**COMENTARIO DE LA SENTENCIA
DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE 11 DE ABRIL DE 2018 (205/2018)**

**¿Novación o contrato de transacción?
Solución a la posible falta de transparencia
en la cláusula suelo***

Comentario a cargo de:
CARMEN MUÑOZ GARCÍA
Profesora Titular de Derecho civil
Universidad Complutense de Madrid

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 11 DE ABRIL DE 2018

RoJ: STS 1238/2018 - **ECLI:** ES:TS:2018:1238

ID CENDOJ: 28079119912018100010

PONENTE: EXCMO. SR. DON IGNACIO SANCHO GARGALLO

Asunto: La Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2018, apartándose de doctrina jurisprudencial anterior, confirma la relevancia de la transacción y su eficacia entre las partes, respecto de cláusulas que pueden ser abusivas en los contratos de préstamo hipotecario. Tras la STS de 9 de mayo de 2013 que declaró sobre la licitud de “las cláusulas suelo” pero resolvió para todos los contratos hipotecarios en liza –respecto de determinadas entidades bancarias–, que la cláusula era abusiva por falta de transparencia, y por tanto nula, proliferan a instancia de hipotecantes e hipotecados, contratos que vengán a evitar enjuiciar sobre cláusulas que podrían ser abusivas. El consenso entre predisponente y adherente

* Esta publicación está basada en mi trabajo “Falta de transparencia, posible ineficacia y acuerdo transaccional *válido*”, publicado en la *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, año 3, núm. 152 (octubre-diciembre 2018). No obstante, aquí sistematizo la materia desde una perspectiva más actualizada, incorporando nueva doctrina y jurisprudencia, así como apuntando nuevas cuestiones prejudiciales planteadas y aún no resueltas.

abre la vía a solventar una situación jurídica incierta, evitando el procedimiento judicial o poniendo fin al mismo siempre que se cumpla con las exigencias de transparencia en la transacción. Los acuerdos transaccionales evitaran entrar a conocer acerca de la validez o no de cláusulas preexistentes, confiriendo estabilidad a la relación jurídica contractual. Esta pretensión por las partes, la de evitar la controversia judicial, identifica la transacción frente a la mera novación. Por otro lado, la renuncia a la acción judicial, será de suyo parte del acuerdo transaccional. A pesar de esta Sentencia, los vaivenes del Tribunal Supremo no han dejado de sucederse, por lo que habrá que esperar a cuestiones prejudiciales planteadas ante el TJUE acerca de la materia.

Sumario: **1. Resumen de los hechos. 2. Soluciones dadas en primera instancia. 3. Soluciones dadas en apelación. 4. Los motivos de casación alegados. 5. Doctrina del Tribunal Supremo:** 5.1. El devenir de la doctrina jurisprudencial sobre los acuerdos extrajudiciales ¿novación o transacción? 5.2. El voto particular de la STS 11 de abril 2018 y la STS 18 febrero 2019. De negar la transacción, a la admisibilidad. 5.3. Una precisión necesaria para admitir la transacción: cláusula con elementos esenciales o accesorios. 5.4. Argumentos jurídicos a favor de la transacción en Derecho de consumo. 5.5. La renuncia al ejercicio de acciones ¿es posible en Derecho de consumo? 5.6. A falta del Tribunal europeo. 5.7. Conclusión. **6. Bibliografía utilizada.**

1. Resumen de los hechos

Los compradores de una vivienda, que ostentan la condición de consumidores, habían otorgado dos escrituras públicas de préstamo en el año 2007, la primera de ellas subrogándose en el préstamo hipotecario del promotor, novándolo y ampliándolo, y la segunda de ellas para contraer otro préstamo para financiar la vivienda. En ambos casos, se establecía un primer año de préstamo a interés fijo y, transcurrido el primer año, un préstamo a interés variable, donde se contenían unos límites máximo y mínimo a la delimitación del tipo de interés. Estos límites (un mínimo del 4,25% en la primera, y del 4,50% en la segunda), se insertaba en las páginas 19 y 15, de cada una de las escrituras, bajo la rúbrica “instrumento de cobertura de tipos de interés”.

Tras la sentencia del TS, Sala 1^a, de 9 de mayo de 2013, por la que aún cuando se declaraba la licitud de la cláusula suelo, se fijó la nulidad de esta, tal como se había utilizado por determinadas entidades bancarias por falta de transparencia, con fecha 28 de enero de 2014, las partes suscribieron sendos documentos privados por los que acordaban un suelo del 2,25%, frente al 4,25 y el 4,50% inicial, con renuncia expresa de acciones.

De primeras, parece una transacción en toda regla.

2. Soluciones dadas en primera instancia

Ante la demanda formulada por los adquirentes de vivienda en la que se pide la nulidad de las cláusulas referentes a los tipos de interés (cláusulas suelo-techo) que fueron incorporadas a las escrituras públicas iniciales, de 11 de septiembre de 2007, así como su posterior rebaja mediante documento privado, se pidió la restitución de las cantidades indebidamente cobradas en aplicación de esa cláusula. El Juzgado de Primera Instancia nº 12 de Zaragoza, mediante sentencia de 14 de julio de 2016 estimó la demanda, declarando la nulidad de la cláusula al apreciar falta de transparencia y condenó a la entidad crediticia a devolver lo que hubiera cobrado de más en aplicación de la cláusula nula, a partir del 9 de mayo de 2013.

3. Soluciones dadas en apelación

La Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza desestima el recurso interpuesto por la entidad Ibercaja Banco S.A.U., mediante sentencia de 13 de diciembre de 2016. Por un lado, confirma la nulidad de las dos cláusulas suelo iniciales, y que constan en los contratos de 11 de septiembre de 2007, y por otro lado, declara tanto la ineficacia de las cláusulas suelo, modificativas de los límites mínimos, rebajándolos, como la ineficacia de la renuncia a la acción de nulidad que pudiera corresponder a los prestatarios. Concluyendo “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”.

4. Los motivos de casación alegados

Recurrida en casación la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, de los distintos motivos denunciados por Ibercaja, será estimado el segundo que denuncia la «infracción del principio de libertad contractual y la regulación de la transacción prevista en los arts. 1809 y 1819 del mismo Código Civil que otorga para las partes a lo transigido la autoridad de cosa juzgada (art. 1816 CC)». Entiende que la sentencia de la Audiencia «incurrir en esta infracción, al pasar por alto los efectos de la transacción y la renuncia de acciones que contiene sin hacer mención alguna a la misma». Estimando dicho motivo, la Sala Primera entiende innecesario el análisis de los restantes motivos, dejando sin efecto la sentencia de apelación recurrida.

En definitiva, con lo antedicho, el Pleno de la Sala Primera del Tribunal ha estimado el recurso de casación interpuesto por Ibercaja frente a la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza que, confirmando la de primera

instancia, había declarado la nulidad de la cláusula suelo y de su posterior novación mediante contrato privado

5. Doctrina del Tribunal Supremo

5.1. *El devenir de la doctrina jurisprudencial sobre los acuerdos extrajudiciales ¿novación o transacción?*

Aunque el punto de partida es la STS de 11 de abril de 2018, y la que en sentido contrario la precedió (STS 16 de octubre de 2017), lo verdaderamente relevante en este caso y en otros, en los que medie acuerdo entre prestamista y prestatario por el que se modifique o transija –mediante novación o transacción–, sobre cláusulas precedentes no negociadas individualmente, será conocer ante que tipo de cláusulas originarias estamos (sobre elementos accesorios o principales), y atendiendo a esto, si están sujetas al control de contenido o al control de transparencia. En este punto, según cuál sea la naturaleza de las cláusulas, habrá que determinar si se es posible mantener la validez o no de estos acuerdos que modifican o transigen.

La STS de 9 de mayo de 2013, decisiva por lo que resolvió (incorporó el control de transparencia de las cláusulas no negociadas individualmente relativas al objeto principal del contrato, ante el silencio de nuestro Derecho interno), sin embargo, ocasionó un tsunami en cuanto a limitar los efectos restitutorios de una cláusula declarada abusiva por falta de transparencia, y por tanto nula (en contra del CC, del TR de consumidores, de la Directiva 93/13 y de la STJUE de 21 de diciembre de 2016, dictada con ocasión de aquella pésima resolución).

También despertó nuevas iniciativas, el impulso de los “acuerdos novatorios del préstamo hipotecario”, la mayoría de las veces a instancia de las entidades crediticias, que ante el temor de verse inmersas en largos procedimientos con resultados no deseados, buscaron soluciones al amparo de la ley. Lo curioso es que deseando que fueran contratos transaccionales, los denominaron como lo hicieron, como meros “contratos de novación modificativa del préstamo”, que corrían el riesgo, según su contenido, de ser expulsados de la relación contractual entre prestamista y prestatario. La cláusula-suelo dejó de aplicarse en los contratos celebrados con las entidades bancarias que fueron parte en la STS de 9 de mayo de 2013, pero no por aquellas que fueron ajenas al fallo, que se enfrentaban a una situación jurídica incierta, la cláusula suelo era lícita. Lejos de suprimirse en el resto de contratos de préstamo hipotecario, y con el fin de evitar enjuiciar una posible falta de transparencia, que habría de ser objeto de un largo y tedioso proceso judicial, se acordaba una reducción de la cláusula que no siendo abusiva *per se*, puede terminar siéndolo si no supera el control de transparencia. La Sentencia del Tribunal de Luxemburgo, dictada el 26 de enero de 2017, en el asunto *Banco Primus*, obliga a ponderar caso por caso

cuando estamos ante los supuestos del art. 4.2 de la Directiva (“la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni de la adecuación entre precio y retribución...siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible”. Por lo que alcanzar acuerdos sobre la cláusula era una posibilidad. La cláusula aún no es abusiva, no es nula, y hay que poner fin a una situación jurídica incierta que confiera estabilidad a la relación jurídica existente.

Ahora bien, en esta cuestión, habrá ya un punto de inflexión, pues la *Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario* (en adelante, LCI), en su art. 21.3, prohíbe que esta cláusula, hasta ahora lícita, forme ya parte de los contratos de préstamo hipotecario: “en las operaciones con tipo de interés variable no se podrá fijar un límite a la baja del tipo de interés”. Habrá que resolver pues, acerca de todos los acuerdos celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de la LCI. Y en esto, la doctrina jurisprudencial interna no es pacífica. Veamos las últimas muestras de los vaivenes de nuestra Sala Primera en la materia:

- **La STS, S. 1ª, de 16 de octubre de 2017** (ponente, Saraza Jimena) determina que estamos ante novaciones, no transacciones. Esta Sentencia, siguiendo la línea ya marcada por la mayoría de las Sentencias de las Audiencias Provinciales, admitió que la cláusula suelo insertada por Caja España en la escritura de compraventa con subrogación en el préstamo hipotecario era abusiva por falta de transparencia, y por tanto nula *ab initio*. De ahí que, cualquier intento de novación modificativa es nula por serlo la obligación primitiva (art. 1208 CC). Carece de validez la cláusula original, y cualquier pretendida modificación. En su FJ sexto, apartado 3 concluye que, “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)”, de ahí que no es posible su convalidación. Aun cuando en aquella ocasión, se había pactado una cláusula suelo del 2,50% a propuesta de los clientes.

- En el caso de la **STS, S. 1ª, de Pleno, de 11 de abril de 2018** (ponente, Sancho Gargallo) el Alto Tribunal defiende que no son novaciones modificativas, sino transacciones. En esta Sentencia, ya lo dije en un artículo anterior, se aprecia un cambio de rumbo en el TS, en cuanto tras la inicial generalización de la declaración de abusividad a toda cláusula-suelo por falta de transparencia, y su nulidad plena, se admite que, es necesario enjuiciar caso por caso si la cláusula que no es nula *per se*, se incorporó al contrato con debida transparencia. El Tribunal europeo, tras la Sentencia de 21 de diciembre de 2016 (as. *Gutiérrez Naranjo*), con la Sentencia de 26 de enero de 2017 (as. *Banco Primus*), empezó a matizar las consecuencias de la primera Sentencia del TJUE, en cuanto quedarán exentas del control de transparencia las cláusulas claras y comprensibles. Lo que sin duda nos lleva a un deber de ponderar caso por caso. Esta será la razón de ser para declarar la validez de la transacción y para

que otorgue a este acuerdo tal denominación. La Sentencia cuenta con el voto particular del magistrado Orduña Moreno.

- **STS, S.1^a, 15 de junio de 2018** (ponente, Orduña Moreno). De nuevo, el Tribunal Supremo vuelve al punto de partida, declarando la nulidad de la cláusula suelo original y de la contenida en el acuerdo posterior, convenio controvertido al que de nuevo denominara de novación modificativa de la cláusula suelo. El magistrado ponente, Orduña Moreno, en parecidos términos en los que desarrolló su voto particular en la Sentencia objeto de comentario, determina, y ahora sí, que: “en ningún momento de las fases contractuales que llevaron a la realización del referido contrato de 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”. En este caso, nada que objetar al respecto, en cuanto faltó la transparencia debida tanto en el acuerdo originario como en el posterior.

- Una vez más, la **STS, S.1^a, 13 de septiembre de 2018** (ponente, Sancho Gargallo), en la misma línea que la Sentencia plenaria de 11 de abril de 2018, declara los acuerdos suscritos en materia de cláusulas suelo, de acuerdos de transacción, no de contratos de novación modificativa como vienen denominándose en los documentos suscritos por prestamista y prestatario. Y de ahí, la validez de los mismos.

- La **STS de 18 de febrero de 2019** (ponente, Orduña Moreno), en la que el ponente, con iguales criterios reproducidos en el voto particular de la STS de 11 de abril de 2018, mitiga, al menos en parte, su hasta ahora completa oposición a transigir sobre la cláusula suelo. La Sentencia trae causa en una escritura de compraventa de vivienda al promotor, en el año 2005, con subrogación y varias novaciones modificativas (plazo de amortización, cuotas, intereses, indicativas de que sí hubo negociaciones), de las cuales, una de ella afectaba a la cláusula suelo que pasaba del 3,25% al 3%. A esta, por las curiosas precisiones del magistrado ponente, nos referiremos en el apartado siguiente.

- La **STS, 27 marzo de 2019** (ponente, Orduña Moreno), reitera lo ya mantenido por el magistrado en el voto particular inicialmente desarrollado en la STS de 11 de abril de 2018. En esta Sentencia reitera que “no consta que en ningún momento de las fases contractuales que llevaron a la conclusión de la citada escritura de novación modificativa, en la que fue introducida la cláusula suelo, la entidad bancaria realizara ese plus de información y tratamiento principal de la cláusula suelo que permitiera a los clientes adoptar su decisión con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que comportaba. Control de transparencia para el que no es relevante el hecho de que el in-

terés variable pactado haya estado por encima del interés mínimo establecido durante un tiempo en la vida del contrato. El control de transparencia se proyecta sobre el cumplimiento de estos especiales deberes de información y comprensibilidad material que incumben al predisponente en la formación y perfección del contrato”. Añadiendo además, en línea de principio, como fija entre otras la STS de 7 de noviembre de 2017, que el control de transparencia no puede ser reconducido al mero control de incorporación.

5.2. *El voto particular de la STS 11 de abril 2018 y la STS 18 febrero 2019. De negar la transacción, a la admisibilidad*

Según el Magistrado ponente (Orduña Moreno), que formula el voto particular en la STS de 11 de abril de 2018, el punto de partida es el siguiente: las cláusulas suelo de los contratos de préstamo con garantía hipotecaria suscritos por los clientes, si carecen de la transparencia necesaria, son abusivas y su régimen de ineficacia *ex tunc* alcanza a cualquier novación modificativa que se produzca. Lo que conecta con el concepto de orden público que informa la Directiva 93/13 y con el principio de efectividad en cuanto a la “no vinculación” de la cláusula del art. 6 ampliamente tratado en la STJUE de 21 de diciembre de 2016, as. *Gutiérrez Naranjo* (C-154/15, C-307/15 y C-308/15). Otra cosa distinta será, y permítanme la precisión, que estemos ante verdaderas cláusulas abusivas, típicas, propias, que regulan aspectos accesorios del contrato y que están sujetas al control de contenido (art. 3 y 4.1 Directiva 93/13, art. 82.1 y 3 TRLGDCU).

En línea con lo antedicho, el autor del voto particular, determina que faltando la transparencia, la cláusula es nula, de nulidad absoluta, y por tanto, insubsanable, por lo que pretender la convalidación mediante novación modificativa es impropcedente dada la nulidad de pleno derecho, teniendo en cuenta art. 1208 CC.

Posteriormente, en la STS de 18 de febrero de 2019, de la que es ponente el magistrado Orduña Moreno, mantiene que, aun cuando estamos ante una novación modificativa del préstamo, y que “no consta que la cláusula suelo, insertada en la novación modificativa del préstamo, fuera realmente negociada por las partes”, faltando la completa información previa al prestatario para conocer la carga económica y jurídica que comportaba la cláusula, admite, y esto es lo relevante porque se aproxima a lo fundamentado por la Sala 1ª en la STS de 11 de abril de 2018, que puede mediar pacto entre las partes que modifique, sí, que altere, el límite de la cláusula suelo originaria. Así, estima necesario aclarar: “que no es que no quepa modificar la cláusula suelo del contrato originario. Esto es posible siempre que, como declaramos en las sentencias 489/2018, de 13 de septiembre y 548/2018, de 5 de octubre, la modificación se hubiere negociado o, en su defecto, cuando se hubiere empleado una cláusula contractual predispuesta por el empresario en la contratación con un consumidor, dicha cláusula cumpliera con las reseñadas exigencias de

transparencia” (FJ segundo, apartado 4). En esta Sentencia, admitiendo que cabe transigir, rechazará la pretensión de la entidad crediticia por no cumplir las exigencias de transparencia.

Sea como fuere, ya no mantiene la nulidad absoluta de la cláusula originaria. Con esta nueva argumentación, quizás no es ocioso advertir: (i) que la cláusula que define el objeto principal del contrato, no está sujeta al control de contenido, no es abusiva *per se*, pero está sujeta a un control de transparencia material, en cuanto debe ser clara y comprensible para el consumidor, de lo contrario, podrá ser calificada de abusiva (art. 4.2 de la Directiva); (ii) que no siendo abusiva en sí puede serlo si así lo aprecia un tribunal –reitero, aún no lo es–, por lo que transigir sobre ella es lícito y posible conforme 1809 y ss. CC; (iii) además, es de difícil encaje la aplicación del art. 1208 CC, en cuanto para ello sería preciso partir de la nulidad de la obligación principal, y en el caso de la cláusula suelo, hasta la entrada en vigor de la LCI (art. 21.3), estamos ante una cláusula lícita, que ¿por qué no? puede ser objeto de transacción.

Sin duda, la resolución a las cuestiones prejudiciales planteadas ante el Tribunal europeo, se convierten ya en una necesidad de primer orden en el ámbito de las cláusulas que podrían o no ser abusivas si falta la transparencia material.

5.3. *Una precisión necesaria para admitir la transacción: cláusula con elementos esenciales o accesorios*

En este orden de cosas entiendo que, pretender la novación de una cláusula abusiva *per se* (art. 3 de la Directiva 93/13, art. 82 TRLGDCU), no parece viable una vez que “no vinculará al consumidor” (art. 6 de la Directiva) o “serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas” (art. 82 TR de consumidores). Otra cosa es pretender asimilar igual tratamiento a las causas que sin ser abusivas, pueden llegar a serlo (art. 4.2 Directiva 93/13), y por ende, que afecte a los segundos pactos sobre una cláusula-suelo que, constando en el contrato originario, no ha sido objeto de litigio, ni ha sido declarada “intransparente”, ni abusiva, ni es necesariamente nula.

No veo razones para dar un tratamiento unívoco a cláusulas que por su propia naturaleza tienen origen y tratamiento diferenciados. No olvidemos que, las cláusulas abusivas se tendrán por no puestas y colocarán al consumidor en la misma posición que tendría de no haber existido (STJUE 21 diciembre 2016), y las otras, las que por ir referidas a elementos esenciales del contrato, solo serán abusivas si no superan el control de transparencia, lo que requiere que se evalúen caso por caso (STJUE 26 enero 2017). En este segundo tipo, no vale aquello de que un nuevo pacto sustituye la cláusula originaria “nula” por otra más favorable, entre otras razones porque puede no ser nula, en cuanto siendo suficientemente transparente, no será abusiva.

Y en ese punto, ante una situación de incertidumbre, el contrato de transacción (art. 1809 CC) tiene por objeto principal que las partes, libre, voluntariamen-

te, convengan transigir sobre cuestiones no pacíficas evitando el pleito o poniendo fin a él, y confiriendo estabilidad a la relación jurídica. Aún ningún tribunal ha dicho que la cláusula sea abusiva y que sea nula de pleno derecho, por lo que no se trata de sustituir lo que no sirve, sino de ni siquiera entrar a examinar lo que en hipótesis podría o no ser abusiva. Y aquí, no valen las presunciones.

De ahí que no sea extraño que el Pleno de la Sala considere en su Sentencia de 11 de abril de 2018 que, 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 concretas cláusulas y sus efectos (FJ tercero, apartado 4).

Distinguendo este supuesto del contemplado en la sentencia 558/17, de 16 de octubre, donde se trataba de una novación modificativa, y 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” (FJ tercero, apartado 5).

5.4. Argumentos jurídicos a favor de la transacción en Derecho de consumo

Siendo que la tutela jurisdiccional no constituye el único recurso para resolver controversias en la relación jurídica entre empresario y consumidor y que las partes pueden solventar sus diferencias por distintos medios, entre otros, mediante un acuerdo libre y voluntario en el que se hacen recíprocas concesiones –transacción–, o a través de un tercero –árbitro–, que decide sobre la relación jurídica en conflicto, es difícil de mantener porque sí cabe el segundo y no el primero, siempre que medie la debida transparencia, claro.

El impulso europeo a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo (la Directiva 2013/11 y nuestra Ley 7/2017 sobre procedimientos de resolución extrajudicial de litigios, mediación y arbitraje), admite que por los Estados miembros se articulen otras formas de resolución extrajudicial de las controversias con consumidores, siempre que se ofrezcan las garantías suficientes para la protección del consumidor. Y que no prive al consumidor de su derecho a recurso ante los órganos jurisdiccionales (art. 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea). Y en esto, no hay ninguna duda, a pesar de que la transacción tiene para las partes la autoridad de cosa juzgada (art. 1816 CC), nada impide que el acuerdo privado entre consumidor y empresario pueda ser impugnado. El art. 1817.1 CC concreta que el contrato de transacción puede ser inválido: “la transacción en que intervenga error, dolo, violencia o falsedad de documentos, está sujeta a lo dispuesto en el art. 1265 CC”. Tampoco nada impide que se pretenda la declaración de abusividad por falta de transparencia (art.

4.2 Directiva 93/13 y art. 83.2 TRLGDCU, tras la reforma llevada a efecto por la disposición final 8ª de la Ley 5/2019, conocida como LCI).

Anudado con lo anterior, el art. 19.1 LEC admite que “Los litigantes están facultados para disponer del objeto del juicio y podrán renunciar, desistir del juicio, allanarse, someterse a mediación o a arbitraje y transigir sobre lo que sea objeto del mismo, excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero”. Además, posibilita que las partes puedan alcanzar una transacción judicial para lo que el acuerdo “será homologado por el tribunal que esté conociendo del litigio al que se pretenda poner fin” (art. 19.2 LEC).

Pero ¿Cuáles son los requisitos esenciales de la transacción? (i) que entre las partes medie una relación jurídica controvertida; (ii) que la voluntad de ambas sea la de evitar o poner fin a la incertidumbre sobre el resultado, donde el *timor litis* subjetivo y objetivo se resuelve transformando la inseguridad en un resultado certero; y (iii) que las partes se hagan recíprocas concesiones, por lo que ambos sujetos tienen que sacrificar algo.

¿Y cuáles son las materias que quedan excluidas de la transacción civil? El estado civil de las persona, las cuestiones matrimoniales y los alimentos futuros (art. 1814 CC), o las acciones penales, aunque sí se puede transigir sobre la acción civil “proveniente de un delito” (art. 1813 CC). Con estas exclusiones, razonables por otro lado, sí cabe la transacción sobre cuestiones contractuales, incluso cuando se trate de las que tienen que ver con el objeto principal del contrato. Ahora bien, no es extraño que el art. 1815 CC, sí que admita que “la renuncia general de derechos se entiende sólo de los que tienen relación con la disputa sobre la que ha recaído la transacción”, no más allá (1815.3 CC).

Su validez, siempre estará sujeta a las mismas reglas de invalidez e ineficacia de los contratos, sin olvidar las razones de seguridad jurídica que aconsejan la conveniencia de conservar los contratos en la medida en que sea posible. A estas reglas, cuando estamos en materia de consumidores, el interés público en el que se basa la protección de la Directiva 93/13, exige el deber de apreciar la nulidad de convenio arbitral si este contiene una cláusula abusiva (STJUE de 26 de octubre 2006, asunto *Mostaza Claro*, apartado 38) y la transacción no será una excepción, por lo que tampoco estará exenta de control de contenido o de transparencia, según el caso. Como ya indiqué en artículo (*falta de transparencia, posible ineficacia y acuerdo transaccional válido*), si la cláusula del contrato originario puede ser “abusiva por falta de transparencia”, no hay razón para no admitir la transacción que las partes consideren: hagamos transparente *ex novo*, lo que *ab initio* puede adolecer de transparencia.

5.5. *El problema: la renuncia al ejercicio de acciones como elemento esencial de la transacción*

No niego que este no sea un punto de conflicto. Mientras que sobre la validez de los acuerdos negociados que modifican o establecen un nuevo marco

respecto de los intereses hay menos discrepancias –mientras exista la debida transparencia–, se incorpora, *ex novo*, como esencia del contrato de transacción, la cláusula de renuncia del consumidor al ejercicio de acciones, tanto para anular lo convenido en la escritura originaria como en el documento posterior sobre la cláusula que podría ser abusiva. Y en esto, la respuesta de la STS de 11 de abril de 2018 no ha sido rigurosa.

Es innegable que durante la vigencia del préstamo hipotecario inicial, conocidas las posiciones jurisprudenciales sobre la cláusula suelo, desde la STS de 9 de mayo de 2013, el prestamista y el prestatario negocian sobre el acuerdo transaccional para evitar un pleito sobre la cláusula que podría estimarse como abusiva. Y en este punto, el prestatario podrá optar, libre y voluntariamente (i) o bien por instar el procedimiento para declarar si faltando la debida transparencia del préstamo originario, la cláusula es abusiva y por tanto nula; (ii) o bien por suscribir el acuerdo que ahora sí, no puede dejar margen alguno de duda sobre su completa transparencia. En este segundo supuesto, la facultad del prestatario es indubitada, en su mano está adherirse al acuerdo o no, y en ese caso, de suyo, el acuerdo transaccional, por tener por objeto principal evitar el litigio que contiene riesgos e incertidumbre para las partes y dar estabilidad a la relación jurídica existente, contendrá la renuncia al ejercicio de acciones sobre lo contenido en este segundo contrato, la cláusula suelo (art. 1815.2 CC). El problema está en conocer si el consumidor ha negociado conociendo el alcance jurídico y económico, y su consentimiento responde a sus expectativas.

Las singularidades propias del Derecho de consumo, más concretamente la normativa sobre las cláusulas abusivas y su imperatividad, podrían impedir la celebración de cualquier acuerdo transaccional válido ¿se admite que la materia pueda ser objeto de solución extrajudicial y se niega la vía transaccional? La Directiva 2013/11 admite los acuerdos entre consumidor y empresario y posibilita que los Estados regulen otros medios de resolución, ¿por qué no este si se hace con las debidas garantías y puede ser impugnado por invalido? Los estudios de Aguilera Morales y Marín López constituyen sin duda un buen punto de partida.

5.6. *A falta del Tribunal europeo*

La validez de estas cláusulas que afectan al contrato originario, tanto la que establece un nuevo interés remuneratorio como la renuncia a la acción sobre la materia transigida, ha sido ya objeto de petición de decisión prejudicial. La primera, formulada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Teruel, mediante auto de 26 de junio de 2018. Esta sigue su curso como asunto C-452/18. La segunda, formulada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 bis de Albacete, por Auto de 2 de octubre de 2018, asunto C-617/18, ha sido archivada tras desistir el demandante en el proceso principal. En este punto dejo planteada una cuestión ¿puede desistir el consumidor al tiempo del ejercicio de la acción y no puede renunciarla?

Finalmente, la tercera cuestión prejudicial ha sido planteada por Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza. Y aunque en todas ellas late la discutible compatibilidad de la doctrina jurisprudencial fijada en la STS de 11 de abril de 2018 con la Directiva 93/13, es previsible que esta última petición de decisión prejudicial sea desestimada como así señala Marín López. Razones formales y materiales en el planteamiento de la cuestión prejudicial no le faltan.

5.7. Conclusión

5.7.1. CUANDO LA CLÁUSULA ES ABUSIVA PER SE Y CUANDO LA CLÁUSULA DEFINE EL OBJETO PRINCIPAL DEL CONTRATO

El voto particular que formula el Magistrado Orduña Moreno parte de una conclusión que lo cambia todo: “los documentos suscritos constituyen una novación modificativa de los contratos iniciales de préstamo hipotecario, por la que el predisponente pretende la convalidación de las cláusulas suelo. Dicha convalidación, conforme a la normativa comunitaria y a la legislación sectorial aplicable, resulta improcedente dada la nulidad de pleno derecho de la obligación objeto de la novación, tal y como contempla el art. 1208 del Código Civil y la jurisprudencia de esta sala (SSTS 654/2015, de 19 de noviembre y 558/2017, de 16 de octubre)”. De ser así, estaríamos ante una nulidad absoluta, una vez que opera la previsión del art. 1208 CC, que impide cualquier novación modificativa si lo fuere también la obligación principal.

Ahora bien, en este punto, y con los debidos respetos, disiento por razones expuestas con anterioridad. Veamos: por un lado, la cláusula suelo, entonces, era una cláusula lícita (STS 9 mayo de 2013), que podría devenir en abusiva si falta la comprensibilidad real y el alcance de la misma, es decir, si el adherente puede o no, con sencillez, tener “pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que comportaba la aplicación de la cláusula” (FJ 2º, apartado 4 STS 11 abril 2018). Aclaro que con la entrada en vigor de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, cualquier cláusula en prestamos de interés variable, que fije un límite a la baja del tipo de interés, convirtiendo el préstamo de interés variable a préstamo a interés fijo, será una cláusula contraria a Derecho (art. 21.3).

Además, y en esto quiero hacer especial hincapié, la cláusula que no es abusiva *per se*, que no forma parte del art. 3 y del anexo de la Directiva 93/13, y tampoco lo es según nuestro texto de consumidores, pero principalmente porque por definir el objeto principal del contrato queda excluida del control de contenido, solo podrá ser abusiva si falta la comprensibilidad real de la misma y el riesgo que supone (económico y jurídico), y esto exige de una evaluación ponderada para cada supuesto. La Sentencia dictada por el Tribunal europeo el 26 de enero de 2017, asunto *Banco Primus* admite, rebajando el tono de la STJUE de 21 de diciembre de 2016, que hay cláusulas que no siendo abusivas,

podrán serlo, tras el examen ponderando en caso, si en la fase precontractual medió la compresibilidad real –económica y jurídica– de la adhesión a la cláusula por el prestatario.

Es más, siendo preciso enjuiciar la transparencia, caso por caso, la transacción viene a operar para evitar enjuiciar precisamente si existe esa falta de transparencia.

Si todo lo anterior se da por bueno, ¿por qué no la renuncia de acciones que sustituya los anteriores vínculos o los modifique? En este punto, las garantías para el consumidor deberán quedar suficientemente acreditadas.

5.7.2. UNA POSIBLE SOLUCIÓN

Ya lo hemos expresado en una publicación anterior (*Falta de transparencia, posible ineficacia y acuerdo transaccional válido*), para garantizar la transparencia en el contrato de transacción, se transige sobre una cláusula que podría no ser transparente por lo que, ante la incertidumbre, y para dar estabilidad a la relación jurídica, el contrato transaccional es una solución alternativa, que deberá gozar de la máxima transparencia, y si media órgano judicial que lo apruebe, mejor que mejor, al fin y a la postre, “las resoluciones judiciales que aprueben u homologuen transacciones judiciales y acuerdos logrados en el proceso”, constituyen títulos ejecutivos que llevan aparejada ejecución (art. 517 LEC).

Con todo, aún cuando se tratase de un transacción judicial u homologación del acuerdo, podría ser insuficiente en materia de consumidores, una vez que el juez que homologa no está obligado a conocer del contenido de la homologación. Lo que podría resolverse si el juez que aprueba el acto debiese conocer *ex officio* de la transparencia del contrato de transacción. Sin duda, la intervención judicial posibilitaría que el consumidor fuese debidamente informado y en condiciones de restablecer el equilibrio con el empresario. Renunciar a la posible nulidad sí, y al ejercicio de la acción también, si cuenta con la completa información y transparencia. En este caso, habrá que saber, como cuestionan Juzgados y Audiencia en las cuestiones prejudiciales planteadas ante el Tribunal europeo, que información es necesaria para que exista la debida transparencia.

En definitiva, como ya anticipamos en el citado artículo sobre la transacción judicial, esta sí, es un medio conclusivo del proceso y debería gozar de todas las garantías. Aunque siempre nos quedará su evaluación en la fase de ejecución, si es que toca ejecutar. El deber de homologar judicialmente estos acuerdos nos permitiría decir aquello de no hay mal que cien años dure.

Y la renuncia no parece ser una excepción, tampoco en materia de consumidores, las SSTJUE de 21 de febrero de 2013, as. *Banif Plus Bank* (C-472-11), apartados 34-35 y la de 14 de abril de 2016, rectificada mediante auto de 29 de noviembre de 2016, as. *Sales Sinué vs. Caixabank et. al.*, S.A. (C-381/14 y C-385/14), en el apartado 25, dan por válida la voluntad del consumidor aún cuando estemos en presencia de cláusulas abusivas *per se* (contempladas en el art. 3 Directiva 93/13), siempre que estemos en tiempo de renuncia, es decir,

cuando el derecho forma parte de su esfera jurídica y en su mano está renunciarlo, tácita o expresamente, y el consumidor esté debidamente informado. Será la segunda de las Sentencias la que clarifique mejor lo dicho: “en caso de que el juez nacional aprecie que una cláusula es abusiva, el derecho a una protección efectiva del consumidor comprende la facultad de renunciar a hacer valer sus derechos, de forma que el juez nacional debe tener en cuenta, en su caso, la voluntad manifestada por el consumidor cuando, consciente del carácter no vinculante de una cláusula abusiva, manifiesta, sin embargo, que es contrario a que se excluya, otorgando así un consentimiento libre e informado a dicha cláusula” (apartado 25).

6. Bibliografía utilizada

- Aguilera Morales, “La cláusula de renuncia al ejercicio de acciones: entre la autonomía de la voluntad y los derechos del consumidor” en *Justicia: ¿Garantías versus eficiencia?* Ed. Tirant lo Blanch, 2019 (en prensa).
- Cámara Lapuente, S. en “Transparencias, desequilibrios e ineficacias en el régimen de las cláusulas abusivas (un resumen crítico)”, *Anales Academia Matritense del Notariado (AAMN)*, núm. 61, 25 mayo 2015. Consultado en <http://www.elnotario.es/especial-50-numeros-de-ensxxi/70-secciones/academia-matritense-del-notariado/4087-transparencias-desequilibrios-e-ineficacias-en-el-regimen-de-las-clausulas-abusivas-un-resumen-critico>.
- Cámara Lapuente, S. en “No puede calificarse como cláusula abusiva la que define el objeto principal del contrato (precio incluido), salvo por falta de transparencia. De la STJUE 3 junio 2010 (Caja Madrid), a la STS 9 de mayo 2013 sobre cláusulas suelo”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 6, 2013, UCLM. Visto en http://www.unirioja.es/dptos/dd/civil/docs/2013_Camara_STS_9_5_2013_abusivas_suelo.pdf
- Carrasco Perera, A., “Validez de las novaciones transaccionales de préstamos hipotecarios con cláusula suelo. Una buena Sentencia de casación”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 13 de abril de 2018. Consultado en http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Validez_de_las_novaciones_transaccionales_de_prestamos_hipotecarios_con_clausula_suelo.pdf
- Marín López, M.J., “Novación de préstamos hipotecarios con cláusula suelo y renuncia al ejercicio de derechos. Nota crítica a la STS 205/2018, de 11 de abril”, *Revista CESCO*, 28 de abril de 2018. Consultado en <http://centrodeestudiosdeconsumo.com/index.php/2-principal/3563-novacion-de-prestamos-hipotecarios-con-clausula-suelo-y-renuncia-al-ejercicio-de-derechos-nota-critica-a-la-sts-205-2018,-de-11-de-abril-2>
- Marín López, M.J., “El acuerdo novatorio y/o transaccional sobre la cláusula suelo en un préstamo hipotecario. Argumentos que justifican el planteamiento de una cuestión prejudicial ante el TJUE”, *Revista CESCO*, 13 de marzo de 2019. Consultado en <http://centrodeestudiosdeconsumo.com/index.php/2-principal/4013-el-acuerdo-novatorio-y-o-transaccional-sobre-la>