

© Copyright 2018, vLex. Todos los Derechos Reservados.
Copia exclusivamente para uso personal. Se prohíbe su distribución o reproducción.

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

Autor: Jesus M^a Sanchez Garcia

Cargo: Abogado

Id. vLex: VLEX-709003409

Link: <http://vlex.com/vid/clausulas-suelo-nuevo-validez-709003409>

Texto

Contenidos

El pasado jueves 12 de abril se publicó en la página Web del CGPJ la [sentencia de la Sala 1^a del TS número 205/2018 de 11 de abril](#)¹, resolviendo 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, 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](#).

Es cierto que la sentencia resuelve sobre una casuística concreta, pero conviene tener presente que está dictada por el Pleno y, por tanto, creando *doctrina jurisprudencial* y cuenta, como viene siendo habitual en esta materia, con el voto particular del Magistrado Javier Orduña.

Hace escasos días leía un excelente artículo publicado en la Revista Jurídica sobre Consumidores y Usuarios, del Letrado David Vázquez García, del Área Civil del Gabinete Técnico del TS [[Ver](#)],² comentando la sentencia dictada por la Sala 1^a del TS de 16 de octubre de 2017,³ 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)*”).

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.

La citada [sentencia del TS de 16 de octubre de 2017](#), nos recuerda 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). 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).

Sin embargo, acudiendo a un conocido refrán, la [sentencia del TS de 11 de abril de 2018](#) parece querer decir aquello de “*donde dije digo, digo Diego*” haciendo una interpretación, salvo error, a *sensu contrario* de lo que resolvió en su [sentencia de 16 de octubre de 2017](#).

Pero siguiendo con otro refrán, “*no hay mal que por bien no venga*” y hete aquí que el voto particular del Magistrado Javier Orduña fundamenta su discrepancia con la decisión de la mayoría, entre otros razonamientos jurídicos, en el orden público comunitario⁴.

Y sostengo que “*no hay mal que por bien no venga*”, porque 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.

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.

La reciente doctrina del TJUE analizando la [Directiva 93/13/CEE](#) y el rango de norma de orden público de su artículo 6.1, ha provocado una auténtica “revolución” procesal 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 aceptar las mismas.⁵

La [sentencia del TS de 11 de abril de 2018](#), de la que ha sido Ponente el Magistrado Ignacio Sancho Gargallo, 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*».

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 febrero 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, 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.

Como vengo sosteniendo desde hace tiempo, el *concepto de orden público* en la actualidad debe ponerse en íntima relación con el respeto a los derechos fundamentales⁶.

El [Tribunal Constitucional en su sentencia nº 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*⁷.

El TJUE en la sentencia de 6 de octubre de 2009, asunto C-40/08, en su apartado 52 acordó 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*”.

En la [sentencia de 21 de diciembre de 2016](#) el TJUE, [asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15](#), 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 incide, 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](#))⁸.

El [TS en su sentencia de 2 de febrero de 2017](#)⁹, 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 distintivo 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 doctrina 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 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](#).

La doctrina fijada por el [TS en sus sentencias 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 así¹⁰.

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.

No sería aventurado predecir una nueva avalancha de 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](#).

[1] Roj: STS 1238/2018 - ECLI: ES:TS:2018:1238

[2] 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

[3] Roj: STS 3721/2017 - ECLI: ES:TS:2017:3721

[4] Sobre el orden público comunitario ver 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.

[5] Sanchez Garcia, J: “El principio de efectividad en la jurisprudencia del TJUE en materia de consumidores y su repercusión sobre los efectos de la cosa juzgada regulada en la [LEC](#)”. Revista Juridica de Catalunya, N° 1-2017, pp 13-30.

[6] Sanchez Garcia, J “El orden público comunitario y su incidencia en el procedimiento civil en materia de consumidores”. Revista de Derecho vLex - Núm. 158, Julio 2017.

[7] Elvira Perales, A “Libertad de circulación comunitaria y orden público en España”. Cuadernos de Derecho Público, nº 30, (enero-abril 2007) p. 38.

[8] 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.

[9] Roj: [STS 358/2017](#) - ECLI: ES:TS:2017:358

[10] 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.

