



VALIDEZ DE LAS NOVACIONES TRANSACCIONALES DE PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS CON CLÁUSULA SUELO. UNA BUENA SENTENCIA DE CASACIÓN*

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

Fecha de publicación: 13 de abril de 2018

Seguramente esta sentencia revuelva las entrañas de demagogos, oportunistas y abogados rascabolsillos. Clara indicación de que la resolución es buena. Ha tardado mucho tiempo en que llegara a prevalecer la verdad: son válidas las transacciones entre banco y cliente para evitar un pleito relativo a la nulidad de cláusulas contractuales preexistentes.

I. LA SENTENCIA Y SU OCASIÓN

Bienvenida. No son tan abundantes las buenas sentencias del Tribunal Supremo en el sector de los contratos financieros con consumidores como para que, cuando nos adviene una de ellas, como ocurre en este caso (STS Pleno 205/2018, de 11 de abril), no deban darse las albricias los juristas de bien, los que abominan de la sobranza de oportunismo y superficialidad que infecta la praxis en los tribunales españoles de consumo, los que laboran honestamente por los intereses del *consumidor del futuro*. Haciendo honor a su prestigio y buen hacer, el ponente Ignacio Sancho Gargallo – que debería prodigarse mucho más en este sector como ponente – resuelve definitivamente una controversia que mayoritariamente (e incorrectamente) se venía decidiendo en sentido contrario por la jurisprudencia de Audiencias. Me alegro también interesadamente de que hayan salido

* 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



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 la 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.

Hechos. Sucintamente, los hechos son éstos. Celebrados dos contratos de subrogación y de nuevo préstamo hipotecarios en 2007, con una cláusula suelo del 4,25% y 4,50% respectivamente, en 2014 se novan, reduciendo el suelo hipotecario al 2,25%. Las partes ratifican la validez de los acuerdos, consideran adecuadas las condiciones y renuncian expresamente a ejercitar cualquier acción por las liquidaciones y pagos realizados hasta la fecha. En texto manuscrito – seguramente en cumplimiento del art. 6 de la Ley 1/2013- añade el prestatario que “soy consciente y entiendo que el tipo de interés de mi préstamo nunca bajará del 2,25% nominal anual”. Posteriormente el deudor presenta demanda con objeto de obtener la nulidad de los préstamos originarios y de la escritura de novación. El TS estimará el recurso de casación interpuesto por Ibercaja Banco.

Ratio decidendi. La argumentación de la Sala es como sigue. Los contratos de 2014 no son novaciones, sino transacciones, con causa propia y suficiente, la de evitar una controversia judicial sobre la cláusula suelo originaria. El contrato es válido si tiene por objeto eliminar la incertidumbre mediante concesiones recíprocas. No sería así en el caso de la STS 558/2017, que resolvió contra el banco, porque en aquél no se pretendían hacer concesiones recíprocas transaccionales sino equiparar el suelo del impugnante con el del resto de hipotecas de la entidad sobre la misma promoción inmobiliaria. No existe inconveniente en transigir sobre una cláusula que podría ser nula – de existir juicio- por falta de transparencia. La transacción no contraviene tampoco la ley, porque la controversia recae sobre materia disponible. Se cita en apoyo determinada jurisprudencia relativa a la validez de transacciones habidas entre empresarios y consumidores (interesa destacar, por lo interesante, el supuesto que se resolvió en la STS 459/2017, sobre cantidades adelantadas en la compra de vivienda futura). Aunque la transacción se haya realizado también mediante cláusulas predispuestas, existen datos que abonan que en el presente se ha respetado por el banco el deber de transparencia: “en un contexto temporal en que, por la difusión en la opinión pública general de la sentencia de 9 de mayo de 2013, era notoriamente conocido no sólo la existencia de estas cláusulas suelo y su incidencia en la determinación del interés variable aplicable al préstamo, sino también que podían ser nulas cuando no se hubieran cumplido las exigencias de la transparencia, los clientes aceptan la propuesta del banco de impedir futuras controversias judiciales al respecto mediante la reducción del suelo al 2,25% y para acreditarlo transcriben de su puño y letra



(...)”. Es cierto que la transcripción manuscrita de la cláusula no equivale a su comprensibilidad por parte de quien la transcribe, mas “es indudable que contribuye a permitir la constatación de su propia existencia y a resaltar su contenido”.

Me resulta curioso que la sentencia no cite, al respecto de la expresión manuscrita, el art. 6 de la Ley 1/2013, y que sí mencione el art. 13.2 d) del Proyecto de Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario, que tiene el mismo propósito, pero que no constituye Derecho vigente ni lo era al tiempo en que se practicó la novación. En cualquier caso, la sentencia no resuelve claramente – pero reconozco que era muy comprometido “coger ese toro por los cuernos” no existiendo necesidad perentoria de hacerlo- si la expresión manuscrita impuesta por la ley satisface *tout court* el deber de transparencia material o sólo aporta una conjetura de que se ha satisfecho.

II. COMENTARIO

La falta de transparencia inicial no es reproducible. Existe una diferencia notable entre una cláusula renegociada que fue en origen abusiva por falta de transparencia material y otra que lo fue por incurrir en cualquiera de los criterios de abusividad listados en los arts. 82 y sigts LGDCU. En el segundo caso, la nulidad es autorreproducible en las novaciones o transacciones sucesivas en las que se incurra en la misma cláusula. Salvo que, por tratarse de una novación transaccional, y con pleno conocimiento de causa, haya que sostener que en la fase sucesiva la cláusula es un término negociado, y, por ende, no controlable en términos del art. 82 LGDCU.

Como en nuestro caso la cláusula inicial pecaría contra la exigencia de transparencia material (cláusula suelo), pero no era intrínsecamente abusiva, ya no puede existir falta de transparencia, por la propia lógica del proceso negociador, cuando es reproducida (“a la baja”) en la negociación sucesiva, ya sea ésta una transacción ya se reputa de simple novación. El consumidor tiene toda la información necesaria, conoce la repercusión de la cláusula en la economía del contrato, sabe perfectamente que estas cláusulas se están anulando por los tribunales, no necesita otros escenarios alternativos. No puede ser de otra manera cuando en el acuerdo sucesivo se hace constar la renuncia a las acciones que el consumidor pudiera haber actuado contra el contrato original. Claro es que todavía se puede pensar que el consumidor fue a esta segunda negociación tan ignaro como a la primera, o como se dice que fue a la primera. Pero es improbableísimo que pudiera reproducirse una acusación de oscuridad en esta segunda instancia cuando todo el mundo sabía ya qué estaba pasando con las cláusulas suelo y cuando al deudor se le pide que “a cambio” de la concesión que se le hace renuncie a las acciones que bien sabe él cuáles son. Una prolongación de la nulidad conforme al manoseado apotegma *quod nullum est* sólo hubiera servido para consagrar otro monumento al oportunismo.



El art. 86.7 LDCU no ofrece un argumento. Por tres razones. Como sabemos, este precepto declara la nulidad de la cláusula no negociada por la que el consumidor renuncia a los derechos que le concede la normativa específica de consumidores. Por tanto, si en la negociación sucesiva se contiene una renuncia a las acciones contra el contrato originario, se incurriría en la prohibición del art. 86.7. Mas no es así. Primero, porque *en este estado del procedimiento* las cláusulas “transaccionales” necesariamente han de ser cláusulas negociadas y por tanto exoneradas de control de contenido. Segundo, porque el consumidor no puede renunciar *anticipadamente* a sus derechos como consumidor, y toda renuncia por medio de una cláusula se reputa prohibida por ser una renuncia anticipada. Pero la renuncia en 2014 a las acciones de 2007 es una renuncia que recae sobre un derecho ya adquirido, y una renuncia que *el consumidor no tiene por qué aceptar* – como tendría que haberla aceptado en 2007- *si quería acceder al préstamo hipotecario*, que era la esencia de su interés. La renuncia no versa, pues, sobre una ventaja que es el *quid pro quo* de la contraprestación a la que el prestatario aspira. El consumidor puede renunciar al ejercicio de un derecho adquirido; y con más razón si por esta renuncia le dan precio. Observemos que nada estamos proponiendo en el sentido de que esta renuncia transaccional sea una especie de “convalidación” de la falta de transparencia original, como algún recalcitrante podría imaginar aupándose ahora sobre el falso techo que sería el art. 1208 CC.

La tercera razón, porque como sostuve, creo que convincentemente, en mi trabajo anterior, y como ahora argumenta con pulcritud la sentencia comentada, la operación de 2014 es una transacción. “Prometer” y “retener” es la estructura sinalagmática de la transacción en el art. 1809 CC. Existe una incertidumbre de quien ganaría el pleito, y ambos ganan con el trato, pero no todo lo que quisieran haber ganado, en un acuerdo que evita el pleito y reparte el riesgo o la desventaja. La transacción no versa tampoco sobre ninguna de las materias prohibidas por el art. 1814 CC (¡una nulidad a instancia de parte no es sustancia intransigible!). Las renunciaciones transaccionales no pueden estar en el art. 86.7, entre otras cosas porque no parece factible un contrato transaccional no negociado. Además, es algo que se entiende de suyo como una verdad de Perogrullo, como resulta de estos dos ejemplos. Pepe dispone de una acción de saneamiento para que le reparen el vehículo comprado con defectos; pacta con el empresario que en lugar de proceder a la reparación acepta una indemnización y renuncia a demandar. Pepe puede pedir la resolución del contrato porque el promotor no le entregó aval o seguro por cantidades adelantadas; las partes acuerdan que Pepe renuncia a la acción a cambio de que se le rebaje el precio de la vivienda. Observemos, y esto es lo más conspicuo, que estas dos transacciones son indiscutiblemente válidas aunque se hallan perfeccionado por medio de contratos de adhesión, salvo que el consumidor pruebe un vicio de consentimiento que anula *el contrato*, no una “abusividad” que anule la cláusula (de hecho, no hay “cláusula” como tal).



El art. 1208 CC no es argumento. Nuestra sentencia se esfuerza en probar, como yo mismo lo hice en el trabajo referido, que la estructura del acuerdo de 2014 es la propia de la transacción, no de la novación. Yo en este punto no confiaría mucho en la literalidad de los términos ni jugaría demasiado con el conceptualismo. Una transacción es un tipo negocial que se estructura muchas veces sobre el esquema de una novación (ordinariamente extintiva) y resulta muy fácil que, a poco que la cosa vaya revuelta, toda novación sea a su vez una transacción. Novación y transacción no son excluyentes porque no se mueven en el mismo plano lógico. Pero no toda novación es transacción, porque se requiere en aquélla *nueva causa* (nuevas contraprestaciones respectivas) y un estado previo de *mínima contienda o mínima incertidumbre*. Si yo novo para darte más plazo, y tú no me das nada a cambio, no hay transacción. Si yo novo porque me has comunicado que estás en las últimas y no me podrás pagar a tiempo, no hay transacción. Probablemente las novaciones no transaccionales sean las de importancia menor. Ni tampoco toda transacción tiene que estructurarse a partir de una novación, sino sólo aquéllas en que el *caput controversum* nace de un contrato que se nova transaccionalmente. Muchas veces se transige sin que exista entre las partes contrato previo.

El art. 1208 CC es otro de esos estribillos recurrentes con los que algunos operadores jurídicos creen, equivocadamente, estar diciendo algo con sentido. Es evidente que si la obligación primitiva es nula y la novación incurre en el mismo vicio o en la misma carencia que aquélla, la novación es también nula. Pero se trata de una *platitudo*, no de alta ciencia. Y si la novación no incurre en el mismo vicio es notoriamente válida como contrato y en ocasiones lo es también como novación. Por eso la norma afirma con buen criterio, pero con escándalo de ortodoxos, que la novación no es nula cuando “convalida los actos nulos en su origen”.