

# Autonomía de la voluntad en la renegociación de una cláusula suelo

Comentario a la STS de 13 de septiembre de 2018<sup>1</sup>

José Ignacio Esquivias Jaramillo

*Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid*

---

## EXTRACTO

Renegociación verbal de la cláusula suelo, a instancias del consumidor, antes de la aplicación de la cláusula suelo originaria e inexistencia de novación extintiva. La falta de transparencia de la cláusula suelo no determina la nulidad de la obligación de pago de intereses, solo la de uno de los elementos que la delimitan, de manera que la cláusula que modifica el límite inferior a la variabilidad del interés, sustituyendo un límite por otro, aunque constituye una modificación de la relación obligatoria del pago de intereses, no es propiamente una novación extintiva, ya que subsiste la misma relación obligatoria. Esta es la base de la desconexión entre las diferentes cláusulas suelo pactadas, con la importancia que tiene pensar que la primera ha sido predispuesta por una de las partes (la entidad bancaria) y la posterior, negociada entre las partes. Matiz especial y trascendente. La autonomía privada de la voluntad del consumidor permite a este, libremente, con conocimiento, fruto de una negociación, pactar la sustitución de la cláusula suelo por falta de transparencia por otra que ya no adolece de ese defecto ni consta que sea fruto de un consentimiento viciado.

**Palabras clave:** préstamo hipotecario; nulidad de cláusula suelo con consumidores; autonomía de la voluntad.

---

*Fecha de entrada: 08-11-2018 / Fecha de aceptación: 26-11-2018*

---

<sup>1</sup> Véase el texto de esta sentencia en [www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com) (selección de jurisprudencia de Derecho Civil del 1 al 15 de noviembre de 2018).

El asunto tratado por el Tribunal Supremo en esta sentencia no está carente de interés por su reiteración, pues no trata la relación –por otro lado inexistente– entre el vicio del consentimiento dentro de una posible nulidad absoluta de una cláusula suelo por ser abusiva, como algo esencial del recurso, sino en la procedencia o no de aplicar el artículo 1.303 del Código Civil («declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses») y en su interpretación de que no pueden ser declarados nulos los actos o los contratos que deriven de otro previamente considerado como tal, y, por consiguiente, de todas las nuevas obligaciones derivadas, en aplicación del principio *simil stabunt, simil cadent*.

Es decir, acordada la nulidad de una cláusula suelo por falta de transparencia, la novación del mismo contrato de préstamo que modifica ese nuevo «suelo», pactado con límite inferior a los tipos de interés, conlleva su nulidad también por virtud del precepto invocado, que arrastra las otras obligaciones, pues en el fondo no cambia la obligación principal. Y esta es la clave a la que alude la sentencia: lo que se modifica es la relación obligatoria relativa a los nuevos intereses, pero como no es nula en sentido estricto la obligación del pago de intereses derivados de un préstamo con garantía hipotecaria, la relación contractual subsiste y la obligación principal también.

Sucede, entonces, que el Juzgado de lo Mercantil declara la nulidad absoluta de la cláusula relativa al límite inferior de los intereses pactados (originariamente en el 3%) y, además, de las sucesivas novaciones; por lo cual, la estipulada en la novación del 14 de mayo de 2010 (del 2,5%) también la considera nula, quizás por aplicación del artículo invocado, al solicitarlo así el recurrente en apelación ante la Audiencia (incluso parece que hay otra verbalmente acordada del 2,75%).

Hemos de distinguir dos cosas: por un lado, la aplicación de la Directiva comunitaria 93/2013, de 5 de abril, por virtud de la cual, la falta de transparencia hace que la primera cláu-

sula suelo (3 %) no vincule al consumidor. No es que la cláusula suelo sea *nula ab initio* y desde siempre, sino que los defectos de información o de transparencia durante la contratación la convierten en nula. Por consiguiente, una cosa es el primer límite inferior pactado en el contrato de préstamo y otra el posterior (2,5 %) pactado en la novación contractual del 14 de mayo de 2010. En consecuencia, de lo que estamos hablando es de la renovación de unas obligaciones relativas al tipo de interés en el «suelo de la hipoteca» –vamos a llamarlo así–, pero no de la obligación contractual primigenia, pues subsiste la de pagar intereses por el préstamo suscrito.

A ello se refiere el Tribunal Supremo en esta sentencia cuando dice: «Conviene advertir que la falta de transparencia de la cláusula suelo no determina la nulidad de la obligación de pago de intereses, solo la de uno de los elementos que la delimitan». Porque la concertación de un nuevo límite inferior no es una novación que extinga la obligación principal, sino que tan solo modifica la anterior existente relativa al tipo de interés a pagar en el futuro (del 3 % al 2,5 %). Esta es la base de la desconexión entre las diferentes cláusulas suelo pactadas, con la importancia que tiene pensar que la primera ha sido predispuesta por una de las partes (la entidad bancaria) y la posterior, negociada entre las partes. Matiz especial y trascendente.

¿En qué medida –como dice la sentencia– la nulidad de la primera cláusula impide o no «que las partes pudieran pactar con posterioridad un límite inferior distinto»? Sucede que la cláusula en principio no es nula y, asimismo, que, por afectar al precio (por la vía de los intereses), no puede ser objeto de control de abusividad, porque entra dentro de la libertad de contratación, de la autonomía de la voluntad, pactar un precio o acordar una retribución por el dinero percibido de la entidad bancaria. Es la falta de transparencia lo que la hace nula, al impedir al contratante prestatario tomar verdadera conciencia de lo que está pactando con esa cláusula.

Hecha la aclaración anterior, procede ahora, por otro lado, comentar la concomitancia excluyente de las modificaciones operadas en el préstamo, desligando la primera cláusula (nula por falta de transparencia) y las posteriores (2,5 %), sí negociadas y conocidas por las partes. Porque la primera tiene como consecuencia su desaparición –como si no hubiera sido «puesta» en el contrato–.

Lo negociado, por tanto, elimina la connotación de predispuesta (art. 3.1 directiva comunitaria), porque lo predispuesto la hace nula por falta de verdadera voluntad negocial, concedo- ra de las consecuencias de su contenido en el futuro sobre el precio. Por ello, la jurisprudencia invocada por esta sentencia del Tribunal Supremo nos recuerda los elementos o requisitos para que una cláusula sea entendida como predispuesta. En este caso, al acudir el consumidor al banco a renegociar el «suelo» de la hipoteca, no se le ha impuesto nada y ha negociado una rebaja al 2,75 % primero y al 2,5 % después. No hay una novación extintiva, porque subsiste la obligación principal de pagar intereses por el préstamo, y lo que queda afectado es uno de los elementos del precio o de la obligación principal, relativo al límite inferior de dichos intereses. La voluntad renovada no está viciada y es independiente de la anterior, sí está viciada por falta de transparencia.

Estos son los motivos por los que el Tribunal Supremo desestima la casación y confirma la sentencia de la Audiencia, que revoca, a su vez, la del Juzgado de lo Mercantil. No es aplicable el artículo 1.303 del Código Civil y no hay una concomitancia que permita hacer igualmente nulos los actos o las negociaciones posteriores que deriven de antecedentes contractuales nulos.