que permitirían la comprobación de este principio:

«La manifestación manuscrita y firmada por el prestatario, en la que declare que ha recibido, con una antelación mínima de siete días, los documentos descritos en el artículo 12.1, así como que comprende y acepta su contenido y que entiende los riesgos jurídicos y económicos de la operación».

Y sobre la base de las anteriores consideraciones concluye que:

«Las circunstancias temporales y el modo en que los consumidores manifestaron de forma manuscrita su conformidad con un suelo del 2,25% ponen en evidencia que el banco, previamente a la firma de la transacción, cumplió con las exigencias de transparencia y que sus clientes consumidores conocían los términos de la transacción y las implicaciones económicas y jurídicas que conllevaban.

Por lo tanto, el hecho de que existiera incertidumbre sobre la nulidad de la cláusula suelo en cuestión dado que el Tribunal Supremo en su sentencia de Pleno de 9 de mayo de 2013 había establecido que solo las cláusulas suelo que no pasaren el control de transparencia podían ser declaradas abusivas y por tanto nulas, junto con la firma manuscrita existente en el contrato son más que suficientes para decantarse porque la cláusula de renuncia de acciones había sido transparente en el presente caso.

b) Argumentos del Voto Particular

Partiendo del carácter de condiciones generales de la contratación de los documentos firmados por las partes el magistrado ORDUÑA MORENO llega a la válida conclusión del contraste del control de transparencia en el presente caso.

La falta de transparencia de los documentos firmados entre las partes, entre los que se encuentra la cláusula de renuncia de acciones, es razonada por el autor del Voto Particular, del siguiente modo:

«En efecto, teniendo en cuenta todos los elementos que en el presente caso tienen incidencia en el alcance del compromiso asumido por los consumidores se observa que los documentos predispuestos por la entidad bancaria no contienen ese “plus” de información, principal y comprensible, acerca de la transcendencia y de la carga jurídica y económica que para los consumidores reporta la cláusula de renuncia de acciones y conformidad con las liquidaciones y pagos realizados

(estipulación tercera de los citados documentos). Y no lo contienen porque de un modo deliberado los documentos predispuestos parten de la “validez y vigor de los préstamos suscritos”, “de su formulación y cláusulado”, justificando la modificación operada, al margen de cualquier acuerdo transaccional, en el “cambio de la coyuntura económica financiera” (exponiendo V); por lo que la cláusula de renuncia de acciones se le presenta al consumidor de un “modo inocuo”, sin ninguna suerte de carga económica o sacrificio patrimonial por su parte, ni de carga jurídica en detrimento de los derechos inherentes a su condición de consumidor. De forma que se le “oculta” la verdadera razón de su predisposición, es decir, la cobertura o blindaje para el predispone de las previsibles consecuencias o efectos que se deriven de la declaración de abusividad de las cláusulas suelo incluidas en los iniciales contratos de préstamo hipotecario (...).

El profesional dispuso una oferta “engañosa” con aptitud e idoneidad para afectar el comportamiento de los clientes sobre la base de “silenciar” datos fundamentales que ofrecieran una mínima concreción sobre las consecuencias jurídicas y económicas que los clientes asumían con su adhesión: ocultar el carácter litigioso de dichas cláusulas suelo en materia de consumidores y la posibilidad de denunciar su abusividad y de reclamar las consecuencias derivadas a los efectos de la restitución procedente».

A juicio del autor del Voto Particular, las palabras de la sentencia de la Audiencia, son sumamente relevantes y correctas, acerca de la falta de transparencia de los documentos firmados, cuando afirman lo siguiente:

«La verdadera libertad contractual se hubiera manifestado tras la liberación al consumidor por la entidad del cumplimiento de la cláusula tachada como nula, con un acuerdo ulterior, muy improbable, en el que el consumidor libremente aceptara una limitación ex novo a la bajada del tipo de interés inferior al suscrito con la cláusula dejada sin efecto».

La verdadera voluntad de los renunciantes es analizada de la siguiente forma por el Autor del Voto Particular:

«En suma, para apreciar la ineficacia de estos documentos predispuestos bastaba, en términos del propio TJUE, que nos planteáramos si “el profesional, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, hubiere estimado razonablemente que este aceptaría la cláusula en cuestión en el marco de una negociación individual” (entre otras, STJUE de 14 de marzo de 2013). La respuesta la dan los propios consumidores que, tras la firma de los citados documentos y con fundamento en el carácter abusivo de las cláusulas suelo, interesan ahora, cuando son plenamente conscientes de la situación, la ineficacia de ambos documentos».

Declarada la cláusula suelo abusiva por falta de transparencia, la posibilidad de aceptar una renuncia a acciones judiciales para instar la nulidad de la misma por parte del juez nacional, entraría en contradicción con dicha posibilidad de integrar la cláusula nula que tiene establecido la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

De esta forma, el autor del Voto Particular, razona en base a dicha prohibición de la facultad de integrar que tiene el juez nacional la nulidad de la cláusula de renuncia de acciones contra la cláusula suelo que haya sido declarada nula y la imposibilidad de su admisibilidad por parte del Juez nacional so pena de incurrir en la prohibición citada, con el siguiente tenor literal:

«El presente caso que, como se ha señalado, no puede reconducirse ni a un supuesto de mediación, ni a una homologación judicial de convenio transaccional, habrá que concluir que el régimen de ineficacia absoluta de la cláusula suelo declarada abusiva se “extiende” también a aquellos actos o negocios que traigan

causa directa de las cláusulas declaradas abusivas y, por ende, traten de “moderar”, “integrar” o “convalidar” la ineficacia resultante, bien rebajando el interés mínimo de la cláusula suelo, o bien, y de forma más relevante, predisponiendo una renuncia de los derechos básicos de los consumidores contraria, además, a la tutela judicial efectiva de los consumidores (art. 24 CE), esto es, al control judicial de oficio de las cláusulas suelo y de las posteriores renunciaciones predispuestas por el profesional».

Por tanto, los argumentos del Voto Particular para apreciar la falta de transparencia de la renuncia de acciones contra la cláusula suelo abusiva y declarada nula son los siguientes:

- La renuncia de acciones parte de la validez de la cláusula suelo.
- La renuncia de acciones solo tiene como finalidad blindar a la entidad de crédito frente a las acciones jurídicas de los firmantes de la cláusula suelo a quienes no se les informa de esta posibilidad.
- La renuncia de acciones no fue realmente entendida por los firmantes de las mismas, ya que de haberlo sido así y hubiera sido fruto de una negociación individual y no predispuesta sin la información suficiente para la inteligencia de la misma, no hubiera sido firmado por los prestatarios, lo que se evidencia por el propio hecho de la posterior reclamación judicial de la nulidad de la cláusula suelo abusiva pese a la renuncia de acciones existente.
- Si aceptáramos la validez de la renuncia de acciones frente a la cláusula suelo abusiva, estaríamos yendo en contra del efecto disuasorio y por lo tanto contra la prohibición que tiene el juez nacional de moderar, integrar o convalidar la cláusula abusiva.

c) Nuestra opinión

Sin dejar de compartir y apreciar los argumentos ofrecidos por parte de la Audiencia Provincial y del propio Voto Particular acerca de la evidente falta de transparencia existente en la cláusula de renuncia de acciones, en nuestra opinión al igual que ocurrió en el caso de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 que declaró la falta de irretroactividad plena de los efectos de la nulidad de la cláusula abusiva lo que tuvo que ser corregido por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016, el argumento que consideramos esencial para criticar el fallo de la sentencia del Tribunal Supremo —desde el punto de vista de la primacía del Derecho de la Unión Europea— es de nuevo la prohibición que tiene el juez nacional de integrar, moderar o convalidar los efectos de la nulidad de una cláusula abusiva.

Y así, recordamos de nuevo que precisamente esa facultad de moderar la cláusula abusiva nula fue uno de los argumentos que el magistrado ORDUNA MORENO sostuvo en el Voto Particular al Fallo de la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2015 y que entendemos que fue apreciado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea al enmendar el Fallo de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 y estimar que no se puede limitar el efecto de la nulidad de la cláusula abusiva.

Es decir, la admisión de la cláusula de la renuncia de acciones contra la cláusula suelo abusiva y por tanto nula por parte de la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2018 entra claramente en contradicción con la imposibilidad que el juez nacional tiene de integrar, moderar o convalidar

los efectos de la cláusula abusiva declarada nula, siendo este el argumento que debería ser tenido en cuenta en el planteamiento de la correspondiente cuestión prejudicial que a buen seguro se producirá, ya que mediante la validación de dicha renuncia sin duda se está imposibilitando el alcance natural absoluto de la declaración de nulidad de la cláusula suelo que se predica del Derecho de la Unión Europea, en términos análogos con lo que ocurriera con la frustrada pretensión del Tribunal Supremo de limitar la retroactividad absoluta de la nulidad de la cláusula suelo.

Adicionalmente, reiteramos que, a nuestro juicio, en el caso de Autos nos encontramos ante una novación con finalidad transativa y no ante una simple transacción, por lo que entendemos plenamente aplicable al caso el artículo 1208 del Código Civil (*nulidad de la novación al ser nula la obligación primitiva*) en contra de lo que opina el Tribunal Supremo y de conformidad con lo que estima el Voto Particular, resultando este el argumento general de nuestro sistema general de obligaciones y contratos con el que contamos al igual que, en su día, lo hacíamos con el artículo 1303 del Código Civil en cuanto a la retroactividad absoluta de la nulidad. Esta argumentación general debería coexistir en el plano judicial nacional con los argumentos provenientes del derecho de consumo a tener en cuenta por nuestros Juzgados como son la transparencia en la contratación con consumidores y la imposible moderación, integración y convalidación de los efectos de una cláusula abusiva nula.

III. BIBLIOGRAFÍA

- AGÜERO ORTIZ. ¿Retroactividad o irretroactividad de la eliminación de las cláusulas suelo? o de la rebelión de los juzgados y audiencias provinciales, www.uclm.es/centro/cesco
- DURÁN RIVACOBÁ-MENÉNDEZ MATO. *La transacción expresa y tácita*. Thomson-Reuters, 2017.
- EZQUIAGA GANUZAS. *El voto particular*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990.
- GULLÓN BALLESTEROS. *La Transacción*, Madrid, 1964.
- *Comentarios al Código Civil*. Ministerio de Justicia, 1990, Vol. II.
- ORDUÑA MORENO. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016: delimitación básica del contexto valorativo de la Directiva 93/13. *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2/2017
- SANCHO REBULLIDA. *Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia, 1990, Vol. II.
- TAMAYO HAYA. *Código Civil Comentado*. Volumen IV [Libro IV, De las Obligaciones y Contratos. Contratos en particular, derecho de daños y prescripción (arts. 1445 al final)]. 2.ª. Cañizares Laso, Pablo Contreras y Orduña Moreno (dir.). Civitas, 2.ª edición. 2016.

IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STJ de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016
- STC de 26 de abril de 1990
- STC de 17 de marzo de 2003
- STS de 10 de marzo de 1986

- STS de 31 de mayo de 2000
- STS de 25 de marzo de 2015
- STS de 23 de diciembre de 2015
- SPTS de 24 de febrero de 2017
- SPTS de 11 de abril de 2018

NOTAS

¹ ORDUÑA MORENO. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016: delimitación básica del contexto valorativo de la Directiva 93/13. *Revista Aranzadi Doctrinal*, num. 2/2017.

² AGÜERO ORTIZ. «¿Retroactividad o irretroactividad de la eliminación de las cláusulas suelo? o de la rebelión de los juzgados y audiencias provinciales», www.uclm.es/centro/cesco. Vid. a título de ejemplo: *Sentencia del JPI núm. 4 de Ourense, de 13 de mayo de 2013; Sentencia del JMER núm. 2 de Málaga, de 23 de mayo de 2013; Auto del JPI núm. 1 de Barcelona, de 31 de mayo de 2013; Sentencia del JMER núm. 10 de Barcelona, de 7 de junio de 2013; Sentencia del JMER núm. 1 de Bilbao, de 19 de junio de 2013*.

En contra sin embargo y de nuevo a título de ejemplo: *Sentencia de la AP de Badajoz, de 27 de junio de 2013 y Sentencia de la AP de Córdoba, de 18 de junio de 2013*.

³ EZQUIAGA GANUZAS. *El voto particular*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990, 89 y 90.

⁴ TAMAYO HAYA. *Código Civil Comentado. Volumen IV [Libro IV, De las Obligaciones y Contratos. Contratos en particular, derecho de daños y prescripción (arts. 1445 al final)]*. 2.ª. Cañizares Laso, Pablo Contreras y Orduña Moreno (directores). Civitas, 2.ª edición. 2016.

⁵ GULLÓN BALLESTEROS, *La Transacción*, Madrid, 1964, 26.

⁶ *Vid. op. cit.*, 30.

⁷ DURÁN RIVACOBIA-MENÉNDEZ MATO. *La transacción expresa y tácita*. Thomson-Reuters, 2017, 114.

⁸ GULLÓN BALLESTEROS. *Comentarios al Código Civil*. Ministerio de Justicia, 1990, Vol. II, 1769 y 1770.

⁹ GULLÓN BALLESTEROS. *La Transacción*, 1964, 77.

¹⁰ Sobre la novación convalidante, recordamos la interpretación del artículo 1208 del Código Civil que se efectúa sobre su aplicación a la anulabilidad y no a la nulidad, cuando dicha norma se refiere «salvo...que la ratificación convalide los actos nulos en su origen». De esta forma, SANCHO REBULLIDA razonaba que: «Conocida es la imprecisión terminológica del Código en materia de ineficacia de los actos jurídicos; en este sentido es cierto que el artículo 1208 está pensando principalmente, con referencia a la anulabilidad (a la «anulabilidad» de los artículos 1300 a 1311), como dice — aunque, seguramente, con excesivo rigor en la exclusión de la nulidad absoluta — la STS 26-X-1959 «este precepto contempla la anulabilidad, y no la nulidad, ya que, si no se produce la novación, pues equivale al no nacimiento». La referencia es, empero, rigurosamente cierta en cuanto a la salvedad que el precepto hace de la ratificación». SANCHO REBULLIDA. *Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia, 1990, Vol. II, 309.