

Transacción vs novación: comentarios a la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2018

Carmen LÓPEZ

Socia Abogada en Ges40 Legal Services

Diario La Ley, Nº 9239, Sección Tribuna, 16 de Julio de 2018, Editorial Wolters Kluwer

Jurisprudencia comentada
Comentarios

Los antecedentes del caso enjuiciado en la citada resolución (LA LEY 21223/2018), son los siguientes:

El 11/09/2007, prestamista y prestatarios (éstos consumidores), suscribieron una novación y ampliación del préstamo hipotecario en el que los consumidores se habían subrogado como consecuencia de la adquisición de una vivienda a la empresa promotora (prestamista inicial). En esta novación, se estableció una cláusula suelo-techo, de 4,25% y 9,50%, respectivamente. En la misma fecha, la entidad bancaria concedió un segundo préstamo a los consumidores, en el que la cláusula suelo-techo era de 4,50% y 9,75%.

En enero de 2014, después de que el Tribunal Supremo, en su sentencia de 9 de mayo de 2013, (LA LEY 34973/2013) estableciera la nulidad de las cláusulas suelo que no cumplieran el requisito de transparencia, y por ende, la obligación por parte de las entidades bancarias de devolver las cantidades percibidas de más por la aplicación de la citada cláusula, las partes suscribieron sendos contratos privados, en los que se acordaba la modificación de los firmados el 11/09/2007. En estos documentos modificativos, autodenominados «contrato de novación modificativa del préstamo» se indicaba que, ante la coyuntura económica financiera actual:

- Desde la próxima cuota y para toda la vida del préstamo, el límite mínimo a la variabilidad del interés (cláusula suelo), sería de 2,25% (en lugar del 4,25% y 4,50% fijados inicialmente).
- Las partes ratificaban la validez y vigor del préstamo y sus condiciones. Además, renunciaban al ejercicio de cualquier tipo de acción que trajera causa del contrato, así como por las liquidaciones y pagos realizados hasta la fecha, cuya corrección reconocían.

En ambos documentos, se incluía la siguiente transcripción manuscrita de los prestatarios: «Soy consciente y entiendo que el tipo de interés de mi préstamo nunca bajará del 2,25% nominal anual».

Sin embargo, con posterioridad, los prestatarios presentaron una demanda solicitando la nulidad de la cláusula suelo-techo incluida en los contratos, así como su posterior rebaja al 2,25%, aduciendo falta de transparencia de ambas cláusulas. Además, se pedía la restitución de las cantidades indebidamente abonadas en aplicación de esa cláusula.

El Juzgado de primera instancia estimó la demanda al apreciar falta de transparencia, y condenó a la entidad bancaria a devolver lo que hubiera cobrado de más a partir del 9 de mayo de 2013 (fecha de la sentencia del Tribunal Supremo a la que antes se ha hecho referencia).

Recurrida la sentencia en apelación por la entidad bancaria, la Audiencia desestimó el recurso. Confirmó la nulidad de las cláusulas suelo iniciales, así como también la ineficacia de la reducción de las mismas y de la renuncia al ejercicio de acciones, por cuanto no es posible convalidar una cláusula nula mediante su sustitución por otra más favorable a los intereses del consumidor, aun cuando contenga una renuncia a la acción de nulidad que pudiera corresponderle.

La entidad bancaria interpuso recurso de casación, denunciando la infracción del principio de libertad contractual y la regulación de la transacción prevista en los arts. 1809 (LA LEY 1/1889) y 1819 del Código Civil (LA LEY 1/1889) que otorga a lo transigido por las partes, la autoridad de cosa juzgada (art. 1816 del Código Civil (LA LEY 1/1889)).

La cuestión controvertida es considerar la modificación operada en los contratos como una novación o bien como una transacción

La cuestión controvertida, como veremos, se centra en la consideración de la modificación operada en los contratos, como una novación o bien como una transacción, pues tal y como establece el Art. 1208 del Código Civil (LA LEY 1/1889), «la novación es nula si lo fuere también la obligación primitiva, salvo que la causa de nulidad solo pueda ser invocada por el deudor, o que la ratificación convalide los actos nulos en su origen». De hecho, el propio Tribunal Supremo, en una sentencia anterior (16 de octubre de 2017), había declarado la imposibilidad de convalidar una cláusula nula de pleno derecho.

No obstante, en este caso, el Tribunal Supremo considera que los documentos firmados en enero de 2014, no son novaciones —a pesar de que ambos se denominaron «novación modificativa»—, sino transacciones. Y en este sentido, «la transacción, en principio no contraviene la ley, pues nos hallamos ante una materia disponible».

En esta resolución, el Alto Tribunal justifica la validez de la transacción, en la medida en que se concierta en un momento de incertidumbre acerca de la validez de las cláusulas suelo incorporadas a los contratos originales, después de que se hubiera dictado la sentencia de 9 de mayo de 2013 (LA LEY 34973/2013). Hay que recordar, que aquella sentencia señalaba 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. Y por ello, la voluntad de evitar un eventual pleito, explicaría que se considerase como una transacción y no una mera novación.

El Alto Tribunal, resuelve así la estimación del recurso de casación interpuesto por la entidad bancaria, desestimando la demanda formulada por los prestatarios consumidores.

¿Significa esto que a partir de ahora «cualquier transacción» entre la entidad bancaria y el consumidor va a convalidar una cláusula nula? ¿Hubieran aceptado los consumidores una renuncia, de haber sabido que la sentencia de 9 de mayo de 2013, que limitaba la retroactividad de los efectos de la nulidad de la cláusula suelo, contravenía la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como este Tribunal declaró en su sentencia de 21 de diciembre de 2016 (LA LEY 179803/2016)?

No parece que esta resolución del Tribunal Supremo implique el fin del debate. Y ello, por cuanto el Voto Particular que emite el Magistrado Francisco Javier Orduña Moreno, pone en cuestión los fundamentos de la resolución comentada.

En efecto, el Magistrado Sr. Orduña reitera la primacía del Derecho Comunitario y el carácter imperativo de la Directiva 93/13 (LA LEY 4573/1993) como norma de orden público. Señala que la sentencia de la Audiencia Provincial parte del carácter abusivo, por falta de transparencia, de las cláusulas suelo contenidas en los contratos suscritos por los consumidores, cuestión ésta indiscutida en el presente caso, y extiende su ineficacia (nulidad absoluta) a las posteriores novaciones modificativas llevadas a cabo. Tal y como indica en el fundamento segundo de su Voto Particular, es necesario determinar si los documentos suscritos por los consumidores tienen la consideración de condiciones generales pues «la calificación de estos documentos como condiciones generales constituye un presupuesto para que su posible validez quede sujeta al control de abusividad, bien por falta de contenido, o bien por falta de la transparencia debida».

El examen de todos los elementos con trascendencia en la determinación de la voluntad de los consumidores, pone de manifiesto que:

- 1) Los documentos fueron predisuestos por la entidad bancaria, quien no acredita que hubiera negociación, recayendo sobre ésta la carga de la prueba.
- 2) La emisión de dichos documentos por parte de la entidad bancaria, constituye una práctica destinada a limitar su responsabilidad patrimonial (extremos reconocidos por la Audiencia Provincial).
- 3) La entidad bancaria no cumplió con la exigencia de transparencia debida, por lo que dichos documentos o condicionados deben declararse abusivos y nulos de pleno derecho.
- 4) La entidad bancaria no informó de la trascendencia económica y jurídica de la renuncia y conformidad con las liquidaciones y pagos realizados
- 5) Deliberadamente, parten de la validez y vigor de los préstamos suscritos.
- 6) Justifica la modificación, al margen de cualquier acuerdo transaccional, en el cambio de coyuntura

económica financiera.

- 7) La renuncia de acciones se presenta de modo inocuo, sin ningún tipo de carga económica o sacrificio patrimonial.
- 8) Se oculta la verdadera razón de su predisposición: el blindaje para el banco de las previsibles consecuencias de la declaración de abusividad.

Por tanto, en atención a la aplicación del control de transparencia, dichos documentos o condicionados deben declararse abusivos y, por tanto, nulos de pleno derecho, lo que implica que no tienen efecto vinculante.

El Magistrado Sr. Orduña Moreno cuestiona así mismo, la calificación como «transacción», de los documentos modificativos suscritos por las partes.

En primer lugar, parte de la improcedencia de la revisión casacional de la calificación declarada por ambas instancias acerca del carácter novatorio de los citados documentos. Y ello, por cuanto la valoración que realizan ambas instancias no puede calificarse de ilógica, arbitraria o contraria al ordenamiento jurídico.

El efecto novatorio de los documentos resulta claro

Por el contrario, el efecto novatorio de los documentos resulta claro, tanto de la voluntad del predisponente —que además los califica como «contratos de novación modificativa de los préstamos»—, como del nuevo contenido obligacional.

Tampoco se refleja en esos documentos, ninguna situación litigiosa ni de controversia, que implique la necesidad o conveniencia de evitar o poner fin a un pleito. Por el contrario, se parte de la validez de los contratos y la novación o modificación se dice que obedece a un cambio de la coyuntura económica financiera.

En sus conclusiones, el Sr. Orduña Moreno señala que:

- Los documentos suscritos tienen naturaleza de novación modificativa, y la convalidación pretendida resulta improcedente.
- La calificación de novación modificativa declarada por las instancias queda fuera de revisión en sede casacional. Y su revisión en todo caso por el carácter transaccional también resulta improcedente pues vulnera la regla de la interpretación «contra proferentem» según la cual, en caso de duda, se ha de resolver en contra del predisponente; es decir, en sentido más beneficioso para el consumidor.
- La calificación transaccional no procede en atención a los presupuestos requeridos: la previa existencia o delimitación de litigio o controversia. Los consumidores no otorgaron un consentimiento libre e informado sobre la renuncia de acciones y su alcance transaccional. Tampoco se puede recurrir a la figura de la transacción para dejar sin efecto normas imperativas de protección a los consumidores, ni vulnerar su derecho a la tutela judicial efectiva mediante el control judicial de oficio de las cláusulas suelo.

El panorama que se vislumbra a partir de ahora es incierto. Es una realidad, que a partir de la Sentencia de 9 de mayo de 2013 (LA LEY 34973/2013), e incluso con anterioridad, la mayoría de las entidades bancarias habían llegado a pactos con los prestatarios —consumidores o no—, para evitar futuras y previsibles reclamaciones, sobre todo una vez descartada la irretroactividad de los efectos de la declaración de abusividad de una cláusula suelo. Y parece, a la luz de esta última sentencia del Tribunal Supremo, que estas transacciones se van a considerar válidas, si bien no hay que olvidar que la sentencia comentada resuelve una casuística determinada, y no se podría —o no se debería—, aplicar automáticamente a todos los supuestos.

Ello implica que habrá que estar en cada caso, al supuesto de hecho concreto, para valorar si la transacción cumple con los requisitos de claridad, transparencia e información previa, para poder ser considerada válida y eficaz.