

1.5. Obligaciones y contratos

Novación, transacción y renuncia en los préstamos hipotecarios

Novation, transaction and waiver in the mortgage loans

por

BEATRIZ SÁENZ DE JUBERA HIGUERO

*Profesora Adjunta de Derecho civil. Doctora en Derecho
Universidad Internacional de La Rioja (UNIR)*

RESUMEN: En los últimos años se han ido sucediendo las resoluciones judiciales en relación con las cláusulas abusivas, y particularmente sobre las cláusulas suelo. Uno de los últimos capítulos en esta historia ha sido la STS de 11 de abril de 2018 en relación con el documento privado novatorio de la cláusula suelo incluyendo una renuncia general de acciones por parte de los prestatarios. En esta sentencia, el Tribunal Supremo se aparta de la doctrina iniciada en relación con estos acuerdos privados en la STS de 16 de octubre de 2017.

ABSTRACT: *In the last few years have been following one after another the judgments in relation to abusive clauses, and particularly to floor clauses. One of the last chapters in this story has been the STS 11 April 2018 in connection with the novatory private document of the floor clause including a general waiver of actions by the borrowers. In this resolution, the Supreme Court deviates from the doctrine initiated in relation to these private agreements in the STS 16 October 2017.*

PALABRAS CLAVE: Cláusula suelo. Consumidor. Novación. Préstamo. Renuncia. Transacción.

KEY WORDS: *Floor clause. Consumer. Novation. Loan. Waiver. Transaction.*

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. LAS SSTs DE 16 DE OCTUBRE DE 2017 Y DE 11 DE ABRIL DE 2018: SUPUESTOS DE HECHO Y FUNDAMENTOS PRINCIPALES: 1. LA STS DE 16 DE OCTUBRE DE 2017. 2. LA STS DE 11 DE ABRIL DE 2018.—III. NOVACIÓN, TRANSACCIÓN Y RENUNCIA: 1. NOTAS GENERALES. 2. SUPUESTO ENJUICIADO EN LA STS DE 11 DE ABRIL DE 2018.—IV. CONTROL DE VALIDEZ Y TRANSPARENCIA DEL CONTRATO NOVATORIO O TRANSACCIONAL.—V. CONCLUSIONES.—ÍNDICE DE RESOLUCIONES.—BIBLIOGRAFÍA.

I. PLANTEAMIENTO

Ya son varios los años en los que diversas prácticas bancarias han sido el foco de atención de demandas, resoluciones jurisprudenciales en España y del

TJUE y opiniones doctrinales: *swaps*, preferentes, cláusulas intereses remuneratorios y moratorios, cláusula suelo, vencimiento anticipado, hipotecas multidivisa, índice IRPH...

Sin duda, las cláusulas suelo son las que más desarrollo y estudio jurisprudencial y doctrinal han motivado, por el largo tiempo durante el que la controversia se ha ido desarrollando y sobre todo por la construcción y configuración a partir de su tratamiento judicial de un nuevo control de transparencia, que se ha convertido en el pilar central del análisis de las cláusulas contractuales en el marco de la protección de los consumidores.

Un paso más en el conflicto enmarcado en torno a las cláusulas suelo viene concretado por los acuerdos entre entidades bancarias y clientes prestatarios con cláusula suelo en sus préstamos y que tras la STS de 9 de mayo de 2013 fueron realizados eliminando esa cláusula suelo o reduciendo su tipo porcentual y muchas veces además incorporando una renuncia a la reclamación por nulidad de la cláusula suelo y a las cantidades pagadas en exceso por intereses en virtud de la aplicación de esa cláusula. Y sobre esta cuestión y la validez de esos acuerdos se ha pronunciado recientemente el Tribunal Supremo en la sentencia del Pleno núm. 205/2018, de 11 de abril, que cuenta con un voto particular del Magdo. Sr. ORDUÑA MORENO. Esta resolución por su parte contiene una doctrina que se aparta de la contenida en una sentencia anterior de nuestro Alto Tribunal sobre un asunto similar (STS núm. 558/2017, de 16 de octubre¹), si bien las diferencias de trato vienen justificadas por el Tribunal Supremo, conforme indica en la sentencia de 11 de abril de 2018, en la naturaleza y calificación del acuerdo controvertido: mientras que en el caso de la sentencia de octubre de 2017 se trataba de una novación, en el de la sentencia de abril de 2018 se trata de una transacción.

Las críticas a esta última resolución han sido casi inmediatas y muy generalizadas², tanto a nivel doctrinal como en el seno de los tribunales: no solo está el voto particular en la propia STS de 11 de abril de 2018, sino que con posterioridad a esta resolución han sido varias las resoluciones dictadas en juzgados y tribunales de primera y segunda instancia que no han seguido esta doctrina del Pleno, sino que atienden a lo previsto en el voto particular o bien a lo anteriormente indicado en la STS de 16 de octubre de 2017: entre otras, SJPI núm. 4.º Burgos de 17 de abril de 2018, SJPI núm. 3 Albacete de 19 de abril de 2018 y SAP Badajoz de 26 de abril de 2018. Ante esta situación, cabe vaticinar que en breve surgirán y se plantearán cuestiones prejudiciales al TJUE en relación con esta materia.

II. LAS SSTs DE 16 DE OCTUBRE DE 2017 Y DE 11 DE ABRIL DE 2018: SUPUESTOS DE HECHO Y FUNDAMENTOS PRINCIPALES

1. LA STS DE 16 DE OCTUBRE DE 2017

En este caso, los demandantes tenían suscrito desde febrero de 2009 un préstamo hipotecario con una previsión de cláusula suelo de un 3%, pero la entidad bancaria no les había informado de ello ni había entregado oferta vinculante previa con las condiciones del préstamo. Formularon queja los clientes y posterior comunicación en noviembre de 2009 a la entidad al respecto, protestando por la existencia de esa cláusula suelo y exigiendo que se redujera el suelo al 2,5% por ser lo que se fijaba en los préstamos hechos al resto de vecinos de la misma

promoción de viviendas que ellos adquirieron con ese préstamo hipotecario. Se accedió a la reducción por la entidad, pero solo se aplicó en 2010 y 2011, volviendo en 2012 la entidad bancaria a aplicar el suelo del 3%.

Es en junio de 2013 cuando los prestatarios demandaron a la entidad bancaria interesando la declaración de nulidad de la cláusula suelo y la devolución de las cantidades pagadas de más por intereses al aplicarse esa cláusula. Subsidiariamente, interesaban que se aplicara el suelo del 2,5%.

El Juzgado de primera instancia, partiendo del incumplimiento por la entidad bancaria de la obligación de información sobre las condiciones del contrato y esta cláusula en concreto, desestimó la pretensión principal por considerar que nos encontramos ante una situación de anulabilidad del contrato por error vicio de consentimiento y al haberse negociado un nuevo suelo del 2,5% los propios demandantes sanaron el vicio inicial e hicieron válida la cláusula (art. 1208 del Código Civil).

Presentado recurso de apelación por los prestatarios, fue desestimado por cuestiones procesales, planteándose posteriormente recurso ante el Tribunal Supremo que se resuelve por STS de 16 de octubre de 2017, de la que podemos extraer los siguientes argumentos principales:

- La falta de transparencia de la cláusula suelo determina su carácter abusivo, y, en consecuencia, no la anulabilidad, sino la nulidad absoluta de la referida cláusula. Y esa nulidad puede y debe ser apreciada de oficio por los jueces.
- Siendo nula de pleno derecho tal cláusula, y apreciable de oficio, el consumidor no puede quedar afectado por ella, ni puede ser objeto de convalidación o subsanación (cfr. art. 1208 del Código Civil). Pero en todo caso, en el supuesto objeto de esta sentencia, no puede apreciarse la existencia de voluntad inequívoca de los prestatarios de convalidar o confirmar el contrato. Se trata solamente, según se señala en esta STS de 16 de octubre de 2017, «de una solicitud dirigida a reducir en lo posible las consecuencias negativas que la cláusula cuestionada tenía para los prestatarios, que no les impide posteriormente solicitar la declaración de nulidad absoluta de tal cláusula y la restitución de lo que el banco ha percibido indebidamente por su aplicación» (F.J. sexto, apartado 9).

2. LA STS DE 11 DE ABRIL DE 2018

En este caso, los demandantes suscribieron en 2007 dos préstamos en los que se incluía una cláusula suelo de 4,25% y 4,50%. Pero posteriormente en enero de 2014 firmaron sendos contratos privados denominados como de «novación modificativa» por los que, sujetándose a la Ley 2/1994, se modificaban los préstamos indicados y concretamente esa cláusula suelo, reduciéndola al 2,25%, y recogiendo además una estipulación tercera con el siguiente tenor: «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 parte que traiga causa de su formalización y clausulado, así como por las liquidaciones y pagos realizados hasta la fecha, cuya corrección reconocen». Además, se incluye en los documentos una transcripción a mano de los prestatarios, y su firma, de este texto: «Soy consciente y entiendo que el tipo de interés de mi préstamo nunca bajará del 2,25% nominal anual».

Posteriormente presentaron demanda interesando la nulidad por falta de transparencia de esa cláusula suelo incluida tanto en las primeras escrituras como en los posteriores contratos privados, además de la restitución de las cantidades pagadas de más por la aplicación de la referida cláusula suelo.

En primera instancia se estimó la demanda y declaró la nulidad de la cláusula suelo por apreciar falta de transparencia y entendiendo el acuerdo privado como una novación del contrato de préstamo. Presentado recurso de apelación, la Audiencia Provincial desestimó el recurso y confirmó la nulidad por falta de transparencia de las cláusulas suelo y la ineficacia de las cláusulas modificativas de ese suelo y de renuncia de acciones advirtiendo de la imposibilidad de convalidar la cláusula nula, pese a su sustitución por otra más favorable o la renuncia a acciones.

Presentado recurso de casación por la entidad bancaria el Tribunal Supremo en esta STS de 11 de abril de 2018 lo estima con base en los siguientes argumentos principales:

- a) Los acuerdos privados de enero de 2014 no son meras novaciones sino transacciones, cuya causa reside en el ánimo de evitar la controversia judicial sobre la validez de las cláusulas suelo y sus efectos, tras haberse dictado la STS de 9 de mayo de 2013.
- b) Se diferencia este supuesto del caso de la STS de 16 de octubre de 2017 en que en esta última no se apreció la voluntad de realizar concesiones recíprocas para evitar el pleito, de modo que no podía considerarse como transacción.
- c) Cabe la transacción porque es una materia disponible y la imperatividad de las normas no impide tal posibilidad, siempre que se respete el ordenamiento jurídico. Ello determina que también a ese acuerdo transaccional se le aplique el control de transparencia, dado que se trata de unas cláusulas predispuestas por la entidad bancaria. Y el Tribunal Supremo estima que se acredita el cumplimiento de los deberes de transparencia en cuanto que en el momento de celebrarse ya era notoriamente conocida la existencia de las cláusulas suelo, su incidencia en los intereses y que podían ser nulas, pero los demandantes prestatarios aceptaron la propuesta del banco de reducir la cláusula suelo y renunciar a futuras reclamaciones. Y «aunque no necesariamente la transcripción manuscrita de la cláusula [de declaración de ser consciente y entender en qué consiste esa cláusula suelo] 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».
- d) Las partes se encuentran vinculadas por lo transigido (efecto vinculante que no debe confundirse con un efecto de cosa juzgada).

En esta sentencia del Pleno de la Sala Primera, no obstante, se emite un voto particular que se fundamenta en razón a una discrepancia sobre la calificación del contrato en sede casacional, los hechos probados y la literalidad de los documentos controvertidos, el carácter predispuesto de las cláusulas, las propias cláusulas, la abusividad y la transparencia en el marco de las cláusulas suelo y el orden público comunitario. Se advierte de que:

- i) Está acreditado en ambas instancias el carácter predispuesto de los acuerdos privados (pese a lo previsto en el exponiendo quinto de los documentos de

que se suscribían por deseo de la parte prestataria), sin que hubiera negociación, por lo que resulta plenamente aplicable la Directiva 93/13/CEE.

ii) Cabe apreciar incumplimiento por la entidad de ese plus informativo sobre el alcance del contenido de esos acuerdos privados y por tanto de falta de transparencia, y, en consecuencia, abusividad y nulidad de pleno derecho; lo que emitió la entidad bancaria fue una oferta engañosa con el fin de afectar al comportamiento de los prestatarios en relación con la situación controvertida existente sobre esta materia a raíz de la STS de 9 de mayo de 2013, de cuyos efectos y trascendencia sí que cabe afirmar era consciente la entidad, mientras que a un consumidor medio no se le puede presuponer ni exigir un conocimiento propio de la situación que aun estaba sujeta a distintos «vaivenes jurisprudenciales impredecibles».

iii) Por otro lado, no procedía en sede casacional variar la calificación de los documentos como novación efectuada por las dos anteriores instancias judiciales, no habiéndose acreditado que fuera una calificación ilógica o arbitraria o contraria al Derecho. Además, el carácter novatorio se deriva del propio contenido de los documentos, mientras que no se advierte de la existencia de una litigiosidad previa que justifique la transacción para evitar un pleito. Asimismo, la calificación como transacción resulta improcedente pues vulnera la regla de interpretación «contra proferentem».

iv) Habiéndose confirmado la calificación como abusiva de las cláusulas suelo contenidas en los préstamos, no puede entenderse sanada o convalidada su nulidad por los acuerdos posteriores; y ello con base en el carácter imperativo como norma de orden público de la Directiva 93/13/CEE y por la doctrina del Tribunal Supremo (sentencias de 19 de noviembre de 2015 y de 16 de octubre de 2017). 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.

v) La renuncia de acciones contenida en los acuerdos privados no puede vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva de los prestatarios, concretado en este caso en el control judicial de oficio de las cláusulas suelo.

III. NOVACIÓN, TRANSACCIÓN Y RENUNCIA

1. NOTAS GENERALES

Una novación supone una modificación de una relación obligatoria o su extinción (en este caso sería novación extintiva). La novación modificativa puede afectar a los sujetos (novación subjetiva) o al objeto (novación objetiva) de esa relación o contrato. Viene fundamentado por el principio de la autonomía de la voluntad privada (art. 1255 del Código Civil) y la intención de las partes de voluntariamente alterar algún elemento de su relación o extinguirla. En el ámbito de los préstamos hipotecarios existe una norma específica reguladora de la novación que es la Ley 2/1994, de 30 de marzo, que en su artículo 4.2 dispone: «Cuando el prestamista sea una de las entidades a que se refiere el artículo 1 de esta Ley, las escrituras públicas de modificación de préstamos hipotecarios podrán referirse a una o varias de las circunstancias siguientes: i) la ampliación o reducción de capital; ii) la alteración del plazo; iii) las condiciones del tipo de interés inicialmente pactado o vigente; iv) el método o sistema de amortización

y cualesquiera otras condiciones financieras del préstamo; v) la prestación o modificación de las garantías personales». Además cabe tener en cuenta en orden a la validez de la cláusula nueva lo señalado en el artículo 1208 del Código Civil: «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».

La transacción por su parte es un acuerdo negociado por las partes en orden a tratar de poner fin a una controversia existente entre las partes y evitar el pleito judicial (art. 1809 del Código Civil), con la intención de ambas partes de que una situación dudosa se convierta en otra cierta y clara, con recíprocas concesiones entre las partes (que no tienen porqué ser paritarias o iguales) y viéndose estas vinculadas a lo transigido y a esa nueva relación cierta (entre otras, STS de 30 de noviembre de 2009). Realmente se basa en el principio de libertad y autonomía contractual del artículo 1255 del Código Civil, exigiéndose una previa situación litigiosa, que el objeto de la transacción sea disponible y que no se vulnere el orden público. Como tal una norma imperativa reguladora de una materia no determina *per se* que esa materia sea indisponible: lo que habrá que atender es que la transacción no vulnere esa norma imperativa en cuanto resulte aplicable ni tampoco el orden público, que es uno de los límites legales a la autonomía de la voluntad.

El concepto de orden público no coincide con el de norma imperativa (entre otras, SSTs de 26 de septiembre de 2006 y de 7 de julio de 2006). El orden público es un concepto jurídico indeterminado que debe concretarse en el caso concreto, pero que en general podemos afirmar que viene referido a la atención a unos intereses generales, unos principios generales inspiradores del ordenamiento jurídico y a los derechos fundamentales reconocidos por nuestro ordenamiento; son principios estructurales, fundamentales, que inspiran y protegen a las personas, la sociedad y un orden económico, social y jurídico a los que se refieren esos principios; por su carácter fundamental es por lo que formalmente se configuran como normas imperativas.

Pero podemos ampliar este concepto también al ámbito del ordenamiento comunitario europeo y hablar de un orden público comunitario³ configurado por los principios y derechos reconocidos y presentes en el ordenamiento jurídico comunitario; y concretamente en el ámbito de la protección de los consumidores, el TJUE en sus sentencias de 21 de diciembre de 2016 y de 26 de enero de 2017 advirtió del carácter imperativo como norma de orden público de la Directiva 93/13/CEE, particularmente su artículo 6.1 («Los Estados miembro establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre este y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si este puede subsistir sin las cláusulas abusivas»)⁴.

En este marco, un principio y derecho fundamental que cabe entender comprendido en ese concepto de orden público, por lo que a la materia de este trabajo interesa, puede señalarse el artículo 24 de la Constitución Española (CE) y el derecho a la tutela judicial efectiva, además del principio general de la buena fe (especialmente relevante en el marco de los contratos), y las normas nacionales y comunitarias (y su interpretación jurisprudencial) relativas a la protección de los consumidores en relación con las cláusulas abusivas (incluida la exigencia de transparencia en los contratos).

Transacción y novación como tal no son figuras excluyentes entre sí. Puede haber transacción sin novación y novación no transaccional; pero también en

una transacción puede existir a su vez una novación modificativa de un contrato previo porque así lo hayan acordado las partes en el marco de esa transacción (cfr. SSTs de 10 de julio de 2002 y de 21 de febrero de 2015).

Por lo que se refiere a la renuncia, esta figura jurídica supone un acto unilateral de un sujeto por el que voluntariamente decide abandonar un derecho que tiene reconocido (no caben renunciaciones anticipadas a derechos futuros); hace dejación del mismo sin transmitírselo a nadie. Una renuncia también puede afectar, más concretamente, a las acciones que se derivan de un derecho del sujeto renunciante. Como tal, puede afirmarse que se trata de un acto de disposición del derecho por su titular, y por ello este tiene que tener capacidad para ello y poder de disposición reconocido al respecto.

La renuncia como he indicado es un acto voluntario y se exige que esa voluntad sea manifestada de forma clara e inequívoca; además es preciso para que sea válida y tenga efectos que esa renuncia no implique perjuicios para terceros ni sea contraria al interés u orden público (art. 6.2 del Código Civil). Y en relación con esto último, es preciso advertir que también es necesario que el derecho o las acciones a que se renuncian sean efectivamente renunciabiles. Nuestro ordenamiento jurídico prevé a este respecto algunos casos de irrenunciabilidad de derechos: así, entre otros, artículos 151, 652, 653, 806 y 1102 del Código Civil; artículo 3 LO 1/1982, de 5 mayo, de protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen; y artículo 10 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 (TRLGU: «La renuncia previa a los derechos que esta norma reconoce a los consumidores y usuarios es nula, siendo, asimismo, nulos los actos realizados en fraude de ley de conformidad con lo previsto en el artículo 6 del Código Civil»).

2. SUPUESTO ENJUICIADO EN LA STS DE 11 DE ABRIL DE 2018

En el caso objeto de enjuiciamiento por la STS de 11 de abril de 2018, a la vista del contenido de los contratos privados firmados por las partes que se recoge al completo en el voto particular, cabe advertir que en el mismo se contiene una novación de parte de los contratos de préstamo en relación con la cláusula suelo, que se ve reducida en su tipo porcentual; y, además, se recoge una renuncia a acciones, pero no solo que puedan derivar de esa cláusula suelo, sino en relación con todo el clausulado del contrato.

Efectivamente, en el propio título del contrato se acoge la denominación de que se trata de una «novación modificativa»; además en la estipulación quinta se señala expresamente que las partes hacen constar que el documento se trata de una novación sujeta a la Ley 2/1994, «al convenirse una mejora del tipo de interés». Realmente novación existe, sin duda, por cuanto hay un cambio en la cláusula suelo, reduciéndose su tipo porcentual con respecto al inicialmente señalado en los préstamos; el resto de clausulado y condiciones financieras se mantiene como se preveía inicialmente, sin variación ninguna, advirtiéndose expresamente que seguirán en vigor a todos los efectos (estipulación segunda).

También es clara la existencia formal de una renuncia de acciones; los términos en que se recoge en la estipulación tercera son claros en tal sentido: «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 clausulado, así

como por las liquidaciones y pagos realizados hasta la fecha, cuya corrección reconocen». Cláusula de renuncia expresa es, pero cabe poner en duda, como después incidiré, que realmente sea voluntaria y consciente por parte de los prestatarios en cuanto a su verdadero alcance, y el que no contravenga el orden público concretado en el derecho a la tutela judicial efectiva de los prestatarios, todo ello teniendo en cuenta además que se acreditó que fue una cláusula predispuesta por la entidad bancaria.

En cuanto a la existencia de transacción como insiste y califica el Tribunal Supremo en esta sentencia de 11 de abril de 2018, pues realmente no creo que haya datos suficientes para considerarlo así; en todo caso, que se califique o no como transacción no tendría tanta relevancia si no fuera por el esfuerzo e insistencia de este Tribunal en esta sentencia de contraponer la transacción a la novación como justificación de la decisión de no seguir la postura acogida en su sentencia de 16 de octubre de 2017. En este sentido, entiendo muy oportuna la advertencia contenida en el voto particular de que habiéndose calificado en las anteriores instancias el documento como de novación, el Tribunal Supremo no debería haber cambiado tal calificación sin ni siquiera haber justificado o fundamentado que esa apreciación y valoración de las instancias inferiores era arbitraria, ilógica, errónea o contraria a Derecho (SSTS de 28 de noviembre de 2003 y de 27 de noviembre de 2007, entre otras); máxime cuando además en el propio documento se insiste expresamente por las partes (y concretamente por la entidad bancaria teniendo en cuenta que es un hecho probado el que se trata de un documento con cláusulas predispuestas por esta entidad) en que se trata de un contrato de novación modificativa: así se advierte en el título del contrato, los exponendos VI y VII y las estipulaciones primera (al concretar la «sustitución» del tipo de interés suelo), segunda y tercera (en cuanto determinan que no hay variaciones en el resto de cláusulas) y quinta (con expresa indicación de que el documento «constituye una novación sujeta a la Ley 2/1994»).

Por otro lado, de una transacción cabe entender que hay negociación: pero aquí no se ha acreditado que hubiera; más bien al contrario: el carácter predispuesto de los contratos privados ha sido hecho declarado probado en todas las instancias. De hecho, el propio Tribunal Supremo en esta sentencia de 11 de abril de 2018 advierte de esa predisposición y habla de una propuesta del banco a los prestatarios (FJ tercero, apartado 8), lo cual por otra parte contradice el tenor del documento privado novatorio que en su exponendo V señala que «es deseo de la parte prestataria rebajar el tipo de interés mínimo pactado y del banco atender dicha solicitud»: realmente la propuesta no partió de los prestatarios, sino del banco.

Pero al margen de esto, debemos partir de que el Tribunal Supremo entiende en este caso que hay transacción (y no mera novación obligacional, aunque hay algo de novación) por considerar que la intención de las partes era poner fin a una controversia, que la entiende como materia disponible, y para ello se hacen recíprocas concesiones (que serían reducir el tipo del suelo y además renunciar al ejercicio de acciones). Analicemos estos presupuestos:

a) Por lo que se refiere a esa intención de evitar un pleito judicial y dar certeza a una situación controvertida, en primer lugar, del contenido de los documentos privados no cabe deducirla. En ningún momento en esos contratos se alude a ninguna controversia, ni a reclamación previa de los prestatarios, ni a la STS de 9 de mayo de 2013, ni a las diferentes interpretaciones y decisiones jurisprudenciales sobre sus efectos económicos. De hecho, se indica expresamente como justificación del documento la diferente coyuntura económico financiera

del momento en que se firma este contrato privado con respecto al momento en que se firmaron las escrituras de préstamo (exponiendo V). Hay que tener en cuenta que está acreditado que el contrato fue prerredactado y predispuerto por la entidad bancaria; el propio Tribunal Supremo lo señala en su sentencia de 11 de abril de 2018, e incluso habla de que fue una propuesta del banco (FJ tercero, apartado 8); con seguridad esta entidad sí que tenía pleno conocimiento del contenido de la STS de 9 de mayo de 2013 y las consecuencias al respecto para los préstamos suscritos por dicha entidad; presumir que los prestatarios en enero de 2014 conocían y comprendían el alcance de esa STS plenamente y la situación judicial al respecto, teniendo en cuenta que seguramente no se habrán leído esa resolución, que las informaciones efectuadas por los medios de comunicación no siempre son exactas y que no consta que fueran informados al respecto por la entidad antes de la firma de estos documentos, creo que es mucho presumir, y mucho menos exigir. Puestos a tratar de obtener indicios de la actuación de las partes, es más factible entender que la entidad a partir de la STS de 9 de mayo de 2013 contactó con los clientes (el propio Tribunal Supremo habla de que fue una propuesta del banco, FJ tercero, apartado 8) para tratar de subsanar los defectos y vicios que ella sí era consciente que existían en relación a la cláusula suelo de sus préstamos previamente concertados y especialmente la falta de transparencia, ofreciéndoles una reducción del tipo de interés mínimo a pagar (oferta siempre atractiva) a cambio de firmar también un documento en el que ya se trata de constituir prueba de esa información aportada (transparencia) y del conocimiento del prestatario del alcance de la cláusula y renunciar a las acciones de declaración de nulidad y reclamación de las cantidades abonadas de más como intereses. ¿En qué podríamos basarnos para entender esto?: i) en el carácter predispuerto de los contratos; ii) en la falta total de información y referencia a la situación controvertida jurisprudencial sobre las cláusulas suelo; iii) en la causa expresa de estos contratos novatorios indicada en los mismos (cambios de la coyuntura económica financiera); y iv) en que, como advierte el propio Tribunal, por la mayoría de las entidades bancarias se han llevado a cabo tras la STS de 9 de mayo de 2013 frecuentes prácticas tendentes a dejar constancia del cumplimiento de transparencia (así, declaraciones manuscritas, referencia a explicaciones reiteradas y con ejemplos sobre el funcionamiento y alcance de la cláusula), es decir, prácticas con las que la entidad trata de cumplir con unas obligaciones de información que antes no cumplía y era consciente de ello (además de incluir cláusula de renuncia a acciones). La cuestión estriba en que prácticas tendentes a cumplir con el deber de transparencia, ciertamente muy habituales tras la STS de 9 de mayo de 2013, si se llevan a cabo en contratos de préstamo nuevos son un avance y de acreditarse que efectivamente se han llevado a cabo y que se supera el control de transparencia pues podrán atenderse; pero en supuestos en los que prácticas como estas lo que tratan es de subsanar y convalidar una falta de cumplimiento de deberes informativos previos, hay que ser estrictos en la valoración y enjuiciamiento, porque una actuación abusiva y nula de pleno derecho no puede convalidarse ni sanarse sin más. En este caso no se acredita negociación, ni transacción, ni intención de evitar controversia; se acredita predisposición unilateral de las cláusulas por la entidad bancaria, con un contenido que precisamente encaja terminológicamente con las nuevas exigencias que la STS de 9 de mayo de 2013 impuso (conocimiento del alcance de la cláusula, ejemplos representativos...), y con los que la entidad se pretende «salvar» y evitar, ella sí, los pleitos, pero sin que se acredite que evitar el pleito fuera la intención de los prestatarios; de hecho, del contenido de la parte ex-

positiva de los documentos privados la única intención de los prestatarios que se deduce tiene que ver con la intención de que se reduzca el tipo de interés a abonar, y por lo tanto, novar la cláusula de intereses y suelo prevista inicialmente (mientras que la cláusula de renuncia a acciones no se les representa en modo alguno más que como algo accesorio e inocuo).

b) En cuanto a las supuestas contraprestaciones recíprocas, puede afirmarse que esa reducción del tipo de interés suelo beneficia al prestatario ciertamente, pero también beneficia (y mucho más, en mi opinión) a la entidad, porque seguirá contando con un «colchón» mínimo de interés a cobrar por ese préstamo a pesar de la previsible ya en ese momento continua bajada del Euribor como índice de referencia, y a pesar de que ese tipo porcentual es muy superior al tipo del interés legal del dinero, y ello, además, bajo la «seguridad» que le proporciona el resto del contrato en el que se recoge una renuncia de los prestatarios a reclamar en relación con esta cláusula suelo (y del resto de cláusulas del préstamo); y en relación con esta «contraprestación transaccional», por mucho que en la estipulación tercera se indique que «las partes... renuncian expresa y mutuamente a ejercitar cualquier acción frente a la otra...», es notorio y evidente que los sujetos renunciantes y más afectados por la renuncia son los prestatarios y no la entidad. Hay un evidente desequilibrio prestacional en esta «transacción»: atendida la supuesta situación controvertida que se quería cubrir y dar certeza con esta transacción, lo cierto es que la que sale totalmente beneficiada es la entidad bancaria, pero en cambio los prestatarios, siguen con una cláusula suelo y debiendo seguir abonando más intereses que los correspondientes a una referencia simple al Euribor; y además renuncian a las acciones derivadas de cualquier cláusula del contrato...; en relación con el anterior presupuesto analizado, dudo mucho de que pueda considerarse acreditado que por parte de los prestatarios hayan comprendido y hayan tenido la voluntad de que estas cláusulas fueran contraprestaciones para una transacción resolutive de un litigio previo existente.

IV. CONTROL DE VALIDEZ Y TRANSPARENCIA DEL CONTRATO NOVATORIO O TRANSACCIONAL

Dado el carácter predispuesto y no negociado y, por tanto, de condiciones generales de la contratación, de las cláusulas contenidas en esos documentos privados objeto de controversia en la STS de 11 de abril de 2018, resulta necesario asimismo analizar su validez y la transparencia de sus cláusulas, especialmente la novatoria y la de renuncia⁵.

El propio Tribunal Supremo en esta sentencia con respecto a la transacción advierte de que «por el modo predispuesto en que se ha propuesto y aceptado la transacción es preciso comprobar, también de oficio, que se hayan cumplido las exigencias de transparencia en la transacción». Y concluye que efectivamente se cumplen esas exigencias en el caso con base en: a) el contexto temporal en que se ha celebrado, cuando ya era notoriamente conocida la existencia de esas cláusulas y su incidencia, y que podían haber sido nulas por falta de transparencia; y b) la declaración manuscrita de conocimiento sobre el funcionamiento de la cláusula suelo, que, aunque no equivale a la comprensibilidad real por el prestatario, «es indudable que, contribuye a permitir la constatación de su propia existencia y a resaltar su contenido».

Ahora bien, como ya indique anteriormente, presumir que los prestatarios en enero de 2014 conocían y comprendían el alcance de esa STS plenamente y la

situación judicial al respecto, es algo excesivo y sin base suficiente en atención a un consumidor medio. De hecho si fuera tan notoriamente conocido y causa de la firma de estos contratos en enero de 2014 la situación originada con la STS de 9 de mayo de 2013: a) no se entiende por qué no se alude a ello en los exponendos de los contratos; y b) no se entiende cómo se aceptó por los prestatarios la simple reducción de la cláusula y además una renuncia a todas las acciones, cuando a partir de esa STS de 9 de mayo de 2013 lo que más se difundía entre los medios de comunicación era precisamente que las cláusulas suelo eran nulas, que los bancos hacían prácticas abusivas y poco transparentes y que tenían que devolver las cantidades, aunque eso sí, quedaba pendiente de concretar, pues eso era lo más controvertido de la sentencia de 2013, qué cantidades exactamente; lo notorio era precisamente la nulidad de las cláusulas suelo en el marco de la generalización con la que este tipo de cuestiones se suelen difundir más rápidamente entre los medios de comunicación y la opinión pública, pero no eran notorios los matices jurídicos de la sentencia de 2013 y del tipo de control de transparencia que se configuraba, el hecho de que las cláusulas suelo no siempre son abusivas, etc... En cualquier caso, la comprensibilidad del sujeto prestatario no debe ser objeto sin más de un examen y análisis tan genérico e indiciario: debemos atender al sujeto concreto y determinar su efectiva comprensibilidad real de lo que firma.

Al margen de la calificación del documento y acto como transacción o mera novación, lo cierto es que novación existe, y como se ha indicado, es preciso analizar su validez, el cumplimiento de las exigencias y controles legales de incorporación, contenido y transparencia y los efectos del artículo 1208 del Código Civil. En este sentido, puede afirmarse que se puede considerar cumplido el control de incorporación en cuanto la nueva cláusula es accesible y formalmente comprensible en los términos indicados en los artículos 5 y 7 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (LCGC). Pero en cuanto a la transparencia, no aparece dentro de los hechos declarados probados en las diversas sentencias que se hubiera aportado efectivamente información precontractual a los prestatarios en relación con esa cláusula suelo y su funcionamiento; sí consta en el propio documento las manifestaciones de los prestatarios sobre la recepción de información, ejemplos representativos, e incluso declaración manuscrita sobre su comprensibilidad, pero es que se tratan de cláusulas prerredactadas y predisuestas por la propia entidad; no se ha acreditado la entrega de la información oportuna y el cumplimiento efectivo de esos deberes de información y transparencia que tiene la entidad bancaria, y cuya carga de probar le corresponde precisamente a ella, no siendo suficientes esas manifestaciones prerredactadas contenidas en el contrato novatorio. Y si no puede considerarse transparente, debe considerarse nula por abusiva; una nulidad absoluta.

Igual falta de transparencia y abusividad debe predicarse también de la cláusula suelo original, como así se resaltó en las sentencias de instancias inferiores y cabe deducir del hecho de que el Tribunal con esa calificación de transacción pretendiera concluir que, en contraposición con una calificación de mera novación, en este caso sí podría considerarse sanada y convalidada la situación viciada anterior; el tribunal viene a afirmar que la cláusula original no era transparente pero que quedaba convalidada por la negociación transaccional habida; el problema es que, como se ha ido indicando, no ha habido ninguna negociación.

Y en relación con esto debe insistirse en lo previsto en el artículo 1208 del Código Civil y lo indicado en la STS de 16 de octubre de 2017. Una novación no sana situaciones de nulidad absoluta anteriores en casos como la cláusula suelo

y otras posibles cláusulas abusivas, siendo esa abusividad y nulidad apreciable de oficio. La novación no puede sanar la falta de transparencia anterior (STS de 16 de octubre de 2017).

Por lo que se refiere a la renuncia de acciones, hay que destacar la imprecisión y generalidad con la que se concibe esa renuncia. En el contexto de la novación, e incluso de la transacción, vinculada a la cláusula suelo, la renuncia que se plantea excede de ese ámbito, extendiéndose a acciones relacionadas con el resto de cláusulado del préstamo original, que se ratifican como válidas, admitiéndose adecuadas y correctas todas las liquidaciones y pagos realizados. Una renuncia así en una cláusula acreditada como predispuesta debe ser asimismo objeto de control, y en este caso, cabe afirmar que no supera el control de transparencia y de contenido, pues no cabe entender acreditado que los prestatarios fueran conscientes plenamente del alcance real de esa renuncia tan genérica. Pero, además, esa cláusula determina también una renuncia previa a acciones pendientes de concretarse en la esfera de los prestatarios, una falta de buena fe por la entidad al incluir unilateralmente una cláusula de renuncia total y genérica en un contrato novatorio de cláusula suelo, y, en todo caso, es contraria a un orden público nacional y comunitario que determina la imperatividad de las normas de protección de los consumidores en relación con la ineficacia de las cláusulas abusivas y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva como derecho irrenunciable (cfr. arts. 10, 82 y 86.7 TRLCU).

V. CONCLUSIONES

I. Transacción y novación no son figuras excluyentes entre sí. Pero en todo caso, deben cumplir también con los criterios legales de control de validez y abusividad.

II. La novación no puede determinar la sanación o convalidación de la cláusula que sea abusiva, pues esta es radicalmente nula (art. 1208 del Código Civil y STS de 16 de abril de 2017).

III. La renuncia puede hacerse en relación a derechos y acciones ya incorporados al patrimonio del sujeto, pero debe ser clara, voluntaria e inequívoca, y no puede contrariar el interés y orden público ni afectar a terceros (art. 6 del Código Civil).

IV. En el caso enjuiciado en la STS de 11 de abril de 2018 resulta discutible que pueda considerarse realizada una transacción, y que esta en todo caso sea transparente. La novación realizada de la cláusula suelo no puede convalidar la cláusula abusiva previa y la renuncia genérica contenida en el documento privado objeto de enjuiciamiento afecta al orden público y al derecho a la tutela judicial efectiva de los prestatarios.

V. Con alta probabilidad se plantearán cuestiones prejudiciales ante el TJUE que será quien finalmente termine, como viene sucediendo en los últimos años, aportando la claridad y seguridad necesaria en relación con estas cuestiones.

ÍNDICE DE RESOLUCIONES

- STJUE de 21 de diciembre de 2016
- STJUE de 26 de enero de 2017
- STS de 10 de julio de 2002

- STS de 26 de septiembre de 2006
- STS de 7 de julio de 2006
- STS de 30 de noviembre de 2009
- STS de 9 de mayo de 2013
- STS de 21 de febrero de 2015
- STS de 19 de noviembre de 2015
- STS de 16 de octubre de 2017
- STS de 11 de abril de 2018
- SAP Valladolid de 11 de mayo de 2015
- SAP Zaragoza de 15 de junio de 2016
- SAP Palencia de 14 de noviembre de 2016
- SAP Salamanca de 20 de marzo de 2017
- SAP León de 29 de marzo de 2017
- SAP Cáceres de 31 de marzo de 2017
- SAP Zaragoza de 16 de junio de 2017
- SAP Madrid de 19 de junio de 2017
- SAP Alicante de 3 de noviembre de 2017
- SAP Badajoz de 26 de abril de 2018
- SJPI núm. 4.º Burgos de 17 de abril de 2018
- SJPI núm. 3 Albacete de 19 de abril de 2018

BIBLIOGRAFÍA

- CARRASCO PERERA, Á. (2018). Validez de las novaciones transaccionales de préstamos hipotecarios con cláusula suelo. Una buena sentencia de casación. *Centro de Estudios de Consumo (CESCO), publicaciones jurídicas*, 13 de abril de 2018 [trabajo disponible en http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Validez_de_las_novaciones_transaccionales_de_préstamos_hipotecarios_con_cláusula_suelo.pdf].
- MARÍN LÓPEZ, M. J. (2018). Novación de préstamos hipotecarios con cláusula suelo y renuncia al ejercicio de derechos. Nota crítica a la STS 205/2018, de 11 de abril. *Centro de Estudios de Consumo (CESCO), publicaciones jurídicas*, 28 de abril de 2018 [trabajo disponible en http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Novacion_préstamo_hipotecario.pdf].
- PÉREZ DAUDI, V. (2018). *La protección procesal del consumidor y el orden público comunitario*. Barcelona: Atelier.
- SÁNCHEZ GARCÍA, J. (2017). El orden público comunitario y su incidencia en el procedimiento civil en materia de consumidores. *Revista de Derecho VLex*, núm. 158 (<https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/orden-publico-comunitario-incidencia-685540513>).

NOTAS

¹ Doctrina que, por otro lado, había estado siendo ya acogida entre varias audiencias provinciales, y asumida también después: así, SSAP Valladolid de 11 de mayo de 2015, Zaragoza de 15 de junio de 2016, Palencia de 14 de noviembre de 2016, Salamanca de 20 de marzo de 2017, León de 29 de marzo de 2017, Cáceres de 31 de marzo de 2017, Zaragoza de 16 de junio de 2017, Madrid de 19 de junio de 2017 y Alicante de 3 de noviembre de 2017.

² Así, a favor de esta resolución se muestra CARRASCO PERERA, Á. (2018). Validez de las novaciones transaccionales de préstamos hipotecarios con cláusula suelo. Una buena

sentencia de casación. *Centro de Estudios de Consumo (CESCO)*, publicaciones jurídicas, 13 de abril de 2018 [trabajo disponible en http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Validez_de_las_novaciones_transaccionales_de_préstamos_hipotecarios_con_cláusula_suelo.pdf].

³ Sobre el ordenamiento jurídico comunitario y la protección de los consumidores, *vid*, SÁNCHEZ GARCÍA, J. (2017). El orden público comunitario y su incidencia en el procedimiento civil en materia de consumidores. *Revista de Derecho VLex*, núm. 158 (<https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/orden-publico-comunitario-incidencia-685540513>); y PÉREZ DAUDI, V. (2018). *La protección procesal del consumidor y el orden público comunitario*. Barcelona: Atelier.

⁴ A este respecto, la STJUE de 21 de diciembre de 2016 advirtió en sus considerandos 53 a 58 que: «A tenor del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, los Estados miembro establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus Derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre este y un profesional. Esta disposición debe considerarse una norma equivalente a las disposiciones nacionales que, en el ordenamiento jurídico interno, tienen la naturaleza de normas de orden público (véase, en este sentido, la sentencia de 30 de mayo de 2013, *Asbeek Brusse y de Man Garabito*, C-488/11, apartado 44). Por otro lado, se trata de una norma imperativa que pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre estas (sentencia de 14 de junio de 2012, *Banco Español de Crédito*, C-618/10, apartado 63). Dada la naturaleza y la importancia del interés público que constituye la protección de los consumidores, los cuales se encuentran en una situación de inferioridad en relación con los profesionales, y tal como se desprende del artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13, en relación con su vigesimocuarto considerando, esta Directiva impone a los Estados miembro la obligación de prever medios adecuados y eficaces «para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores» (sentencia de 30 de abril de 2014, *Kásler y Káslerné Rábai*, C-26/13, apartado 78). 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, apartado 65). 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».

Por su parte la STJUE de 26 de enero de 2017 en sus considerandos 40 a 43 indica: «A este respecto, procede recordar que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el sistema de protección que establece la Directiva 93/13 se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, tanto en lo relativo a la capacidad de negociación como al nivel de información (véase, en particular, la sentencia de 17 de julio de 2014, *Sánchez Morcillo y Abril García*, C-169/14, apartado 22 y jurisprudencia citada). Habida cuenta de esta situación de inferioridad, el artículo 6, apartado 1, de la citada Directiva prevé que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor. Se trata de una disposición imperativa que pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y las obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre estas (véanse, en particular, las sentencias de 17 de julio de 2014, *Sánchez Morcillo y Abril García*, C-169/14, apartado 23, y de 21 de diciembre de 2016, *Gutiérrez Naranjo y otros*, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, apartados 53 y 55). Según reiterada jurisprudencia, esta disposición debe considerarse una norma equivalente a las disposiciones nacionales que, en el ordenamiento jurídico interno, tienen rango de normas de orden público (véanse las sentencias de 6 de octubre de 2009, *Asturcom Telecomunicaciones*, C-40/08, apartados 51 y 52, y de 21 de diciembre de 2016, *Gutiérrez Naranjo y otros*, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, apartado 54). En este contexto, el Tribunal de Justicia ha declarado en varias ocasiones que el juez nacional deberá 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 existe entre el consumidor y el profesional, tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello (sentencias de 14 de marzo de 2013, *Aziz*, C-415/11, apartado 46 y jurisprudencia citada, y de 21 de diciembre de 2016, *Gutiérrez Naranjo y otros*, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, apartado 58)».

⁵ A este respecto, *vid.* MARÍN LÓPEZ, M. J. (2018). Novación de préstamos hipotecarios con cláusula suelo y renuncia al ejercicio de derechos. Nota crítica a la STS 205/2018, de 11 de abril. *Centro de Estudios de Consumo (CESCO)*, *publicaciones jurídicas*, 28 de abril de 2018 [trabajo disponible en http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Novacion_prestamo_hipotecario.pdf].