

SOBRE LAS NOVACIONES DE PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS CON CLÁUSULAS SUELO*

*Ángel Carrasco Perera***
Centro de Estudios de Consumo
Catedrático de Derecho civil
Universidad de Castilla-La Mancha

Fecha de publicación: 14 de octubre de 2017

1. La hipótesis que consideramos es la del prestatario que se presenta en la entidad bancaria reclamando por su cláusula suelo, y aquélla le propone una novación consistente en la supresión de la cláusula a cambio de un interés fijo, o en la prolongación del plazo de duración del préstamo, o, simplemente, a cambio de “nada” distinto del hecho mismo de la supresión para el futuro de la susodicha cláusula. A cambio, el cliente acepta renunciar a las acciones que pudiera tener relativas al tiempo en que se aplicó la cláusula suelo.

2. Recientemente, el investigador del CESCO José María Martín Faba ha publicado en nuestra web un trabajo **SOBRE LOS ACUERDOS NOVATORIOS DE CLÁUSULAS SUELO**, dando cuenta de la jurisprudencia (mayoritaria) de primera y segunda instancia que considera nulos estos acuerdos novatorios como consecuencia de una especie de extensión de la nulidad de la cláusula suelo originaria. Los argumentos que se emplean para declarar esta nulidad son los previsibles en una jurisprudencia que resuelve en esta materia mediante el empleo de estribillos y fórmulas hechas que han aprendido ordinariamente en los libros de texto que estudiaron para graduarse. Así, que la nulidad, a diferencia de la anulabilidad, no es sanable y que lo que es radicalmente nulo no puede confirmarse ni novarse; que lo nulo no produce ningún efecto; y así otras cosas por el estilo.

* Trabajo realizado en el marco de la Ayuda del Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia (Subprograma Estatal de Generación de Conocimiento) del Ministerio de Economía y Competitividad, otorgada al Grupo de investigación y Centro de investigación CESCO, Mantenimiento y consolidación de una estructura de investigación dedicada al Derecho de consumo, de la UCLM, ref. DER2014-56016-P, del que soy investigador principal.

** ORCID ID: 0000-0003-3622-2791



3. Para empezar, es una petición de principio sostener porque sí que los contratos “radicalmente nulos” no pueden confirmarse. Léase el art. 1310 CC y se comprobará que los contratos que no pueden confirmarse son aquellos que no tienen objeto cierto, en los que no se ha consentido o en los que no existe causa lícita. Los demás pueden confirmarse si por la estructura del vicio de validez la confirmación es materialmente posible: un contrato nulo por falta de forma se confirma con la forma necesaria, confirmación que según los casos tendrá o no efecto retroactivo. Aquéllos citados en el art. 1310 no se pueden confirmar porque por la naturaleza del vicio sólo puede sanarse la patología “repetiendo” el contrato. A esta repetición se la podría llamar novación, si no fuera porque es impropio sostener que se nova un contrato que no existía. Pero el nombre que le demos es una cuestión menor, importa sólo la sustancia de la cosa. Además, no está dicho que las novaciones auténticas hayan de tener efecto retroactivo y muchas no lo tienen, como ocurre con las novaciones hipotecarias ordinarias en las que se amplía capital o se modifican intereses. Todavía más, la “repetición” (novatoria o no) de contratos radicalmente nulos puede tener naturalmente efectos retroactivos. Pensemos en este ejemplo: vendedor y comprador acuerdan el día uno que el vendedor entregará el día 10 al comprador lo que aquél quiera, por un precio de 100. El contrato es nulo, porque el objeto depende de una decisión potestativa del vendedor. Pero el día 3 acuerdan novar el contrato nulo y que el vendedor dará un burro a cambio de los 100. La “novación” no es sólo válida, sino que el contrato gana validez desde el día 1, porque hasta el momento de la novación las cosas *estaban todavía íntegras* y ninguna de las partes había precisado ejecutar ninguna conducta de cumplimiento.

4. Pero además la operación que estamos describiendo no es una novación simple, sino una transacción, o, si se quiere, una novación de tipo transaccional. El cliente sabe o sospecha que, si reclama, podría ganar su pendencia, pero para evitar tiempo, dinero y riesgo, acepta una propuesta transaccional del banco, que a su vez pierde los intereses que esperaba cobrar con la cláusula originaria (art. 1809 CC). Con independencia de lo que se diga de la novación y de la nulidad, es indudable que se puede transigir sobre un contrato o cláusula sobre el que pendía una amenaza de nulidad. Lo que importa es que el consumidor ya supiera al transigir que existía aquella pendencia sobre la cláusula suelo, que la validez o nulidad de la cláusula era el *caput controversum* de la transacción, y que por ello quedaba absorbida por la eficacia de “cosa juzgada” de la transacción (art. 1816). Claro está que también la transacción podría ser nula si concurría una propia causa de nulidad, pero no concurre tal causa por el solo hecho de que el *caput controversum* sea un vicio de nulidad; es una petición de principio absurda sostener que por no ser transparente la cláusula suelo originaria no va a serlo tampoco la transacción novatoria.



5. Ejemplos se pueden elegir hasta la saciedad. El comprador que podría pedir la nulidad del contrato por falta de objeto, transige con el vendedor y recibe otra cosa a cambio. El prestamista y el prestatario que contienden sobre si el crédito es usurario (que lo era en una consideración ex post facto), transigen de alguna manera y la transacción novatoria no es a su vez usuraria. Las partes, que estaban en controversia sobre si una cláusula no negociada era nula por falta de reciprocidad, llegan a un acuerdo transaccional por el que el empresario concede al consumidor un derecho correspondiente. Todo esto no quiere decir que la eficacia sanatoria de la transacción tenga o no eficacia retroactiva por su propia naturaleza, sino que depende de que las partes le den o no una eficacia retroactiva.

6. La nulidad por abusiva de la cláusula suelo procede, dice la jurisprudencia, por falta de transparencia de la cláusula. Pero falta de transparencia no es un vicio de contenido, sino un epifenómeno de los vicios del consentimiento. La nulidad que procediera de esta intransparencia no podría tener otro régimen que el propio de los vicios derivados del error. Esto está fuera de duda. Resulta que la cláusula no es transparente para el consumidor por esto o por lo otro, que existe un déficit de consentimiento informado, que es a lo que reduce finalmente la historia de la transparencia. Pero el déficit de consentimiento es confirmable cuando, “conociendo la causa de la nulidad”, el consumidor aprueba el contrato. Obsérvese que cuando el consumidor empieza a rondar al banco con su cláusula suelo es porque sabe o sospecha que la cláusula no era transparente. Pero el banco puede hacerla transparente pro futuro dando al consumidor las explicaciones pertinentes, hasta eliminar la incertidumbre, y “reafirmando” para el futuro, si el consumidor quiere, esta misma cláusula, ahora, sí, como transparente.

7. En rigor, la cosa va más allá. Desde el momento en que el conflicto ha sido negociado entre las partes para encontrar una solución satisfactoria, el pacto que refleja la transacción novatoria resultante ya es una cláusula negociada, indudablemente, que no puede ser objeto de control de contenido de abusividad. Y si el objeto del contrato es precisamente ése, y no más, con dificultad podemos sostener que el contrato novatorio en su conjunto es también no transparente.

8. Y si el contrato novatorio es a su vez no transparente, y no tiene otro objeto que la novación, no hay cláusula que pueda considerarse nula, sino, en su caso, el entero contrato nuevo el que será anulable por vicio del consentimiento, pero no por el art 83 LGDCU.

9. Llegamos ahora al aparente nicho normativo de todo este problema, el art. 1208 CC. Se cita a menudo por quienes sostienen la “propagación” de la nulidad. Pero el precepto no sirve a esta finalidad. De un lado, porque la mitad de su contenido regulatorio no es más que una tautología, y la otra mitad una “bofetada” a quienes sostienen que los actos nulos no son “convalidables”.



Según la primera norma, “la obligación es nula si lo fuere también la obligación primitiva”. Quiere significar el precepto algo obvio: cuando el contrato es inexistente, toda novación ulterior se apoya sobre la nada. Así, en un contrato usurario, novo los plazos de pago; en un contrato celebrado por un incapaz natural, éste concede ulteriormente una garantía; en un contrato nulo por falta de determinación, novo luego y pacto solidaridad de deudores. Se trata de un predicado lógico, no normativo. Por ello, la norma no se puede aplicar si la novación consiste precisamente en la eliminación o neutralización de la patología que hacía nulo al contrato. Y ya se verá luego si esta novación tiene efectos retroactivos. Esto es lo que quiere significar la norma segunda con su oracular lenguaje: “a no ser que la *ratificación convalide los actos nulos en su origen*”, declaración que, lógicamente, parece un sinsentido a los dogmáticos.

10. Se dirá que no existe transacción porque el banco no da nada a cambio de la renuncia del consumidor. Se trata de una petición de principio. El banco da a cambio la renuncia a los intereses futuros que le aseguraba la cláusula suelo. Porque la nulidad por falta de transparencia es una “posibilidad”, pero no una certidumbre, como demuestra la jurisprudencia, no marginal, que ha declarado la validez de la cláusula como transparente¹. Se mantiene el *do ut des* aunque sólo se renuncie a la cláusula pro futuro, porque el banco ha preferido esta renuncia al proceso incierto.

11. En consecuencia, lo que el juzgador debe considerar es si en el nuevo contrato novatorio existe un vicio de consentimiento por error, pero no pretender una especie de “propagación” de nulidad de la cláusula original, que carece de todo fundamento.

¹ AGÜERO ORTIZ, A.: “Cláusula suelo transparente por quedar probado que el consumidor tuvo un conocimiento de la misma: ¿Existe alguna diferencia entre el control de transparencia y la evaluación del consentimiento?” Revista CESCO de Derecho de Consumo, nº 21, págs. 171-179. Disponible en: <https://www.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/1420/1183>