

ACTUALIDAD **civil**

 **NÚMS. 7-8** · JULIO-AGOSTO 2018

Director: Xavier O'Callaghan Muñoz

Actualidad Civil 7-8/2018

La opinión de nuestro Director

- Negocio jurídico fiduciario vs. simulado, *Xavier O'Callaghan Muñoz*

Protección de los consumidores

A Fondo

- Cláusula suelo y acuerdo extrajudicial con posterioridad a la sentencia del TS de 9 de mayo de 2013, *Jesus M.ª Sánchez García*
- ¿Qué ocurre con el IAJD tras las SSTs de 15 de marzo de 2018? Reflexiones en torno al sujeto pasivo, *Tania Vázquez Muiña*

Derecho de contratos

A debate

- Las normas comunitarias que regulen la actividad turística que se desarrolle en elementos privativos del inmueble, ¿son normas de naturaleza estatutaria o son normas relativas al reglamento de régimen interior de la comunidad?, *Alejandro Fuentes-Lojo Rius*

A Fondo

- El principio de autonomía de la voluntad y sus limitaciones: en especial derecho a desistir del contrato, *Mª Eugenia Serrano Chamorro*

Persona y derechos

Estudio de jurisprudencia

- La vulneración del derecho al honor derivada de la inclusión en un fichero de solvencia patrimonial, *Ramón Méndez Tojo*

Le puede interesar

- El debate en torno a los ficheros positivos de solvencia, *Ana M. Gómez Megías*

A Fondo

- Sobre la retroactividad de la ley civil, *Juan Ignacio Pinaglia-Villalón y Gavira*
- Familia empresaria y empresa familiar, *Pablo Álvarez de Linera*
- El matrimonio musulmán y su eficacia en España, *Antonio Aznar Domingo y Alba Valenzuela Martín*

Última hora legislativa

- Notas sobre la inacabable reforma del matrimonio, por la *non nata* Ley del Registro Civil,
José Miguel Revilla Torres

Protección de los consumidores

A Fondo

Cláusula suelo y acuerdo extrajudicial con posterioridad a la sentencia del TS de 9 de mayo de 2013

Jesús M.^a Sánchez García

Abogado

Resumen: La Sentencia de la Sala 1^a del TS número 205/2018 de 11 de abril resuelve un recurso de casación sobre nulidad de una cláusula suelo por falta de transparencia y los efectos derivados de un acuerdo posterior a la formalización del préstamo con garantía hipotecaria entre el prestatario y la entidad bancaria, con posterioridad a la sentencia de la Sala 1^a del TS de 9 de mayo de 2013, interpretando el TS que en el caso concreto no se pactó una novación sino una transacción, plenamente válida. Se aparta así el TS del criterio establecido en la sentencia de 16 de octubre de 2017, y en la más reciente de 15 de junio de 2018, que analizan supuestos de una novación modificativa.

Palabras clave: Primacía del derecho comunitario, Tribunal Supremo, TJUE, vulneración del Derecho de la Unión, consumidor, orden público comunitario, novación modificativa, transacción.

Abstract: *The ruling of the First Chamber of the Supreme Court number 205/2018 of 11 April resolves an appeal for annulment of a ground clause for lack of transparency and the effects derived from an agreement subsequent to the formalization of the loan with mortgage guarantee between the borrower and the bank, after the ruling of the 1st Chamber of the TS of May 9, 2013, interpreting the TS that in the specific case no novation was agreed upon but a transaction, fully valid, departing from the criterion that the TS had resolved in the judgment of October 16, 2017 and in the most recent of June 15, 2018, which analyze assumptions of an amendment novation.*

Keywords: Primacy of European law, Supreme Court, ECJ (European Court of Justice), violation of European law, consumer, community public policy, modified novation, transaction.

I. Introducción

El Tribunal Supremo (en adelante TS), en la sentencia de 16 de octubre de 2017 (1), resuelve sobre la imposibilidad de convalidar una cláusula que es nula de pleno de derecho (FD 6º, ap 5º «Hemos declarado que la nulidad absoluta o de pleno derecho es insubsanable y no permite la convalidación del contrato (sentencia 654/2015, de 19 de noviembre y las que en ella se citan)»).

Sin embargo, en su sentencia de 11 de abril de abril de 2018 (2), de la que fue Ponente el Magistrado Ignacio Sancho Gargallo, se aparta de esta doctrina, entendiendo que en el supuesto que se analiza no existe una novación (pese a la literalidad de los pactos y de ser así calificado en ambas instancias), sino una transacción.

Para el TS los contratos que predispuso la entidad bancaria no son novaciones modificativas sino transacciones, en la medida en que se conciertan en un momento en que existía una situación de incertidumbre acerca de la validez de las cláusulas suelo incorporadas a los dos contratos originales, después de que se hubieran dictado la STS 241/2013, de 9 de mayo, y los posteriores autos aclaratorio y denegatorio de nulidad de actuaciones. En los contratos se advierte la causa propia de la transacción, evitar una controversia judicial sobre la validez de estas dos concretas cláusulas y sus efectos, mereciendo ambos, autodenominados «novación modificativa» en atención a su contenido y la causa que subyace a los mismos, la consideración de transacciones y no de meras novaciones obligacionales, sin perjuicio de que, como parte de las concesiones recíprocas de las partes al transigir, se modifique el límite a la variabilidad del interés convenido (cláusula suelo), teniendo esta distinción gran relevancia en relación con el juicio sobre su validez.

La sentencia cuenta con el **voto particular discrepante del Magistrado Javier Orduña**, que es una **lección magistral** de análisis de las categorías jurídicas y del control de transparencia en la contratación predispuesta. El voto particular basa su fundamentación en que los documentos que estipularon los prestatarios con el banco, de acuerdo con la base fáctica del caso, fueron ofertados por la entidad bancaria y predisuestos e impuestos por la misma, de forma que ni tan siquiera se les entregó copia, sin que la entidad bancaria haya acreditado que dichos documentos fueran realmente negociados. Realiza un extraordinario estudio del régimen de ineficacia de la cláusula suelo declarada abusiva como parte integrante del concepto de «orden público comunitario» y su extensión a los documentos predisuestos en el seno de una relación contractual entre consumidores y profesionales y sobre la invalidez de la renuncia de derechos básicos del consumidor.

El Tribunal Supremo, en la reciente Sentencia de 15 de junio de 2018 (3), de la que fue Ponente el Magistrado Javier Orduña, analiza un supuesto en el que el préstamo hipotecario fue objeto de una novación modificativa, haciendo especial énfasis sobre la información precontractual que debe facilitarse al prestatario, tanto en el contrato de préstamo hipotecario, como en su posterior novación modificativa, casando la sentencia y confirmando la sentencia del Juzgado de lo Mercantil, que declaró la nulidad de la novación modificativa del préstamo hipotecario.

II. El principio de primacía del derecho comunitario y el orden público

comunitario

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) analizando la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (en adelante Directiva 93/13/CEE) y el rango de norma de orden público de su artículo 6.1, ha provocado una auténtica «revolución» procesal y sustantiva en nuestro ordenamiento jurídico interno, y, como históricamente suele ocurrir en toda transformación de hechos relevantes con consecuencias jurídicas, una parte de la comunidad jurídica es reticente a aceptarlas (4) .

Es necesario abordar esta materia desde el principio de primacía del Derecho comunitario (art. 4 bis de la LOPJ), habida cuenta de la existencia de una legislación supranacional y de la interpretación que de esa legislación ha efectuado el TJUE, de obligada observancia por los tribunales nacionales.

El principio de primacía del Derecho comunitario, fijado por el TJUE desde su primera sentencia de 15 de julio de 1964 (asunto C-6/64), ha sido reconocido en nuestro ordenamiento jurídico por el TC, en sus sentencias 145/2012, de 2 de julio, 26/2014 de 13 de febrero, 232/2015, de 5 de noviembre, 13/2017 de 30 de enero, 17/2017 de 19 de junio y 21/2018 de 5 de marzo. Y ha sido elevado a rango legal a través de la LO 7/2015, de 21 de julio, de modificación de la LOPJ, que introduce un nuevo artículo 4 bis, estableciendo en su apartado primero que los Jueces y Tribunales aplicarán el derecho de la Unión europea de conformidad con la jurisprudencia del TJUE.

El TJUE ha recordado en su Sentencia de 22 de junio de 2010, asunto C-188/2010, que el Juez nacional encargado de aplicar las disposiciones del Derecho de la Unión, está obligado a garantizar la plena eficacia de esas normas, dejando inaplicada de oficio, en caso de necesidad, cualquier disposición contraria de la legislación nacional, incluso posterior, sin solicitar o esperar su previa derogación por el legislador o mediante cualquier otro procedimiento constitucional.

En la Unión Europea, la protección de los derechos de los consumidores se eleva a rango fundamental, exigiendo una interpretación de nuestras normas, sustantivas y procesales, conforme a la legislación y jurisprudencia comunitaria.

Si bien en la actualidad ya forma parte del ADN de nuestra cultura jurídica la primacía del derecho comunitario, elevado a rango legal con la reforma de la LO 7/2015, a través del actual artículo 4 bis de la LOPJ, no está plenamente asumido, a mi entender, el orden público comunitario, ni la relevancia que el mismo supone, tanto sustantiva, como procesalmente, en el ordenamiento jurídico español, especialmente en materia de consumidores (5) .

Si bien en la actualidad ya forma parte del ADN de nuestra cultura jurídica la primacía del derecho comunitario, no está plenamente asumido el orden público comunitario, ni su relevancia sustantiva y procesal

El concepto de orden público en la actualidad debe ponerse en **íntima relación con el respeto a los derechos fundamentales y a las libertades públicas**.

El Tribunal Constitucional, en su Sentencia n.º 19, de 13 de febrero de 1985, nos recuerda que el respeto de los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados por la Constitución es un componente esencial del orden público (6) .

En el ámbito de los consumidores, el legislador europeo ha querido otorgar rango de orden público al artículo 6, apartado 1 de la Directiva 93/13/CEE.

El TJUE, en sus Sentencias de 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15 y 26 de enero de 2017, asunto C-421/14, nos ha recordado que el artículo 6, apartado 1 de la Directiva 93/13/CEE es una disposición que debe considerarse una norma equivalente a las disposiciones nacionales que en el ordenamiento jurídico interno tienen la naturaleza de normas de orden público, así

como una norma imperativa.

En su Sentencia de 6 de octubre de 2009, asunto C-40/08, en su apartado 52 dispuso que

«dada la naturaleza e importancia del interés público en que se basa la protección que la Directiva 93/13 otorga a los consumidores procede declarar que el artículo 6 de dicha Directiva debe considerarse como una norma equivalente a las disposiciones nacionales que, en el ordenamiento jurídico interno, tienen rango de normas de orden público».

Por su parte, la Sentencia de 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15, el TJUE ha reiterado que el artículo 6, apartado 1 de la Directiva 93/13/CEE es una disposición que debe considerarse una norma equivalente a las disposiciones nacionales que en el ordenamiento jurídico interno tienen la naturaleza de normas de orden público (apartado 54), así como una norma imperativa (apartado 55) y que, 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, conforme el artículo 7, apartado 1 de la Directiva 93/13/CEE, en relación con su vigesimocuarto considerando, la Directiva impone a los Estados miembros la obligación de prever medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores.

Principios que el TJUE reitera, una vez más, en la Sentencia de 26 de enero de 2017, asunto C-421/14, recordando que el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE es 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 éstas (apartado 41), y que esta disposición debe considerarse una norma equivalente a las disposiciones nacionales que, en el ordenamiento jurídico interno, tienen rango de normas de orden público (apartado 42), debiendo el juez nacional apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13/CEE (apartado 43).

Por tanto, esos principios del TJUE que otorgan al artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE el rango de norma imperativa y de orden público deben ser observados por los tribunales nacionales, conforme el principio de primacía del derecho comunitario (art. 4 bis de la LOPJ) y el control de convencionalidad (art. 10,2 y 96 de la CE) (7).

El TS, en su Sentencia de 2 de febrero de 2017 (8), nos recuerda que conforme al artículo 6.3 del CC «los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención». En la Sentencia comentada, el TS resuelve que la norma legal que introdujo los deberes de información del artículo 79 bis LMV no estableció, como consecuencia de su incumplimiento, la nulidad del contrato de adquisición de un producto financiero. Por tanto, *a sensu contrario*, y siguiendo la doctrina fijada por la citada Sentencia, será de aplicación el artículo 6.3 del CC cuando una norma así lo establezca expresamente, como ocurre con el artículo 6, apartado 1 de la Directiva 93/13/CEE.

El TJUE, al interpretar el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE ha sentado jurisprudencia sobre las consecuencias jurídicas de su incumplimiento, al resolver que es una norma de orden público y de derecho imperativo, lo que significa que, conforme prevé nuestro ordenamiento interno en los artículos 6.3 y 1255 del CC, su infracción conlleva la nulidad de pleno derecho.

El propio legislador español ha establecido en el artículo 83 del TRLGCYU que las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. Y el artículo 8 de la LCGC establece que serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan, en perjuicio del adherente, lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.

Nuestro sistema parte de la ineficacia de los contratos —o de alguna de sus cláusulas, si el contrato subsiste— y exige destruir sus consecuencias y borrar sus huellas como si no hubiesen existido y evitar así que de los mismos se deriven efectos, de acuerdo con la regla clásica «*quod nullum est nullum effectum producit*» (lo que es nulo no produce ningún efecto). Así lo dispone el artículo 1303 del CC, a cuyo tenor «declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes».

La aplicación del orden público comunitario en el ordenamiento jurídico interno, conforme los artículos 6.3 y 1255 del CC, supone la ineficacia contractual derivada de su incumplimiento, con la

consecuencia jurídica de ser una nulidad absoluta o radical y que, por tanto, debe ser apreciada de oficio por los tribunales, sin que pueda beneficiarse de los institutos jurídicos de la prescripción o de la caducidad, ni, tampoco, de la confirmación tácita del contrato, regulada en los artículos 1309 y 1311 del CC.

Aunque la casuística es amplia, la importancia de la infracción de una norma considerada de orden público comunitario y sus consecuencias jurídicas, la podemos encontrar analizando una práctica de la que se han hecho eco algunos medios de comunicación. Nos referimos a las renunciaciones suscritas por algunos prestatarios a reclamar los efectos retroactivos derivados de la cláusula suelo, supuestos que se analizan en las sentencias del TS de 16 de octubre de 2017 (9) , y 11 de abril de 2018 (10) , con **soluciones contrarias en atención a que nos encontremos ante una novación modificativa o una transacción**, sin perjuicio del control de transparencia que siempre debe llevarse a cabo.

Sin perjuicio del lógico análisis del caso concreto, a mi entender hay argumentos jurídicos para defender la nulidad del pacto alcanzado, tanto respecto de los acuerdos extrajudiciales alcanzados entre el prestatario y la entidad bancaria, como respecto de los acuerdos transaccionales homologados judicialmente, conforme al principio del orden público comunitario, derivado del artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE, sin que la acción esté sujeta a plazos de caducidad, ni prescripción.

Hay argumentos jurídicos para defender la nulidad del pacto alcanzado, tanto respecto de los acuerdos extrajudiciales, como respecto de los acuerdos transaccionales homologados judicialmente

Sostengo esta posición habida cuenta la especial materia en la que nos desenvolvemos (nos encontramos ante normas de derecho imperativo y de orden público), y si se ha negociado y logrado un **acuerdo extrajudicial** con el banco habrá que acudir a la **causa y el error en la causa**, que puede determinar la nulidad del pacto o negocio.

En su Sentencia de 5 de abril de 2010 (11) , el TS resolvió que **la transacción judicial tiene naturaleza dual**, ya que —manteniendo su carácter sustantivo— la aprobación judicial le confiere un carácter procesal como acto que pone fin al proceso, con el efecto de hacer posible su ejecución como si se tratara de una sentencia (artículos 1816 CC y 517 LEC). En esta circunstancia radica la diferencia entre transacción judicial y extrajudicial, pues esta última no puede ser ejecutada forzosamente si no se obtiene, con carácter previo, un pronunciamiento judicial sobre su existencia y eficacia que sirva de título ejecutivo.

La doctrina fijada por el TS en su Sentencias de 9 de mayo de 2013, podría haber generado en algunos prestatarios, no tanto un vicio en el consentimiento a la hora de negociar y novar sus contratos de préstamos con garantía hipotecaria —con renuncia a los efectos *ex tunc* de las cláusulas suelo que hubieran podido dejarse sin efecto en un acuerdo extrajudicial —, sino un **acuerdo nulo por ir contra uno de los límites del art. 1255 CC, como es el orden público**, al haberse determinado por el TJUE que la no retroactividad infringía el Derecho comunitario, cuando el consumidor de forma fundada —dados los pronunciamientos del TS — podía considerar que no era así (12) .

La Sentencia del TS de 11 de abril de 2018 cuenta con el voto particular del Magistrado Javier Orduña que fundamenta su discrepancia con la decisión de la mayoría, entre otros razonamientos jurídicos, en el orden público comunitario.

Sin duda, el voto particular del Magistrado Javier Orduña servirá para analizar y asumir ese concepto jurídico y su relevancia en nuestro ordenamiento jurídico interno cuando se aplica el Derecho comunitario en materia de consumidores.

III. La Sentencia del TS de 11 de abril de 2018

La Sentencia del TS número 205/2018, de 11 de abril (13) , resuelve un recurso de casación

sobre nulidad de cláusula suelo por falta de transparencia y los efectos derivados de una novación modificativa del préstamo con garantía hipotecaria (calificada como transacción por el TS), entre el prestatario y la entidad bancaria con posterioridad a la Sentencia de la Sala 1ª del TS de 9 de mayo de 2013.

El TS, en la comentada Sentencia de 11 de abril de 2018, resuelve en **sentido contrario** a la sentencia que había dictado la propia Sala 1ª en su Sentencia de 16 de octubre de 2017 (14), que declaró la imposibilidad de convalidar una cláusula que es nula de pleno de derecho (FD 6º, ap 5º «Hemos declarado que la nulidad absoluta o de pleno derecho es insubsanable y no permite la convalidación del contrato (sentencia 654/2015, de 19 de noviembre y las que en ella se citan)» (15).

En su Sentencia de 11 de abril de 2018, de la que ha sido Ponente el Magistrado Ignacio Sancho Gargallo, el TS resuelve el recurso de casación interpuesto por una entidad bancaria, contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza que confirmó la del Juzgado de 1ª Instancia, en la que se declaraba la nulidad de una cláusula suelo, resolviendo sobre la «imposibilidad de convalidar la cláusula nula mediante su sustitución por otra que sea más favorable a los intereses del consumidor incluso aunque contenga una renuncia a la acción de nulidad que pudiera corresponderle» (16).

En el supuesto concreto, la entidad bancaria y los prestatarios, en fecha 28 de enero de 2014, después de que el TS dictara su Sentencia 241/2013, de 9 de mayo, concertaron sendos contratos privados que modificaban los contratos documentados en las escrituras públicas del préstamo hipotecario. En ambos casos, en la primera estipulación se incluyó la siguiente cláusula: «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».

Y la estipulación tercera contenía 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 que traiga causa de su formalización y clausulado, así como por las liquidaciones y pagos realizados hasta la fecha, cuya corrección reconocen».

Y en ambos documentos, en el anverso, contenía la transcripción a mano por ambos prestatarios, junto con su firma, del siguiente texto: «Soy consciente y entiendo que el tipo de interés de mi préstamo nunca bajará del 2,25% nominal anual».

La transcripción literal del contrato de «novación modificativa del préstamo» puede leerse en el voto particular del Magistrado Javier Orduña (pgs. 11 a 13 —Roj: STS 1238/2018—).

El TS, en su Sentencia de 11 de abril de 2018 (FD 3º, apartados 4º a 6º) resuelve que:

«4. Estimación del motivo segundo. Los dos contratos privados de 28 de enero de 2014, al margen de su denominación (contrato de novación modificativa del préstamo...), 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".

Propiamente, ambos contratos no son novaciones sino transacciones, en la medida en que se conciertan en un momento en que existía una situación de incertidumbre acerca de la validez de las cláusulas suelo incorporadas a los dos contratos originales, después de que se hubieran dictado la sentencia 241/2013, de 9 de mayo, y los posteriores autos aclaratorio y denegatorio de nulidad de actuaciones, y en ellos se advierte la causa propia de la transacción, evitar una controversia judicial sobre la validez de estas dos concretas cláusulas y sus efectos. Conviene no perder de vista que la sentencia 241/2013, de 9 de mayo, expresamente refiere que la cláusula suelo en sí misma no es nula por abusiva, sino tan sólo

en la medida en que no se cumplan las exigencias de transparencia. El efecto mediático de aquella sentencia y sus consecuencias en la litigiosidad posterior explica la reseñada situación de incertidumbre y el animus de evitar el pleito, circunstancias que caracterizan la transacción y permiten diferenciarla de la mera novación.

De tal forma que, por lo expuesto, ambos contratos autodenominados «novación modificativa», en atención a su contenido y la causa que subyace a los mismos, merecen la consideración de transacciones y no de meras novaciones obligacionales, sin perjuicio de que, como parte de las concesiones recíprocas de las partes al transigir, se modifique el límite a la variabilidad del interés convenido (cláusula suelo). Esta distinción tiene gran relevancia en relación con el juicio sobre su validez.

5. Es cierto que en la sentencia 558/2017, de 16 de octubre, entendimos que el art. 1208 CC «determina la nulidad de la novación cuando también lo sea la obligación novada, salvo que la causa de nulidad solo pueda invocarla el deudor o que la ratificación convalide los actos nulos en su origen». Pero además de que esta no fue la razón principal de la decisión, tal afirmación requiere alguna matización, sobre todo cuando la novación forma parte de la transacción.

La sentencia 558/2017, de 16 de octubre, trataba de un caso en que con posterioridad a la firma del contrato de préstamo hipotecario para financiar la adquisición de una vivienda dentro de una promoción inmobiliaria, a instancia del prestatario adquirente de la vivienda, el banco había accedido a rebajar el límite inferior a la variabilidad del interés, para adecuarlo al de otros prestatarios adquirentes de viviendas de esa misma promoción.

En ese caso entendimos que la nulidad de la cláusula suelo, consecuencia de no cumplir las exigencias de transparencia, no quedaba convalidada por la posterior petición de los prestatarios de que se les redujera la cláusula suelo al nivel que tenían otros compradores de la misma promoción, «pues no constituye un acto inequívoco de la voluntad tácita de convalidación o confirmación del contrato, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda dicha situación confirmatoria». Y como razón adicional, añadimos que al tratarse de una nulidad absoluta, operaría la previsión del art. 1208 CC, que vedaría la novación modificativa de la cláusula.

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.

De tal forma que lo expuesto en aquella sentencia no impide que pueda admitirse una transacción, aunque la obligación preexistente sobre la que existe controversia pudiera ser nula, circunstancia que sólo podría determinarse si se declarase judicialmente la falta de transparencia. Eso sí, siempre y cuando la nueva relación jurídica nacida de la transacción no contravenga la ley.

6. En el presente caso, la transacción, en principio, no contraviene la ley, pues nos encontramos ante una materia disponible. No deberíamos negar la posibilidad de que pudiera transigirse en los contratos con consumidores, máxime cuando existe una clara voluntad de favorecer la solución extrajudicial de conflictos también en este ámbito. La imperatividad de las normas no impide la posibilidad de transigir, siempre que el resultado del acuerdo sea conforme al ordenamiento jurídico».

Basta una lectura de la sentencia para llegar a la inequívoca conclusión de que aunque existía una renuncia manuscrita por los prestatarios, dicha renuncia se formalizó en un documento predispuesto por la entidad bancaria, al que se adhirieron los prestatarios, como así expresamente se reconoce en todas las instancias.

¿Cabe pensar que esos prestatarios hubieran aceptado una renuncia si hubieran tenido la certeza de que la doctrina fijada por el TS sobre la irretroactividad de la declaración de nulidad de una cláusula suelo (que fijó en su sentencia de 9 de mayo de 2013, fijando doctrina sobre el *dies a quo* en su sentencia de 25 de marzo de 2015 — con el voto particular de los Magistrados Javier

Orduña y Xavier O» Callaghan—) (aunque esa renuncia se firmó en el 2014), contravenía la doctrina jurisprudencial del TJUE, como este Tribunal declaró en su sentencia de 21 de diciembre de 2016?

El voto particular del Magistrado Javier Orduña es una lección magistral de análisis de las categorías jurídicas y del control de transparencia en la contratación predispuesta

El voto particular del Magistrado Javier Orduña, como siempre, es una lección magistral de análisis de las categorías jurídicas y del control de transparencia en la contratación predispuesta, basando su fundamentación en que los documentos que estipularon los prestatarios con el banco, de acuerdo con la base fáctica del caso, fueron ofertados por la entidad bancaria y predispuestos e impuestos por la misma, de forma que ni tan siquiera se les entregó copia, sin que la entidad bancaria haya acreditado que dichos documentos fueran realmente negociados.

En el Fundamento de Derecho tercero del voto particular, el Magistrado Javier Orduña realiza un extraordinario estudio del régimen de ineficacia de la cláusula suelo declarada abusiva como parte integrante del concepto de «orden público comunitario» y su extensión a los documentos predispuestos

en el seno de una relación contractual entre consumidores y profesionales y sobre la invalidez de la renuncia de derechos básicos del consumidor.

La doctrina fijada por el TS en su sentencia de 9 de mayo de 2013, generó en algunos prestatarios no tanto un vicio en el consentimiento a la hora de negociar y novar sus contratos de préstamos con garantía hipotecaria —con renuncia a los efectos *ex tunc* de las cláusulas suelo que hubieran podido dejarse sin efecto en un acuerdo extrajudicial—, sino **un acuerdo nulo por ir contra uno de los límites del art. 1255 CC, como es el orden público**, al haberse determinado por el TJUE que la no retroactividad infringía el Derecho comunitario cuando el consumidor de forma fundada —dados los pronunciamientos del TS— podía considerar que no era así (17) .

Para los que venimos sosteniendo la relevancia jurídica del orden público comunitario en el ordenamiento jurídico interno, el voto particular del Magistrado Javier Orduña, nos abre una esperanza, máxime teniendo presente que algunos de los votos particulares del Magistrado Javier Orduña han servido de fundamentación, en parte, para el planteamiento de algunas cuestiones prejudiciales ante el TJUE, como las que motivaron los votos particulares de las sentencias del TS de 25 de marzo de 2015, 23 de diciembre de 2015 o la más reciente de 14 de diciembre de 2017.

Estoy convencido que **veremos nuevas cuestiones prejudiciales** ante el TJUE, promovidas por tribunales españoles, como consecuencia de la doctrina fijada por el TS en su sentencia de 11 de abril de 2018.

IV. Validez de las renunciaciones al ejercicio de acciones con posterioridad a la formalización del contrato de préstamo hipotecario

Dictada la Sentencia del TS de 11 de abril de 2018, el Catedrático de Derecho Civil **Angel Carrasco Perera**, publicó un artículo en el Centro de Estudios de Consumo (18) , sobre «la validez de las novaciones transaccionales de préstamo hipotecarios con cláusulas suelo. Una buena sentencia de casación».

Creo conveniente hacer una precisión sobre la afirmación que sostiene el profesor Carrasco en su artículo de que «Me alegro también interesadamente de que hayan salido validadas las propuestas —entonces aisladas— que yo hice sobre el extremo hoy resuelto, en un trabajo publicado el 14 de octubre de 2017 en CESCO (Sobre las novaciones de préstamos hipotecarios con cláusulas suelo). Para poner paz en su propia galería, supongo, la sentencia se ve obligada a hacer extraños distinguos para dar una impresión de que no está derogando la mala STS 558/2017, sino que está tratando de cosa distinta. Pero aquí, creo, el empeño de Ignacio Sancho no es exitoso: la deroga en efecto, y con eso también nos alegramos».

Pues bien, la Sentencia de 11 de abril de 2018 no solo no «deroga» la sentencia del TS de 558/2017 de 16 de octubre (19), sino que el TS (formando Sala el propio Magistrado Ignacio Sancho Gargallo) ha dictado la sentencia de 15 de junio de 2018 (20), de la que ha sido ponente el Magistrado Javier Orduña, en la que analiza el control de transparencia respecto de una cláusula suelo de un préstamo hipotecario que posteriormente fue objeto de novación modificativa, declarando la nulidad de dicha cláusula por no haberse facilitado la oportuna información precontractual en la posterior novación modificativa por parte de la entidad bancaria.

La STS de 11 de abril de 2018 no solo no «deroga» la de 16 de octubre, sino que en la de 15 de junio de 2018 el TS declara la nulidad por no haberse facilitado la oportuna información precontractual en la posterior novación modificativa

Mejor opinión que el artículo comentado del profesor Carrasco Perera, me merece el artículo publicado también en el Centro de Estudios de Consumo por el Catedrático de Derecho Civil **Manuel Jesús Marín López**, «Novación de préstamos hipotecarios con cláusula suelo y renuncia al ejercicio de derechos. Nota crítica a la STS 205/2018, de 11 de abril» (21)

El profesor Marín López realiza un profundo estudio analítico y metodológico de la validez de los acuerdos transaccionales sobre una cláusula suelo y las posibles renunciaciones al ejercicio de la acción de reclamar los intereses cobrados indebidamente por aplicación de la cláusula suelo que pudiera resultar abusiva.

Comparto las tesis expuestas por el profesor Marín López en el citado artículo y aconsejo la lectura del mismo.

Para el profesor Marín López, el supuesto contemplado en la Sentencia de 11 de abril de 2018 no supera el control de

transparencia, ya que según resulta del Fundamento Jurídico primero de la citada sentencia, que expone los hechos probados en la instancia, no consta que el prestatario recibiera antes de celebrar el acuerdo novatorio la información necesaria para conocer de manera adecuada el significado de la cláusula suelo, sin que conste que le ofrecieran información sobre las cuotas que debería abonar según diferentes escenarios de evolución de los tipos de interés y sin que, en realidad, en opinión del profesor Marín López, recibiera información de ningún tipo.

Lo cierto es que esta carencia de información precontractual en el posterior acuerdo a la formalización del contrato de préstamo hipotecario, es el que fundamenta la estimación del recurso de casación y la declaración como abusiva de la cláusula suelo en la sentencia del TS de 15 de junio de 2018 (22).

Sobre ese plus de información se ha pronunciado recientemente la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Alava, en su Sentencia de 30 de mayo de 2018, recurso de apelación 221/2018, que, analizando las sentencias del TS de 16 de octubre de 2017 y 11 de abril de 2018, resolvió (FD 1º *in fine*):

«No se ha cumplido el deber de transparencia, el documento presentado debió ir acompañado de simulaciones sobre las cantidades pagadas en exceso por la aplicación de la cláusula suelo, mostrando al cliente las cantidades a las que estaba renunciando expresamente, asegurándose la comprensión sobre este extremo. Y además, la entidad bancaria (sobre la que recae la carga de la prueba) no acredita que hubiese negociación con el cliente.

Además, la falta de transparencia ha creado desequilibrio entre las partes en perjuicio del consumidor. C.... omitió las cantidades a las que estaban renunciando los prestatarios, éstos creyeron que se les estaba suprimiendo el "suelo" del tipo de interés, sin recibir información alguna sobre las cantidades a las que estaban renunciando en favor de la C.

En consecuencia, si el "Acuerdo Transaccional" no cumple con el control de transparencia exigido por la Jurisprudencia sobre las cláusulas incluidas en el contrato por el predisponente, y además, la falta de este requisito ha creado un desequilibrio entre las partes, debe declararse nulo por abusivo, y no solo porque la cláusula que pretende sustituir (tercera bis)

que describe el suelo-techo) incluida en el contrato de préstamo es nula».

Analiza, igualmente, el profesor Marín López en el artículo que comentamos, la renuncia de acciones a recuperar las cantidades pagadas en exceso por el prestatario. En opinión del profesor Marín López, la misma no constituye un elemento esencial del contrato, por lo que no está sujeta al control de transparencia, sino al control de contenido y, por tanto a lo dispuesto en los artículos 82,1, 82,3 y 86,7 del TRLGCIU.

Para el profesor Marín López, por aplicación del artículo 86.7 del TRLGCIU la cláusula de renuncia por parte del consumidor a reclamar las cantidades abonadas en exceso como consecuencia de la aplicación de la cláusula suelo es una **cláusula presuntamente abusiva**. Incumbe a la entidad de crédito predisponente la carga de acreditar que esa cláusula no causa, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes en contra de las exigencias de la buena fe.

V. Las Sentencias del TS de 16 de octubre de 2017 y 15 de junio de 2018

El TS, en sus Sentencias de 16 de octubre de 2017 (23) , y 15 de junio de 2018 (24) , analiza los acuerdos novatorios modificativos de cláusula suelo con posterioridad a la sentencia del TS de 9 de mayo de 2013.

La sentencia del TS de 16 de octubre de 2017, de la que fue ponente el Magistrado Rafael Saraza, realiza un estudio pormenorizado del principio de efectividad del derecho comunitario y los efectos derivados de la jurisprudencia dictada por el TJUE, resolviendo sobre la imposibilidad de convalidar una cláusula que es nula de pleno de derecho (FD 6º, ap 5º «Hemos declarado que la nulidad absoluta o de pleno derecho es insubsanable y no permite la convalidación del contrato (sentencia 654/2015, de 19 de noviembre y las que en ella se citan») (25) .

En esta sentencia, nos recuerda el TS que «No puede confundirse la evaluación de la transparencia de una condición general cuando se enjuicia una acción destinada a que se declare la nulidad de la misma con el enjuiciamiento que debe darse a la acción de anulación de un contrato por error vicio en el consentimiento» (FD 6º, ap 2). «Se trata de una nulidad de pleno derecho, que impide que el consumidor pueda quedar vinculado por la cláusula abusiva (art. 6.1 de la Directiva 93/13)».

Para el TS no es posible otorgar al consumidor una protección menor que la que otorga la institución de la nulidad de pleno derecho en otros campos del ordenamiento jurídico pues, de otorgar una protección inferior, «se infringiría el principio de equivalencia del Derecho de la Unión Europea» (FD 6º, ap 3). «Además, es reiterada la jurisprudencia del TJUE que declara que esta nulidad es apreciable de oficio por los tribunales, por lo que no es imprescindible que sea invocada por el consumidor» (FD 56, ap 4).

Resuelve la sentencia de 16 de octubre, que no es posible convalidar una cláusula que es nula de pleno de derecho (FD 6º, ap 5º «Hemos declarado que la nulidad absoluta o de pleno derecho es insubsanable y no permite la convalidación del contrato (sentencia 654/2015, de 19 de noviembre y las que en ella se citan»)»).

Por su parte, la Sentencia del TS de 15 de junio de 2018, de la que fue Ponente el Magistrado Javier Orduña y de la que forma parte de la Sala sentenciadora el Magistrado Ignacio Sancho Gargallo, analiza un supuesto en el que el préstamo hipotecario fue objeto de una novación modificativa, haciendo especial énfasis sobre la información precontractual que debe facilitarse al prestatario, tanto en el contrato de préstamo hipotecario, como en su posterior novación modificativa, casando la sentencia y confirmando la sentencia del Juzgado de lo Mercantil, que declaró la nulidad de la novación modificativa del préstamo hipotecario.

La STS de 15 de junio de 2018 hace especial énfasis en la información precontractual que debe facilitarse al prestatario, tanto en el contrato, como en

su posterior novación modificativa

La sentencia analiza la aplicación del control de transparencia a un préstamo hipotecario con la denominada cláusula suelo (interés mínimo) que posteriormente fue objeto de novación modificativa.

Con cita de la doctrina jurisprudencial sobre el control de transparencia establecida por el TS y el TJUE (STS 9/5/2013, 8/9/2014, 23/12/2015 y 7/11/2017 y del TJUE de 30/4/2014, 21/12/2016 y 20/9/2017), la sentencia resuelve que el control de transparencia comporta que el consumidor disponga «antes de la celebración del contrato» de información comprensible acerca de las condiciones contratadas y las consecuencias de dichas cláusulas en la ejecución del contrato celebrado, de forma que el control de transparencia tiene por objeto que el adherente pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que realmente supone el contrato celebrado, esto es, el sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir la definición clara de su posición jurídica tanto en los elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación de los riesgos del desarrollo del mismo.

Para el TS (FD 2º), respecto de las condiciones generales que versan sobre elementos esenciales del contrato se exige una información suficiente que pueda permitir al consumidor adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que le supondrá concertar el contrato, con aquellas cláusulas, sin necesidad de realizar un análisis minucioso y pormenorizado del contrato.

La información precontractual es la que permite realmente comparar ofertas y adoptar la decisión de contratar. No se puede realizar una comparación fundada entre las distintas ofertadas, si al tiempo de realizar la comparación el consumidor no puede tener un conocimiento real de la trascendencia económica y jurídica de las cláusulas del contrato ofertado.

Para el TS el diferencial respecto del índice de referencia y el TAE que resulta de la adición de uno al otro, que es la información en principio determinante sobre el precio del producto con la que el consumidor realiza la comparación entre las distintas ofertas y decide contratar una en concreto, pierde buena parte de su trascendencia si existe un suelo por debajo del cual el interés no puede bajar, por lo que es preciso que en la información precontractual se informe la existencia de este suelo y su incidencia en el precio del contrato, con claridad y dándole el tratamiento principal que merece.

Estima el TS en la sentencia de 15 de junio el recurso y casa la sentencia de la Audiencia Provincial, confirmando la del Juzgado de lo Mercantil, que declaró la nulidad de la cláusula suelo, ya que para el TS en ningún momento de las fases contractuales que llevaron a la realización del préstamo hipotecario y a su posterior novación modificativa, la entidad bancaria llevó a cabo ese plus de información y tratamiento principal de la cláusula suelo que permitiera a la cliente adoptar su decisión con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que comportaba dicha cláusula.

Por último, para el TS este déficit de información no queda suplido por la mera lectura de la escritura, ni por la claridad gramatical que pueda resultar de la cláusula suelo, que si bien sirve para la superación del control de incorporación, no determina, por ella sola, en ausencia de ese plus de información, que dicha cláusula supere, además, el control de transparencia.

VI. Conclusión

Sin perjuicio de la crítica que se haga de la Sentencia del TS de 11 de abril de 2017, es evidente que en los acuerdos extrajudiciales que se pactaron con respecto a las cláusulas suelo en los préstamos con garantía hipotecaria, con posterioridad a la sentencia del TS de 9 de mayo de 2013, habrá que distinguir entre aquellos supuestos en los que nos encontremos ante una novación modificativa, de aquellos otros en los que se pactó una transacción, de difícil delimitación, en mi opinión, pese a los esfuerzos que el TS realiza a través de su sentencia de 11 de abril de 2018, para calificar como transacción los pactos predispuestos por la entidad bancaria, habida cuenta que para el TS es indiferente la calificación jurídica que se otorgue por las partes, incluso

siendo predispuerto el contrato y haciéndose constar de forma expresa por la entidad bancaria que «el documento constituye una novación sujeta a la Ley 2/1994 de 30 de marzo, al convenirse expresamente una mejora del tipo de interés». Todo ello sin perjuicio, de que, conforme a la Sentencia del TS de 11 de abril de 2017, procede acordar la nulidad del pacto estipulado en el acuerdo transaccional, respecto de la modificación de la cláusula suelo pactada, cuando se ha incumplido con el control de transparencia, siendo de interés el criterio que respecto de la información precontractual que para estos supuestos posteriores fija el TS en su Sentencia de 15 de junio de 2018.

NOTAS

- (1) Roj: STS 3721/2017 - ECLI: ES:TS:2017:3721 Ver Texto
- (2) Roj STS 1238/2018 Ver Texto
- (3) Roj STS 2200/2018. Ver Texto
- (4) Sanchez Garcia, J: «Cláusulas suelo: de nuevo sobre la validez de los acuerdos extrajudiciales. Breves comentarios a la sentencia del TS de 11 de abril de 2018». Revista de Derecho vLex - Núm. 167, Abril 2018. Ver Texto
- (5) Sobre el orden público comunitario ver la reciente monografía del profesor de Derecho Procesal acreditado a Catedrático Vicente Perez Daudi: «La protección procesal del consumidor y el orden público comunitario». Atelier Libros. 1ª Edición, abril 2018. Ver Texto
- (6) Elvira Perales, A «Libertad de circulación comunitaria y orden público en España». Cuadernos de Derecho Público, nº 30, (enero-abril 2007) p. 38. Ver Texto
- (7) Sanchez Garcia, J: «La sentencia del TJUE de 26/1/2017, asunto 421/14 y la cosa juzgada conforme la Directiva 93/13/CEE». Revista de Derecho vLex - Núm. 152, Enero 2017. Ver Texto
- (8) Roj: STS 358/2017 Ver Texto
- (9) Roj: STS 3721/2017 Ver Texto
- (10) Roj STS 1238/2018 Ver Texto
- (11) Roj: STS 1874/2010

[Ver Texto](#)

(12) Sanchez Garcia, J.: «Efectos procesales y sustantivos derivados de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016». Revista Jurídica vLex. *Op cit.*

[Ver Texto](#)

(13)Roj 1238/2018.

[Ver Texto](#)

(14)Roj: STS 3721/2017.

[Ver Texto](#)

(15)Vazquez Garcia, D: «Cláusulas suelo en préstamos hipotecarios concertados con consumidores. La reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo declara la nulidad derivada de la no superación del doble control de transparencia es nulidad radical» Revista Jurídica sobre Consumidores y Usuarios - Núm. 1. Marzo 2018

[Ver Texto](#)

(16)Vela Torres, PJ «Validez de la transacción que rebaja en dos puntos la cláusula suelo a cambio de la renuncia a instar su nulidad». Diario la Ley, nº 9227. 27 de junio de 2018.

[Ver Texto](#)

(17)Sanchez Garcia, J.: «Efectos procesales y sustantivos derivados de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016». Revista de Derecho vLex - Núm. 152, Junio 2017.

[Ver Texto](#)

(18)Carrasco Perera, A: «Validez de las novaciones transacciones de préstamo hipotecarios con cláusulas suelo. Una buena sentencia de casación». Centro de Estudios de Consumo, 13 de abril de 2018.

[Ver Texto](#)

(19)Roj: STS 3721/2017

[Ver Texto](#)

(20)Roj STS 2200/2018

[Ver Texto](#)

(21)Marín López, MJ: «Novación de préstamos hipotecarios con cláusulas suelo y renuncia al ejercicio de derechos. Nota crítica a la STS 205/2018 de 11 de abril». Centro de Estudios de Consumo, 28 de abril de 2018

[Ver Texto](#)

(22)Roj 2200/2018

[Ver Texto](#)

(23)Roj: STS 3721/2017.

[Ver Texto](#)

(24)Roj 2200/2018

[Ver Texto](#)

(25)Vazquez Garcia, D: «Cláusulas suelo en préstamos hipotecarios concertados con consumidores. La reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo declara la nulidad derivada de la no superación del doble control de transparencia es nulidad radical», Revista Jurídica sobre Consumidores y Usuarios - Núm. 1. Marzo 2018

[Ver Texto](#)