

## Recensión

### *EL ACUERDO NOVATORIO SOBRE LA CLÁUSULA SUELO DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO. UN ANÁLISIS DESDE LA DIRECTIVA 93/13/CE DE CLÁUSULAS ABUSIVAS*

Reus, Madrid, 2019, 191 págs., ISBN: 978-84-290-2149-3  
Manuel Jesús MARÍN LÓPEZ

ALICIA AGÜERO ORTIZ

Profesora Ayudante Doctora de Derecho Civil  
Universidad Autónoma de Madrid

#### INTRODUCCIÓN

En el contexto de litigiosidad en materia de cláusulas suelo, diversas entidades de crédito llegaron a acuerdos novatorios con clientes cuyos préstamos hipotecarios contenían cláusulas suelo, ya a iniciativa de la entidad, ya en respuesta a una reclamación interpuesta por el prestatario ante el Servicio de Atención al Cliente o el Servicio de Reclamaciones del BdE. En estos acuerdos novatorios se preveía la eliminación de la cláusula suelo o la reducción de la misma a cambio de la renuncia del consumidor a ejercitar acciones legales al respecto. Sin embargo, tras la STJUE 21-12-2016 que declaró que no podían restringirse los efectos restitutorios temporalmente como había declarado la STS de 9-5-2013, gran cantidad de consumidores suscriptores de este tipo de acuerdos ejercitaron acciones con la finalidad de recuperar las cantidades abonadas en virtud de la cláusula suelo eliminada o reducida. La prosperabilidad de estas acciones depende, naturalmente, de la declaración de nulidad del acuerdo novatorio.

En este sentido, la jurisprudencia menor tiende a declarar nulos los acuerdos de reducción de la cláusula suelo acuerdos, y en ocasiones los de eliminación, por comprender que lo que es radicalmente nulo no es sanable, por lo que no puede novarse ni confirmarse y que la renuncia al ejercicio de acciones es nula por no ser materia disponible para el consumidor (art. 10 TRLGDCU). Aunque existe alguna sentencia que se aparta de este criterio, declarando que el pacto novatorio alcanzado con un consentimiento válido del consumidor (cumplidas todas las obligaciones de transparencia) es válido, al igual que la renuncia al ejercicio de acciones, pues la renuncia a derechos prescrita en el art. 10 TR LGDCU refiere expresamente a la renuncia previa al nacimiento de derechos, pero no a la renuncia posterior (también en coherencia con el art. 6.2 CC).

Por su parte, la STS de 16-10-2017 declaró la nulidad de estos pactos novatorios acogiendo en criterio del efecto propogatorio de la nulidad, insistiendo en que la nulidad absoluta o de pleno derecho no admite subsanación ni convalida-

ción. Para ello descartó la aplicación de las excepciones a la nulidad de los acuerdos novatorios referentes a obligaciones primitivas nulas del art. 1208 CC, según el cual «la novación es nula si lo fuere también la obligación primitiva, salvo que la causa de la nulidad solo pueda ser invocada por el deudor, o que la ratificación convalide los actos nulos en su origen» por dos motivos: (i) la nulidad de la cláusula suelo no es solo invocable por el consumidor pues es apreciable de oficio por jueces y tribunales; y (ii) no se produce ratificación que convalide los actos nulos en su origen ya que la nulidad de pleno derecho no es subsanable y, aunque lo fuera, el acuerdo no constituye un acto inequívoco de la voluntad tácita de convalidación, sino de una solicitud dirigida a reducir en lo posible las consecuencias negativas que la cláusula controvertida tenía para los prestatarios.

Con todo, la STS de 11-4-2018 consideró válidos estos pactos en tanto que contratos de transacción, de ser transparentes, y rechazó que el art. 1208 CC resultase aplicable a estos pactos ya que concibió que estos pactos no constituirían novaciones extintivas sino meras modificaciones de un elemento que incide en el alcance de una relación obligatoria válida (el pago de intereses, no la cláusula suelo).

Ante estas circunstancias, resulta acuciante aclarar si estos pactos son acuerdos novatorios que no pueden sanar la nulidad radical originaria o si constituyen acuerdos transaccionales cuya validez dependa de su transparencia. En este sentido, diversos juzgados y tribunales españoles han planteado cuestiones prejudiciales ante el TJUE en relación con la validez de estos pactos, sin embargo, en opinión del autor, las cuestiones planteadas resultan aún insuficientes para resolver la cuestión.

Consecuentemente, MARÍN LÓPEZ realiza un profundo análisis de todos y cada uno los elementos relevantes en la materia (tipos de acuerdos suscritos, eventual carácter de condiciones generales de la contratación de su contenido, controles de validez de cada una de las cláusulas de los acuerdos en virtud de su calificación o no como definitorias de los elementos esenciales del contrato, etc.) para elaborar un completo y fundado listado de cuestiones prejudiciales que podrían ser consultadas al TJUE con la finalidad de obtener una respuesta que zanje la controversia. No solo eso, el autor aporta un sólido estudio de las condiciones de validez de cada una de las diversas concepciones y calificaciones que puedan merecer estos documentos modificativos de las cláusulas suelo y sus cláusulas, justificando por qué, de conformidad con la práctica general seguida para la conclusión de estos acuerdos, comprende que deberían reputarse nulos.

#### **ESTRUCTURA Y CONTENIDO DE LA OBRA**

La obra se estructura en torno a doce epígrafes en los que se analizan pormenorizadamente cada uno de los elementos relevantes en la evaluación de la calificación jurídica y controvertida validez/nulidad de los acuerdos novatorios de las cláusulas suelo.

El epígrafe I realiza una introducción a la cuestión sometida a estudio y perfila el objeto de la obra, a saber, analizar la validez de las cláusulas incluidas en los acuerdos privados de modificación de las cláusulas suelo incluidas en el préstamo originalmente.

El epígrafe II expone el supuesto de hecho sometido a litigio y el contenido del «documento privado de novación

modificativa» celebrado entre las partes. Para ello, se someten a estudio diversos modelos utilizados por distintas entidades de crédito que, en ocasiones, incluyen expresiones manuscritas de los consumidores por las que declaran conocer el alcance del acuerdo y consentirlo. El autor estudia las similitudes y diferencias de cada uno de estos documentos privados para extraer el común denominador que le permitirá definir su naturaleza y alcance jurídico.

El epígrafe III analiza las sentencias del Tribunal Supremo dictadas sobre la materia: las STS de 16-10-2017 y la STS 11-4-2018. En esencia, la primera sentencia comprende que el documento privado es nulo por constituir un acuerdo novatorio nulo por ser la obligación original nula (art. 1208 CC); mientras que la segunda (dictada en Pleno) niega que se trate de una novación sino de una transacción (arts. 1809, 1816, 1817, 1818 CC) en la que ambas partes realizan concesiones recíprocas para evitar un pleito (el banco accede a la rebaja del precio y el consumidor renuncia a instar la nulidad de la cláusula original), transacción que será válida siempre que se haya informado cumplidamente al consumidor de su contenido y alcance jurídico-económico.

Asimismo, se estudian el resto de sentencias del Tribunal Supremo recaídas en la materia resaltando las sustanciales diferencias existentes con las controversias ordinarias al respecto. Así, se analiza la STS 15-6-2018 distinguiéndola de los dos supuestos anteriores, pues en ella se produce una declaración de nulidad de falta de transparencia de la cláusula suelo original y la nueva, sin proceder a evaluar el acuerdo de modificación. Lo mismo sucede respecto a la STS 13-9-2018, ya que refiere a un supuesto de hecho sustancialmente distinto a los real-

mente controvertidos, pues en aquel caso constaba probado que el consumidor solicitó la reducción finalmente aplicada y que ello se obtuvo mediante una negociación individual con la entidad de crédito. Igualmente, la STS de 5-10-2018 difiere del objeto de estudio ya que refiere a una modificación de cláusula suelo efectuada por un no-consumidor, si bien se reitera que dicho pacto no constituye una novación extintiva.

El epígrafe IV analiza si las cláusulas del documento privado de modificación o eliminación de la cláusula suelo son cláusulas predispuestas no negociadas, de suerte que estén sometidas a los controles de incorporación, transparencia y abusividad de la Dir. 93/13/CEE.

Por su parte, el epígrafe V estudia la naturaleza jurídica de este acuerdo, en particular, si se trata de una novación o una transacción. A este respecto, el autor analiza ambos institutos jurídicos comprendiendo que ambos no son excluyentes y manifiesta sus dudas respecto a la existencia de beneficio alguno para el consumidor que permita calificar al pacto como transacción. En adición, propone una lectura pro consumidor al amparo del art. 5 Dir. 93/13/CEE.

Por otro lado, en el epígrafe VI se examina la cláusula manuscrita redactada por el prestatario y que consta al final de algunos modelos de «documento privado». En concreto, se evalúa si puede constituir una cláusula predispuesta no negociada individualmente toda vez que, pese a ser manuscrita, el contenido resulta preestablecido por las entidades como demuestra el análisis de los diversos pactos efectuado en el epígrafe II. Para ello se realiza un completo análisis de los conceptos de cláusula predispuesta no negociada individualmente, de condición general de la contratación y de sus

requisitos, comprendiendo el autor que constituye una condición general de la contratación sujeta a los controles previstos en la Dir. 93/13/CEE.

Alcanzada la conclusión anterior, el epígrafe VII versa sobre la eventual validez de la cláusula del documento privado que afirma que el prestatario conoce, entiende y/o acepta el significado y contenido de las cláusulas del documento tras su sometimiento a los controles de la Dir. 93/13/CEE. Asimismo, se sostiene la falta de efectos que la eventual validez de dicha cláusula tiene sobre el resto del clausulado del documento privado de reducción o eliminación de la cláusula suelo, por cuanto la validez de dichas cláusulas no puede venir dada más que por su propia superación de los controles de transparencia y abusividad.

El epígrafe VIII analiza el llamado efecto propagatorio de la nulidad, esto es, la posible nulidad de las cláusulas del «documento privado» debido a la nulidad por falta de transparencia de la cláusula suelo del contrato de préstamo original. En concreto, se estudia si los principios de efectividad de la Directiva 93/13/CE, el efecto no vinculante de la cláusula abusiva y el efecto disuasorio de los arts. 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CE sirven para justificar la nulidad del «documento privado», con absoluta independencia del debate surgido respecto a la aplicabilidad del art. 1208 CC. El autor realiza un detallado análisis de la normativa europea y la jurisprudencia del TJUE que le conduce a concluir que los acuerdos novatorios relativos a cláusulas nulas de conformidad con la Dir. 93/13/CEE no pueden ser válidos pues ello vulneraría el principio de no vinculación de la cláusula abusiva, el principio de efectividad y el efecto disuasorio de la Directiva 93/13/CE. En este contexto, se analiza la cues-

tion prejudicial planteada por el JPI de Teruel, relativa únicamente al principio de no vinculación y las Observaciones de la Comisión Europea al respecto para proponer un contenido de cuestión prejudicial más amplio.

Por su parte, el epígrafe IX se dedica a analizar cuál sería el objeto principal del contrato del documento privado de eliminación o reducción de las cláusulas suelo si se asumiera que constituye un contrato de transacción. La determinación del objeto del contrato permite al autor determinar cuáles son los controles de validez de sus cláusulas aplicables a cada una de las cláusulas, quedando reservado el control de transparencia a las cláusulas que definan dicho objeto principal y el control de abusividad al resto. Se trata de dilucidar, concretamente, si la renuncia de derechos efectuada por el consumidor debe reputarse válida por el mero hecho de ser, en su caso, transparente (bajo la comprensión de que constituye objeto esencial del contrato de transacción); o si someterla al control de contenido y, así, considerarla abusiva por comportar un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes en contra de las exigencias de la buena fe (en la comprensión de que no constituye un elemento esencial del contrato). La relevancia de este punto es evidente, de admitirse la tesis del autor, cabría considerar válida la nueva cláusula suelo o su eliminación (de cumplirse con los requisitos de transparencia) con efectos desde la suscripción de la transacción, pero se abriría un nuevo debate respecto de la validez de la renuncia a reclamar las cantidades abonadas en virtud de la cláusula suelo original hasta la suscripción de la transacción que, de considerarse abusiva, permitiría instar acciones restitutorias a los prestatarios.

Tras el análisis de los elementos que podrían constituir el objeto principal del contrato de transacción y cuestionada la cabida en ellos de la renuncia del consumidor a emprender acciones legales relativas a la cláusula suelo original, el epígrafe X se ocupa de evaluar la validez de la cláusula del documento privado que fija el interés remuneratorio; en particular, se si la cláusula supera el control de transparencia material. Para ello, el autor realiza un concienzudo análisis de los requisitos del control de transparencia material perfilado por la jurisprudencia europea y nacional, lo que le permite determinar cuáles son los requisitos y la información precontractual que el consumidor debería haber recibido para considerar que el nuevo interés remuneratorio incorporado en el acuerdo novatorio o contrato de transacción pudiera reputarse transparente. En concreto, el autor comprende que para considerar transparente el nuevo interés remuneratorio, el consumidor debía haber sido cumplidamente informado de: (i) que la cláusula suelo original era potencialmente no transparente y nula; (ii) que en tal caso el consumidor tendría derecho a pedir la devolución de los intereses remuneratorios pagados indebidamente (con indicación la cuantía exacta de esos intereses); y (iii) de que esa posible falta de transparencia inicial sería subsanada con una nueva cláusula relativa al modo de calcular el interés remuneratorio, perdiendo así la opción de solicitar el reintegro de aquellas cantidades. Asimismo, el autor critica la postura del TS en su sentencia de 11-4-2018 según la cual, a partir de la STS de 9-5-2013, era notorio y claro para los consumidores que podrían solicitar la declaración de nulidad de las cláusulas suelo, como si ello pudiera dar por superado el control de transparencia material del acuerdo novatorio.

Por su parte, el epígrafe XI se ocupa de los controles de validez de la cláusula de renuncia al ejercicio de derechos (control de incorporación, control de transparencia material y control de contenido). En relación con el control de incorporación, se cuestiona especialmente si puede comprenderse suficientemente concreto, toda vez que refiere omnicomprensivamente a cualesquiera acciones judiciales o extrajudiciales contra el prestamista sin especificar a qué acciones o derechos concretos renuncia. Por lo que respecta al control de transparencia material, se estudia si el consumidor debía haber sido informado no solo de las acciones a las que renunciaba sino también de la concreta cantidad económica a cuya reclamación renunciaba, de suerte que conociera el alcance económico de la transacción. Finalmente, en relación con el control de contenido, el autor comprende que no solo impone un desequilibrio importante, sino que además, comporta una vulneración del principio de efectividad de la Dir. 93/13/CEE y del derecho a la tutela judicial efectiva.

En último lugar, el autor enumera en el epígrafe XII diez preguntas que pueden formularse al TJUE en el marco de una cuestión prejudicial, en relación con las cuestiones analizadas a lo largo de la obra, aportando la justificación y fundamentación jurídica de cada una ellas con cita completa a la legislación y la jurisprudencia europea aplicable.

## CONCLUSIÓN

La obra estudia desde todos los prismas posibles la nulidad de los acuerdos novatorios de las cláusulas suelo: desde la concepción acuerdo como novación o como contrato de transacción; desde la

calificación que merezcan las cláusulas en él contenidas como definitorias o no del objeto del contrato; y desde todos los controles de validez aplicables, incorporación, transparencia, contenido. Para ello, realiza un detallado análisis de los distintos acuerdos suscritos así como de la normativa y jurisprudencia nacional y europea en la materia.

Pero no se limita a ello, sino que además, incorpora un listado de consultas que podrían remitirse como cuestiones prejudiciales al TJUE, emanadas del estudio realizado, lo que reporta un gran valor añadido a la obra y enfatiza su gran utilidad práctica.

En suma, la obra ofrece un completo y sugerente análisis de los requisitos de validez de los acuerdos novatorios de las cláusulas suelo, en particular; y de los mecanismos de contratación con los consumidores y sus controles de validez, en general. Asimismo, aplica este análisis a la práctica jurídica mediante la formulación de distintas cuestiones que podrían ser planteadas como cuestión prejudicial al TJUE. Todo ello provoca que el libro constituya una herramienta de gran utilidad para cualquier interesado en la contratación de consumo y, especialmente, para juristas involucrados en este tipo de litigios.