

ALGUNAS REFLEXIONES ACERCA DE LA STJUE DE 9 DE
JULIO DE 2020 SOBRE LOS PACTOS NOVATORIOS EN
MATERIA DE CLÁUSULAS SUELO

*SOME REFLECTIONS ABOUT THE STJUE OF JULY 9, 2020 ON THE
NOVATORY AGREEMENTS REGARDING SOIL CLAUSES*

Rev. Boliv. de Derecho N° 31, enero 2021, ISSN: 2070-8157, pp. 132-159

Carolina
Del Carmen
CASTILLO
MARTÍNEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 29 de octubre de 2020

ARTÍCULO APROBADO: 13 de noviembre de 2020

RESUMEN: La Sentencia del Tribunal Justicia de la Unión Europea de 9 de julio de 2020 viene a dar respuesta a las cinco preguntas que, en su cuestión prejudicial, plantea el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Teruel acerca de la validez de los acuerdos novatorios en el contexto de las cláusulas suelo, sentando doctrina jurisprudencial sobre esta materia acerca de la cual ya se había pronunciado previamente nuestro Tribunal Supremo en sus Sentencias de 16 de octubre de 2017, en el sentido de considerar nula la cláusula suelo acordada como consecuencia del pacto novatorio y, posteriormente, las de 11 de abril de 2018 y 13 de septiembre de 2018 en un sentido contrario, declarando que el acuerdo novatorio era válido. Se trata de una resolución tan esperada como comentada insistentemente tras su publicación, en atención, sin duda, tanto a su fundada relevancia sustantiva -por la doctrina jurídica que consolida y que resulta de incuestionable aplicación, y su repercusión económica- como a su transcendencia procedimental -por la consecuencia del levantamiento de suspensiones procedimentales que su dictado supone, acordadas a resultados del pronunciamiento del Tribunal de Luxemburgo-. En el presente trabajo revisaré la doctrina contenida en la STJUE en su parangón con la previamente declarada por nuestro Tribunal Supremo, a los efectos de concluir cuál es su incidencia respecto del criterio mantenido por nuestro Alto Tribunal en sus Sentencias de 11 de abril de 2018 y 13 de septiembre de 2018.

PALABRAS CLAVE: Hipoteca; cláusula suelo; pacto novatorio; consumidor; interés remuneratorio; variabilidad del interés.

ABSTRACT: *The Sentence of the Court of Justice of the European Union of July 9, 2020 comes to answer the five questions that, in its preliminary question, the Court of First Instance and Instruction No. 3 of Teruel asks about the validity of the new agreements in the context of the floor clauses, establishing jurisprudential doctrine on this matter about which our Supreme Court had previously ruled in its Judgments of October 16, 2017, in the sense of considering the agreed floor clause null as a consequence of the novation agreement and, subsequently, those of April 11, 2018 and September 13, 2018 in the opposite direction, declaring that the novation agreement was valid. It is a long-awaited and insistently commented resolution after its publication, in attention, no doubt, both to its well-founded substantive relevance - due to the legal doctrine that it consolidates and which results from unquestionable application, and its economic repercussion - as well as its procedural significance. -by the consequence of the lifting of procedural suspensions that its dictation supposes, agreed as a result of the ruling of the Luxembourg Court-. In this paper I will review the doctrine contained in the STJUE in its comparison with the one previously declared by our Supreme Court, in order to conclude what its incidence is with respect to the criterion maintained by our High Court in its Judgments of April 11, 2018 and September 13, 2018.*

KEY WORDS: *Mortgage; floor clause; new agreement; consumer; remunerative interest; interest variability.*

SUMARIO.- I. CONSIDERACIÓN PREVIA.- II. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LA VALIDEZ DEL PACTO TRANSACCIONAL SOBRE LA CLÁUSULA SUELO.- III. SUPUESTO DE HECHO Y CUESTIONES PREJUDICIALES PLANTEADAS ANTE EL TJUE.- IV. LA STJUE DE 9 DE JULIO DE 2020 Y SU RESPUESTA A LAS CUESTIONES PREJUDICIALES PLANTEADAS.- V. INCIDENCIA DE LA DOCTRINA DEL TJUE SOBRE EL CRITERIO DEL TS.

I. CONSIDERACIÓN PREVIA.

Tras la STS 9 mayo 2013¹, por la que se fija doctrina sobre las cláusulas suelo de los préstamos hipotecarios celebrados con consumidores y el control judicial de su posible carácter abusivo, y muy señaladamente durante el período inmediatamente posterior a su dictado, fueron numerosas las entidades financieras que plantearon a sus prestatarios un acuerdo novatorio del préstamo hipotecario primigenio, por cuya virtud se venía a pactar una cláusula de modificación a la baja respecto del tipo porcentual en que quedaba fijado el interés remuneratorio convenido en el préstamo hipotecario, estableciéndose en otra estipulación la renuncia del prestatario a reclamar por los intereses remuneratorios satisfechos de más hasta la fecha de la referida cláusula de renuncia y en aplicación de la originaria cláusula suelo. Sobre este particular, inicialmente la STS 16 octubre 2017², declaró nula la cláusula suelo acordada como consecuencia del pacto novatorio, si bien

1 STS, 9 mayo 2013 (ROJ: STS 1916/2013 - ECLI:ES:TS:2013:1916). Como es sabido, en esta resolución la Sala de lo Civil del Alto Tribunal declara la nulidad de las cláusulas suelo contenidas en préstamo hipotecario analizadas por la sentencia al no ser transparentes, entre otras causas, por falta de información clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.

2 STS 16 octubre 2017 (ROJ: STS 3721/2017 - ECLI:ES:TS:2017:3721). En el supuesto enjuiciado, en el procedimiento de origen se instó la nulidad de la cláusula suelo inserta en el préstamo hipotecario concertado entre las partes, por abusiva y por falta de transparencia, y subsidiariamente se solicitó la aplicación de un suelo del 2'5% (en lugar del 3% fijado en el préstamo), en virtud del acuerdo alcanzado entre los demandantes y la entidad bancaria. Tras ser estimada la pretensión subsidiaria en primera instancia, la sentencia de apelación declaró que los demandantes no tenían legitimación para recurrir en apelación, por lo que se rechazó su recurso. La Sala estima el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por los actores ya que, según su propia doctrina, el litigante que ve rechazada su pretensión principal tiene gravamen para recurrir, toda vez que la tutela judicial instada le fue negada en parte. Y, como consecuencia de la estimación del recurso, el Tribunal asume la instancia y examina el recurso de apelación no resuelto en cuanto al fondo. En su análisis la Sala muestra su conformidad con la declaración de la sentencia de primera instancia en cuanto a la falta de transparencia de la cláusula suelo, pero discrepa de sus efectos, por considerar que la nulidad por falta de transparencia es una nulidad absoluta y que, por consiguiente, no pudo ser convalidada por un acuerdo posterior entre los clientes y la entidad bancaria en cuanto a su rebaja, que tuvo como único propósito el de minimizar los efectos negativos derivados para la economía de los demandantes. De esta manera, la desestimación de la apelación determina la estimación total de la demanda.

• Carolina del Carmen Castillo Martínez

Magistrado-juez titular del Juzgado de Instancia nº 4 de Castellón. Doctora en Derecho. Profesora Titular de Derecho Civil (excedente). Profesora Asociada de Derecho Civil. Universitat de València Académica de número de la Real Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación.

posteriormente la STS 11 abril 2018³, resolvió en sentido contrario, declarando que el acuerdo novatorio era válido⁴, resultando que esta última doctrina, reiterada en la STS 13 septiembre 2018⁵, no resultó acogida por la totalidad de nuestras Audiencias Provinciales, algunas de las cuales, contra el criterio del Alto Tribunal, justificaron la nulidad del pacto novatorio en la vulneración de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril, que conducía a la conclusión contraria.

En el contexto descrito el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Teruel, entre otros, mediante Auto de 26 de junio de 2018⁶, planteó cuestión prejudicial ante el TJUE, comprensiva de hasta cinco preguntas, que es la resuelta por la STJUE 9 julio 2020⁷, resolución tan esperada como comentada insistentemente tras su publicación, en atención, sin duda, tanto a su fundada relevancia sustantiva -por la doctrina jurídica que consolida y que resulta de incuestionable aplicación, y su repercusión económica- como a su transcendencia procedimental -por la

3 STS 11 abril 2018 (ROJ: STS 1238/2018 - ECLI:ES:TS:2018:1238). En esta sentencia se analiza si una transacción extrajudicial posterior a la sentencia 241/2013, de 9 de mayo, que conllevaba una rebaja del suelo y la renuncia al ejercicio de acciones, con una expresa aceptación manuscrita, impide entrar a juzgar si aquella cláusula era nula. En el supuesto enjuiciado, partiendo de una situación de incertidumbre y a los efectos de evitar un posterior litigio, las partes convienen en realizar concesiones recíprocas y alcanzar un acuerdo que convierta su situación de incertidumbre en circunstancia de seguridad. En el caso, existía una cláusula suelo cuya validez podía ser cuestionada en vía judicial, de tal manera que, si se acreditaba la falta de transparencia de la estipulación, la misma sería declarada abusiva si bien, en otro caso, sería considerada válida. Ante esta incertidumbre, como se ha indicado, las partes convienen recíprocas concesiones: así, el banco accede a la rebaja del suelo y, por su parte, los prestatarios consumidores acceden a soportar un suelo más bajo que el inicial a cambio de evitar el pleito que constituiría el presupuesto necesario para la declaración de abusividad. Considera la Sala que se trata, pues, de un acuerdo transaccional y no de una mera novación obligacional. Y se entiende que cabe la transacción, admisible en los contratos con consumidores, incluso aunque la obligación preexistente sobre la que existe controversia pudiera ser nula, siempre y cuando la nueva relación jurídica nacida de la transacción no contravenga la ley. Y así, si existe predisposición en el acuerdo de transacción, es preciso comprobar de oficio la transparencia del acuerdo, que se cumple en este caso, por lo que debe ser vinculante para las partes.

4 En esta sentencia el magistrado D. Francisco Javier Orduña Moreno emitió voto particular, justificando la nulidad del pacto novatorio y defendiendo la nulidad no convalidada de la cláusula suelo.

5 STS 13 septiembre 2019 (ROJ: STS 3098/2018 - ECLI:ES:TS:2018:3098). En este caso, la cuestión jurídica controvertida quedaba localizada en si la nulidad de una cláusula suelo por falta de transparencia impide que el consumidor pueda posteriormente a su convenio, por su propia iniciativa, con pleno conocimiento y mediante una negociación con la entidad financiera, pactar un suelo inferior al inicialmente convenido. Considera la Sala que la falta de transparencia de la cláusula suelo no determina la nulidad de la obligación de pago de intereses, sino únicamente la de uno de los elementos que la delimitan, de tal manera que la cláusula que modifica el límite inferior a la variabilidad del interés, sustituyendo un límite por otro, si bien constituye una modificación de la relación obligatoria del pago de intereses, no es propiamente una novación extintiva, ya que subsiste la misma relación obligatoria. El Tribunal entiende que la cláusula suelo no es en sí misma nula, es decir, no es abusiva como consecuencia de un control de contenido, sino que la tacha de abusividad sólo concurre cuando la estipulación no supera el control de transparencia. Se considera que la autonomía privada de la voluntad del consumidor permite al prestatario, libremente, con conocimiento, y como consecuencia de una negociación, pactar la sustitución de la cláusula suelo nula por falta de transparencia por otra que ya no adolece de ese defecto, ni consta que sea resultado de la expresión de un consentimiento viciado. En consecuencia, no se ve afectado el principio de efectividad y debe concluirse que la considerada se trata de una cláusula negociada ajena al ámbito de la Directiva 93/13/CEE, con lo que el Alto Tribunal consolida doctrina jurisprudencial respecto del conocimiento y consentimiento de las condiciones generales de la contratación, entendiendo que las cuestiones relativas a un eventual vicio del consentimiento son ajenas al proceso sobre abusividad.

6 Asunto C-452/18- (ECLI:ES:JPII:2018:11^a).

7 STJUE 9 julio 2020 (ECLI:EU:C:2020:536), asunto C-452/18.

consecuencia del levantamiento de suspensiones procedimentales que su dictado supone, acordadas a resultados del pronunciamiento del Tribunal de Luxemburgo-.

Y es que la STJUE 9 julio 2020 viene a resolver las cinco cuestiones planteadas por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Teruel, relativas a la validez de los acuerdos novatorios de las cláusulas suelo. En el presente este trabajo revisaré la doctrina contenida en la STJUE en su parangón con la previamente declarada por nuestro Tribunal Supremo, a los efectos de concluir cuál es su incidencia respecto del criterio mantenido por nuestro Alto Tribunal en sus Sentencias de 11 de abril de 2018 y 13 de septiembre de 2018.

II. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LA VALIDEZ DEL PACTO TRANSACCIONAL SOBRE LA CLÁUSULA SUELO.

Sin perjuicio de considerar posteriormente la doctrina que permite concluir la STJUE 9 julio 2020, en su contraste con la previamente declarada por nuestro Tribunal Supremo, y precisamente a los efectos de realizar atinadamente el anunciado parangón, es por lo que resulta de interés revisar la doctrina de nuestro Alto Tribunal acerca de la validez del pacto transaccional sobre la cláusula suelo.

Atendiendo al señalado propósito, cabe reiterar que, ciertamente las SSTS 11 abril 2018 y 13 septiembre 2018 supusieron una rectificación de la doctrina contenida en la STS 16 octubre 2017, que declaraba que los pactos novatorios de las cláusulas suelos participan la misma nulidad que la cláusula suelo original por aplicación de la previsión contenida en el artículo 1208 del Código Civil, a cuyo tenor “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”. Específicamente, la STS 11 abril 2018, vino a declarar la validez de dichos pactos en la medida en que participaban de la naturaleza transaccional, siempre y cuando la señalada transacción no pudiera ser tachada de falta de transparencia, considerando la inaplicabilidad a tales convenios del ya antedicho artículo 1208 del Código, al entender que los referidos pactos no constituyen una novación extintiva sino tan sólo integran la alteración de un elemento contractual que repercute en la proyección que alcanza a una relación obligatoria válida como es la de abonar los intereses remuneratorios. Y, en el mismo sentido, la STS 13 septiembre 2018 vino a establecer que el pacto novatorio litigioso era válido y no podía quedar sometido a los controles de transparencia y abusividad, toda vez que las cláusulas que lo integraban habían sido negociadas individualmente.

Consideremos con mayor detenimiento la STS 11 abril 2018, primera de las resoluciones apuntadas y también la primera que sentó ampliamente, por parte de nuestro Alto Tribunal, doctrina al respecto.

En su revisión resulta que el supuesto fáctico sometido al enjuiciamiento del Tribunal encuentra su origen en la perfección de dos préstamos hipotecarios concertados durante el año 2007, en los que se había convenido un suelo del 4'25%, posteriormente elevado al tipo porcentual del 4'5 %. Más tarde, en el año 2014, entre las partes se suscribe un "contrato de novación modificativa del préstamo", que dispone que "con efectos desde la próxima cuota de préstamo..., el tipo mínimo aplicable de interés será el 2'25 %, en sustitución del convenio inicialmente" (estipulación 1ª). Y, por otra parte, en ese mismo convenio, "las partes ratifican la validez y vigor del préstamo, consideran adecuadas sus condiciones y, en consecuencia, renuncian expresa y mutuamente a ejercitar cualquier acción frente a la otra que traiga causa de su formalización y clausurado, así como por las liquidaciones y pagos realizados hasta la fecha, cuya corrección reconocen" (estipulación 3ª). Como ya anticipé, el contrato firmado contiene también una declaración manuscrita, de puño y letra del prestatario, que resulta del tenor siguiente: "soy consciente y entiendo que el tipo de interés de mi préstamo nunca bajará del 2'25 % nominal anual".

En su resolución entiende el Alto Tribunal que el acuerdo perfeccionado en 2014 no puede reputarse nulo. Y ello por considerar que no se trata de un acuerdo novatorio, sino de una transacción en toda regla, ya que mediante el pacto se pretende prevenir una controversia judicial acerca de la posible tacha de abusividad de la cláusula suelo contenida en el contrato primigenio. En consecuencia, la Sala considera que al supuesto no le resulta de aplicación la doctrina declarada por el mismo Tribunal Supremo en su previa STS de 16 de octubre de 2017, toda vez que en el supuesto entonces enjuiciado las partes no proyectaban la asunción de mutuas concesiones recíprocas de naturaleza transaccional, sino más bien equilibrar el tipo porcentual del interés remuneratorio fijado en el préstamo suscrito por el demandante con el tipo de interés previsto en los demás préstamos concedido a los adquirentes de esa misma promoción inmobiliaria por la misma entidad crediticia. A mayor abundamiento se declara que siempre una transacción debe considerarse que es válida, incluso en el supuesto de que la obligación preexistente a la misma y acerca de la cual concurre un litigio pudiera resultar nula. Y así, se concluye que la transacción no vulnera la previsión legal que le afecta, toda vez que nos hallamos ante un supuesto evidente en que la materia objeto de la estipulación es disponible, sin reservas, por las partes⁸. En definitiva, para el Alto Tribunal, la transacción sometida a su consideración, tiene por contenido una recíproca concesión realizada entre las partes a los efectos de impedir un

8 En este sentido conviene considerar que la previsión legal del artículo 1809 del CC dispone que: "La transacción es un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado". Y, por cuanto se refiere a las materias indisponibles por las partes, el artículo 1814 del mismo texto legal resulta del tenor siguiente: "No se puede transigir sobre el estado civil de las personas, ni sobre las cuestiones matrimoniales, ni sobre alimentos futuros".

futuro enfrentamiento judicial mediante un litigio que, por la misma transacción, se impide. Y así, resulta que la entidad financiera que podía beneficiarse de una cláusula suelo fijada inicialmente en el 4'25% (posteriormente, 4,5%), admite una reducción del suelo inicial que llega hasta el 2'25%, resultando que, por su parte los prestatarios, admiten asumir un suelo más bajo con el propósito de impedir el litigio que constituiría el presupuesto necesario para conseguir una eventual declaración judicial de abusividad de la cláusula suelo, ciertamente no pretendida desde el principio.

El Alto Tribunal aprueba “el modo predispuesto en que se ha propuesto y aceptado la transacción”, y matiza que se han cumplido los requisitos de información que exige el control de transparencia, toda vez que “los clientes consumidores, tal y como les fue presentada la transacción, estaban en condiciones de conocer las consecuencias económicas y jurídicas de su aceptación: que se reducía el límite mínimo del interés al 2,25% y que no se discutiría la validez de las cláusulas suelo contenidas en el contrato originario”. En este sentido, la sala declara que “el cumplimiento de estos deberes de transparencia en este caso viene acreditado porque, 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 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 puño y letra el texto en el que se afirma lo siguiente: «Soy consciente y entiendo que el tipo de interés de mi préstamo nunca bajará del 2,25% nominal anual», incidiendo en que “las circunstancias temporales y el modo en que los consumidores manifestaron de forma manuscrita su conformidad con un suelo del 2,25% ponen en evidencia que el banco, previamente a la firma de la transacción, cumplió con las exigencias de transparencia y que sus clientes consumidores conocían los términos de la transacción y las implicaciones económicas y jurídicas que conllevaban”. De ello resulta que “las partes quedan vinculadas en los términos transigidos y, por tanto, con renuncia al ejercicio de acciones a cambio de una rebaja en el suelo, lo que impide en un principio enjuiciar la situación previa a la transacción precisamente porque las partes quedan vinculadas por lo transigido”.

En definitiva, la Sala considera que el acuerdo “novatorio” perfeccionado entre la entidad financiera y el prestatario consumidor no es en sí una verdadera novación sino que más bien participa de la naturaleza de un pacto transaccional y, puesto que no nos hallamos ante una novación, no resulta de aplicación la doctrina declarada en la STS 16 octubre 2017, en la que se argumentaba que la cláusula suelo era nula de pleno derecho y, en consecuencia, la declarada nulidad absoluta

asimismo alcanzaba a la novación modificativa de la estipulación, de conformidad con la previsión contenida en el artículo 1208 del Código Civil. A pesar de lo anteriormente expuesto, resulta cuanto menos muy llamativo que el Tribunal Supremo no deje de considerar que ese pacto calificado de “transaccional” se encuentre conformado por una serie de estipulaciones que claramente se califican como de predispuestas, al no haber sido negociadas individualmente por la entidad bancaria con el prestatario consumidor y que, por tal circunstancia, deben quedar sometidas a los preceptivos controles de necesaria aplicación para poder concluir la validez de una cláusula predispuesta en contratos celebrados con consumidores y que, como es bien sabido, son los controles de (i) incorporación, (ii) contenido y, finalmente si fuera el caso⁹, (iii) transparencia. Y, con precisa referencia al control de transparencia, la Sala considera que las estipulaciones atinentes a la fijación del nuevo suelo y a la renuncia por el prestatario a las acciones que le competen contra la entidad financiera, que indiscutiblemente recaen sobre el objeto principal del contrato¹⁰, superan ese control de transparencia toda vez que el prestatario, con carácter previo a la celebración del pacto subsiguiente, era concededor de las consecuencias tanto jurídicas como económicas que se le podían derivar del mismo.

III. SUPUESTO DE HECHO Y CUESTIONES PREJUDICIALES PLANTEADAS ANTE EL TJUE.

El supuesto fáctico que fundó la cuestión prejudicial planteada ante el TJUE por parte del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Teruel se articuló sobre los hechos siguientes.

Con fecha 23 de diciembre de 2011, un prestatario que reunía la condición de consumidor quedó subrogado en el préstamo promotor del bien inmueble adquirido, cuyas estipulaciones albergaban una cláusula limitativa del interés remuneratorio variable con un techo del 9'75% y un suelo fijado en el tipo porcentual del 3'25%. Posteriormente, en fecha 4 de marzo de 2014¹¹, los contratantes alteraron el contenido del contrato de préstamo con garantía hipotecaria, rebajando el porcentaje de la cláusula suelo al 2'35%¹². El contenido del pacto novatorio perfeccionado contenía una cláusula del tenor siguiente: “Las partes ratifican la validez y vigor del préstamo, consideran adecuadas sus

⁹ Esto es, cuando la cláusula se proyecte sobre un elemento que integre el objeto principal del contrato.

¹⁰ Por consiguiente, necesariamente sometidas al control de transparencia (cfr. art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE).

¹¹ Resulta de interés significar que, en ese momento de perfección del pacto novatorio, el Alto Tribunal ya se había pronunciado sobre la materia al constar dictada la STS de 9 de mayo de 2013, mediante la que se declaró la nulidad de las cláusulas suelo que no superaban el control de transparencia sin restitución retroactiva de prestaciones.

¹² A este respecto, resulta de interés significar que el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Teruel calificó este pacto, que en sí no es sino un “contrato de novación modificativa del préstamo” como “documento «transaccional”, al que más tarde el TJUE, a su vez, lo denominará “contrato de novación”.

condiciones y, en consecuencia, renuncian expresa y mutuamente a ejercitar cualquier acción frente a la otra que traiga causa de su formalización y clausulado, así como por las liquidaciones y pagos realizados hasta la fecha, cuya corrección reconocen”¹³.

En definitiva, las partes incorporaron una cláusula por la cual se reconocía la validez de lo convenido, con renuncia recíproca al futuro ejercicio de acciones basadas en las estipulaciones asumidas o por las liquidaciones y abonos efectivamente realizados que se asumen como correctamente verificados. Pero es que, además, el prestatario consumidor asumió, con expresión manuscrita, ser consciente y entender que “el tipo de interés del préstamo nunca bajaría del 2’5 % nominal anual”¹⁴.

A pesar de lo estipulado, el prestatario planteó demanda interesando la declaración de abusiva de la cláusula suelo incluida en el contrato de préstamo hipotecario y la condena de la entidad de crédito a suprimirla y también a devolverle las cantidades indebidamente abonadas en virtud de la misma desde la

13 En suma, el contenido del clausulado que constituyó el llamado “contrato de novación modificativa del préstamo” quedaba integrado por las estipulaciones siguientes.

“PRIMERA. Con efecto desde la próxima cuota de préstamo pactada y para toda la vida del préstamo, el tipo de interés será el 2,35% en sustitución del convenido inicialmente.

En consecuencia, si el tipo de interés aplicable en cada momento, calculado en la forma estipulada en la escritura de préstamo reseñada, fuera inferior al tipo mínimo del 2,35% ahora convenido, se aplicará de forma preferente este último”.

“SEGUNDA. El resto de condiciones financieras, incluido el tipo máximo de interés aplicable, no sufren variación alguna y seguirán en vigor a todos los efectos”.

“TERCERA. Las PARTES ratifican la validez y vigor del préstamo, consideran adecuadas sus condiciones y, en consecuencia, renuncian expresa y mutuamente a ejercitar cualquier acción frente a la otra que traiga causa de su formalización y clausulado, así como por las liquidaciones y pagos realizados hasta la fecha, cuya corrección reconocen”.

“QUINTA. Las partes hacen constar que la formalización del presente documento constituye una novación sujeta a la Ley 2/1994 de 30 de marzo, al convenirse expresamente una mejora del tipo de interés”.

“Los otorgantes aceptan este acuerdo en todos sus términos, lo leen, encontrándolo conforme, se ratifican y firman el mismo por duplicado y a un solo efecto”.

Resultando que, en la parte final del documento, se hace constar la firma del prestatario consumidor y, a continuación de la misma, de su propio puño y letra, un texto del tenor siguiente: “SOY CONSCIENTE Y ENTIENDO QUE EL TIPO DE INTERÉS DE MI PRÉSTAMO NUNCA BAJARÁ DEL 2,35% NOMINAL ANUAL”.

14 La señalada expresión manuscrita venía a dar cumplimiento al requisito exigido en el artículo 6 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, por cuya virtud, en la contratación de préstamos hipotecarios por prestatarios que sean personas físicas, en los que la hipoteca recaiga sobre una vivienda o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o por construir, y que incorporen una cláusula suelo, la escritura pública incluirá, junto a la firma del cliente, una expresión manuscrita, en los términos a determinar por el Banco de España, por la que el prestatario manifieste que ha sido adecuadamente advertido de los posibles riesgos derivados del contrato. Ciertamente, el contenido orientativo de esta expresión manuscrita resultó fijado por el Banco de España en el Anejo IX de la Guía de Acceso al Préstamo Hipotecario, publicada en fecha 15 de julio de 2013, y persiste actualmente vigente, aunque actualizado desde 2016, y disponía lo que seguidamente se expresa: “Soy conocedor de que mi préstamo hipotecario establece limitaciones [indicar cuál/es: suelos y/o techos] a la variabilidad del tipo de interés. Además, he sido advertido por la entidad prestamista y por el notario actuante, cada uno dentro de su ámbito de actuación, de los posibles riesgos del contrato y, en particular, de que: el tipo de interés de mi préstamo, a pesar de ser variable, nunca se beneficiará de descensos del tipo de interés de referencia por debajo del [límite mínimo del tipo de interés variable limitado]”.

fecha de suscripción del concreto contrato de préstamo¹⁵, alegándose al respecto que el convenio novatorio se encontraba viciado de nulidad como consecuencia de la eficacia propagadora de la nulidad de la cláusula suelo originaria.

Así las cosas, por Auto 26 junio 2018¹⁶, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 3 de Teruel planteó petición de decisión prejudicial ante el TJUE, en cuya fundamentación se desarrollaba la circunstancia de que, tras la STS 9 mayo 2013, Ibercaja Banco principió un proceso de renegociación de las cláusulas suelo en los contratos de préstamo hipotecario previamente celebrados, razón que conducía a la duda acerca de que la renegociación de una cláusula abusiva pudiera resultar compatible con el principio declarado en el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE, por cuya virtud las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor. Pero es que, además, en la cuestión que se suscita se plantea la consideración acerca de que el mismo pacto novatorio cumpliera con los requisitos de transparencia fijados por el Tribunal Supremo, al no constar informados los consumidores de “las pérdidas que el prestatario podía sufrir como consecuencia de la aplicación de la nueva cláusula «suelo» y la imposibilidad del prestatario de recuperar las pérdidas sufridas de este modo, debido a la renuncia a ejercitar cualquier acción judicial contra la entidad de crédito acreedora”.

Sintéticamente, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 3 de Teruel considera que la doctrina contenida en la STS de 11 de abril de 2018 puede ser contraria a la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, razón por la que plantea una cuestión prejudicial ante TJUE, mediante el precitado Auto de 26 de junio de 2018. La cuestión prejudicial suscitada ante el Tribunal de Luxemburgo comprende cinco preguntas, que se refieren, en esencia, a las materias siguientes: (i) si la nulidad de la cláusula suelo inicial alcanza al acuerdo novatorio perfeccionado con posterioridad (pregunta 1); (ii) si las cláusulas del llamado pacto novatorio pueden considerarse cláusulas no negociadas individualmente en un contrato con consumidores (pregunta 2); (iii) si la nueva cláusula por la que se fija el interés remuneratorio supera el control de transparencia material (pregunta 4); y (iv) si la estipulación por la cuál el consumidor renuncia al ejercicio de derechos supera el control de transparencia material (pregunta 3) y, asimismo, (v) pasa el control de contenido (pregunta 5).

15 Aunque en los antecedentes de hecho de las resoluciones publicadas no se hace constar la fecha de interposición de la demanda, es posible concluir que su presentación debió ser con posterioridad a la STJUE 21 diciembre 2016 mediante la que se declaró la improcedencia de la limitación de los efectos retroactivos de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo, por consiguiente, también de la restitución de los intereses pagados como consecuencia de tal declaración de nulidad, pues de otro modo no se solicitaría, por constituir pretensión palmariamente improsperable, la devolución de las cantidades indebidamente abonadas en virtud de la cláusula suelo tachada de nulidad desde la fecha de perfección del primigenio contrato de préstamo garantizado hipotecariamente.

16 Auto 26 junio 2018, dictado por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 3 de los de Teruel. (ECLI:ES:JPII:2018:11*).

En el marco descrito, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 3 de Teruel plantea ante el TJUE las señaladas preguntas que formula en los términos siguientes.

Primera. Si el principio de no vinculación de las cláusulas nulas (art. 6 de la Directiva 93/13/CEE) debe extenderse también a los contratos y negocios jurídicos celebrados sobre esas cláusulas con posterioridad, como lo es el enjuiciado contrato de novación. Y si, en consecuencia, dado que la nulidad radical implica que dicha cláusula nunca existió en la vida jurídica-económica del contrato, puede concluirse que los actos jurídicos posteriores y sus efectos sobre aquella cláusula, esto es, el contrato de novación, también desaparece de la realidad jurídica, debiendo considerarse como inexistente y sin ningún efecto.

Segunda. Si los documentos modificativos o transaccionales de cláusulas no negociadas susceptibles de no superar los controles de falta de abusividad y transparencia, pueden participar de la naturaleza de condiciones generales de la contratación a efectos de lo dispuesto en el artículo 3 de la Directiva 93/13/CEE, afectándoles las mismas causas de nulidad que a los documentos originales novados o transigidos.

Tercera. Si la renuncia a las acciones judiciales contenida en el contrato de novación debe ser también nula, en la medida en que en los contratos que suscribían los clientes no se informaba a los mismos de que estaban ante una cláusula nula ni tampoco del dinero o importe económico que tenían derecho a percibir como devolución por los intereses abonados a consecuencia de la imposición inicial de las “cláusulas suelo”, de lo que se infiere que el cliente asume una renuncia a demandar sin haber sido previamente informado por la entidad acerca de aquello a lo que renuncia ni al montante económico que ello le supone.

Cuarta. Si, analizando el contrato de novación modificativa al amparo de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo y de los artículos 3, apartado 1, y 4, apartado 2, de la Directiva 93/13/CEE, la nueva cláusula suelo incluida en el contrato vuelve a adolecer de falta de transparencia, al reiterar la entidad financiera su incumplimiento en orden a los criterios de transparencia dispuestos en la STS 9 mayo 2013, y no informar al cliente del verdadero coste económico de dicha cláusula en su hipoteca, de manera que pudiera conocer el tipo de interés -y la cuota que del mismo se deriva- que tendría que pagar en el caso de aplicarse la nueva cláusula suelo y el tipo de interés -y su consecuente cuota- que tendría que abonar en el supuesto de no aplicarse cláusula suelo alguna y, no obstante, se aplicase el tipo de interés convenido en el préstamo hipotecario sin limitación a la baja-. En definitiva, se trata de determinar si, al imponer el documento calificado como novación sobre las cláusulas suelo, la entidad financiera estaba obligada al cumplimiento de los controles de transparencia dispuestos en los artículos 3,

apartado 1, y 4, apartado 2, de la Directiva 93/13/CEE y, por consiguiente, debió informar al consumidor acerca del importe exacto o cantidades en las que se le había perjudicado al aplicársele las cláusulas suelo, y también el interés aplicable en el supuesto de no existir dichas cláusulas y, si al no haberlo hecho, tales documentos también adolecerían de la consabida tacha de nulidad.

Quinta. Si el clausulado de acciones incluidas en las condiciones generales de contratación del contrato de novación puede considerarse una cláusula abusiva por su contenido en el marco del artículo 3, apartado 1, en relación con el Anexo de cláusulas abusivas y, en concreto, con la letra q) de ese Anexo, toda vez que limitan el derecho de los consumidores al ejercicio de los derechos que pueden nacer o revelarse después de la firma del contrato, como ocurrió con la posibilidad de reclamar la devolución íntegra de los intereses pagados¹⁷.

En el ámbito procedimental seguido ante el Tribunal de Luxemburgo, el *iter* sucedido se compone por los datos de que la Comisión Europea presentó sus Observaciones en fecha 16 de noviembre de 2018¹⁸, resultando que el 30 de enero de 2020, el Abogado General Henrik Saugmandsgaardoe presentó sus esperadas conclusiones, para el 9 de julio de 2020 llegar a publicarse la STJUE en este controvertido asunto C-452/18 (XZ contra Ibercaja Banco, S.A).

IV. LA STJUE DE 9 DE JULIO DE 2020 Y SU RESPUESTA A LAS CUESTIONES PREJUDICIALES PLANTEADAS.

En su Sentencia de 9 de julio de 2020 el TJUE viene a dar respuesta a las cinco cuestiones planteadas en el sentido siguiente.

A la primera. Se plantea si la falta de transparencia de la cláusula suelo originaria alcanza al pacto posterior.

Y es que, si la cláusula suelo primigenia es nula, por falta de transparencia, debe precisarse si esa tacha de nulidad se proyecta igualmente al acuerdo posterior, con independencia de la calificación que al mismo se le otorgue. En definitiva, la cuestión obliga a pronunciarse acerca de la compatibilidad entre el principio de efectividad de la Directiva, el efecto no vinculante de las cláusulas abusivas y el efecto disuasorio¹⁹.

Sobre este punto, el Juzgado de Teruel específicamente pregunta:

17 Al amparo de la STJUE 21 diciembre 2016, asunto Gutiérrez Naranjo y otros, acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15 (EU:C:2016:980).

18 Sj.n(2018) 6523853 JBC/ns.

19 Cfr. arts. 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE.

“1) Si el principio de no vinculación de las cláusulas nulas (artículo 6 Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril) debe extenderse también a los contratos y negocios jurídicos posteriores sobre esas cláusulas, como lo es el contrato de novación.

Y si, dado que la nulidad radical implica que dicha cláusula nunca existió en la vida jurídica-económica del contrato, puede concluirse que los actos jurídicos posteriores y sus efectos sobre aquella cláusula, eso es, el contrato de novación, también desaparecen de la realidad jurídica, debiendo considerarse como inexistente y sin ningún efecto”.

El Tribunal de Luxemburgo responde a esta primera pregunta en los §21 a §30 de la Sentencia que revisamos, en la que se declara que, en virtud del artículo 6.1 de la Directiva de cláusulas abusivas, no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato (§22). Acerca de si el consumidor puede expresar su consentimiento válido sobre la modificación de una cláusula potencialmente abusiva y, con ello, renunciar a los efectos de su nulidad, si conocía el carácter no vinculante de la misma y las consecuencias de la renuncia, el Tribunal de Luxemburgo comienza explicando “en principio, que una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido, de manera que no podrá tener efectos frente al consumidor” (§23), precisando que incumbe al juez nacional abstenerse de aplicar las cláusulas abusivas, salvo si el consumidor se opone a ello (§24). No obstante, posteriormente precisa que la protección de los consumidores “comprende la facultad de renunciar a hacer valer sus derechos”, siempre que el propio consumidor manifieste su voluntad siendo consciente del carácter no vinculante de la cláusula abusiva, otorgando así un consentimiento libre e informado a dicha cláusula (§25)²⁰. Por consiguiente, el consumidor puede elegir no hacer valer el sistema de protección previsto en la Directiva 93/13/CEE (§26)²¹, así como oponerse a su aplicación (§23)²². En todo

20 En concreto se declara que “de la jurisprudencia del TJ resulta que 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 (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de abril de 2016, C-381/14 y C-385/14, apartado 25)” (§25). Por su parte, el §27 declara que “incumbe al juez nacional tener en cuenta, en su caso, la voluntad expresada por el consumidor cuando, consciente del carácter no vinculante de una cláusula abusiva, manifiesta, no obstante, que es contrario a que se excluya, otorgando así un consentimiento libre e informado a dicha cláusula (véase, en este sentido, la sentencia de 21 de febrero de 2013, C-472/11, apartado 35)”.

21 En concreto se declara o siguiente: “En efecto, la Directiva 93/13 no llega hasta el extremo de hacer obligatorio el sistema de protección contra la utilización de cláusulas abusivas por los profesionales que ha instaurado en beneficio de los consumidores. Por consiguiente, cuando el consumidor prefiera no valerse de este sistema de protección, el mismo no se aplicará (sentencia de 3 de octubre de 2019, Dziubak, C-260/18, EU:C:2019:819, apartado 54)”.

22 Al respecto se argumenta que: “Así, debe considerarse, en principio, que una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido, de manera que no podrá tener efectos frente al consumidor (sentencia de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, EU:C:2016:980, apartado 61)”.

caso, el TJUE subraya que únicamente podrá entenderse que el consumidor ha prestado su consentimiento válido e informado a este respecto si “en el momento de la renuncia, el consumidor era consciente del carácter no vinculante de esa cláusula y de las consecuencias que ello conllevaba” (§29), y este extremo debe ser considerado por el juez nacional²³.

En atención a lo expuesto, el TJUE, pasando por alto la cuestión de si cabe entender que existe un consentimiento libre con relación a una renuncia supuestamente informada suficientemente pero inserta en una cláusula que no ha sido negociada individualmente²⁴, responde a la primera de las preguntas planteadas en el sentido de que “el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que una cláusula de un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, cuyo carácter abusivo puede ser declarado judicialmente, pueda ser objeto de un contrato de novación entre ese profesional y ese consumidor, mediante el cual este último renuncia a los efectos que pudieran derivarse de la declaración del carácter abusivo de esa cláusula, siempre que la renuncia proceda de un consentimiento libre e informado por parte del consumidor, extremo este que corresponde comprobar al juez nacional” (§30 y fallo)²⁵.

23 Sin duda, a los efectos de la comprensión de la fundamentación jurídica de la resolución es fundamental la declaración que se contiene en los §28 y §29, a cuyo tenor: “Por lo tanto, debe admitirse, de forma análoga y tal como observó fundamentalmente el Abogado General en los puntos 39 a 42 de sus conclusiones, que un consumidor pueda renunciar a hacer valer el carácter abusivo de una cláusula en el marco de un contrato de novación mediante el que esta renuncia a los efectos que conllevaría la declaración del carácter abusivo de tal cláusula, siempre y cuando la renuncia proceda de un consentimiento libre e informado (...) No obstante, tal como resulta de la jurisprudencia citada en el apartado 25 de la presente sentencia, la renuncia de un consumidor a hacer valer la nulidad de una cláusula abusiva únicamente puede ser tomada en consideración si, en el momento de la renuncia, el consumidor era consciente del carácter no vinculante de esa cláusula y de las consecuencias que ello conllevaba. Solo en este supuesto cabe considerar que la adhesión del consumidor a la novación de tal cláusula procede de un consentimiento libre e informado, dentro del respeto de los requisitos establecidos en el artículo 3 de la Directiva 93/13, extremo este que corresponde comprobar al juez nacional”.

24 Aspecto éste que, no obstante, sí que fue considerado por el Abogado General en sus Conclusiones, y respecto del que el mismo vino a declarar que “el juez debe comprobar, incluso de oficio, cuando se someta a su examen un contrato de este tipo, si la renuncia del consumidor a invocar el carácter abusivo de una cláusula determinada es fruto de un consentimiento libre e informado de este último o, por el contrario, trae causa de tal abuso de poder. Ello implica comprobar, en particular, si las cláusulas de ese contrato han sido negociadas individualmente o, por el contrario, impuestas por el profesional y, en este último caso, si se han cumplido los imperativos de transparencia, equilibrio y buena fe que se derivan de la Directiva 93/13” (apartado 54 de las Conclusiones del Abogado General). Y es que, como se ha anticipado, en sus Conclusiones publicadas el 30 de enero de 2020, el Abogado General, señor Henrik Saugmandsgaardoe entendió que dichos acuerdos son válidos, pero siempre que sean transparentes, y a tal efecto fijaba determinados criterios valorativos a los efectos de que los jueces nacionales pudieran apreciar la señalada transparencia, resultando en este sentido insuficiente el patrón de transparencia exigida por el Tribunal Supremo.

25 En definitiva, sin apartarse de las Conclusiones del Abogado General, en sus apartados 39 a 42, la STJUE dispone que el prestatario consumidor puede renunciar a las acciones dirigidas a la declaración de nulidad de una cláusula, si bien para que su renuncia resulte eficaz y no se contamine del efecto de la nulidad de la cláusula previamente convenida, es preciso que el adherente emita un consentimiento libre e informado con precisa referencia a la estipulación que contiene la renuncia, precisando a tal efecto que la emisión de la declaración de voluntad tendrá tal carácter siempre que el prestatario consumidor, al tiempo de la perfección del acuerdo novatorio, se encuentre inequívocamente informado acerca de los extremos siguientes: (i) el carácter no vinculante de la estipulación original (cláusula suelo inicialmente pactada), así

Sobre el aspecto que en esta primera pregunta se considera nuestro Alto Tribunal nada tenía declarado en su más reciente jurisprudencia. En efecto, la STS 11 abril 2018 en ninguno de sus pronunciamientos se expresa sobre este punto, aunque sí que se contiene una explicación al respecto en el voto particular emitido en dicha resolución por el magistrado Francisco Javier Orduña Moreno²⁶, en el que se defiende que de los artículos. 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE, así como del principio de efectividad recogido en la misma, y también del efecto no vinculante de la cláusula abusiva y del efecto disuasorio, cabe colegir que las cláusulas abusivas se rigen por su propio criterio de ineficacia, vinculante de manera ineludible para todos los Estados miembros, que en el caso de las estipulaciones tachadas de abusividad es la categoría de ineficacia contractual más severa de todas, esto es, la nulidad de pleno derecho o radical improductividad de efectos jurídicos, y que se proyecta, como a su naturaleza corresponde, en una perspectiva “temporal”, determinante de la imposibilidad de limitar en el tiempo las consecuencias de la nulidad, y también en una perspectiva “material”, de la que se deriva que la declaración de nulidad de la cláusula abusiva trae como consecuencia la ineficacia de los actos que encuentren causa directa en esa cláusula. En consecuencia, la declaración de nulidad (que lo es de pleno derecho) de la cláusula abusiva se proyecta asimismo sobre el pacto novatorio subsiguiente por el que se pretende atemperar la ineficacia inicialmente declarada, por el medio que sea²⁷. En definitiva, el voto particular revisado viene a concluir que la doctrina contenida en la resolución en la que se inserta resulta contraria tanto a la previsión contenida en el artículo 47.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, como a los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE, y también a los principios de efectividad de la Directiva²⁸, aunque no se plantea la disyuntiva que permitiría diferenciar el supuesto de que el segundo de los pactos haya sido individualmente negociado de aquel caso en que no lo fuera, tal y como en alguna de sus sentencias tiene declarado el TJUE y así, deducir que, incluso en la hipótesis de que la cláusula originaria fuera abusiva, posteriormente el prestatario consumidor puede emitir un consentimiento válido en orden a excluir la posibilidad de la declaración judicial de la nulidad, por abusiva, de la estipulación en cuestión²⁹.

como de (ii) las consecuencias que ello supone, en suma, la transcendencia de su desistimiento al ejercicio de las acciones de nulidad de la estipulación supuestamente abusiva.

26 Fundamento Jurídico. 3º, apartado 3.

27 Bien aminorando el tipo porcentual del suelo inicialmente concertado o bien exigiendo al prestatario consumidor su renuncia a las acciones para interesar la nulidad, además del reintegro de los intereses indebidamente abonados.

28 En suma, se contempla el efecto no vinculante de la cláusula abusiva y su efecto disuasorio, ya declarados en abundante jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo que conforma un consolidado cuerpo de doctrina, por otra parte, sobradamente conocida.

29 Vid., a este respecto, STJUE 21 febrero 2013, asunto C-472/11, en la que se declara que el juez nacional que detecte el posible carácter abusivo de una cláusula debe instar a las partes -predisponente y consumidor- a expresar sus alegaciones, atinentes a la valoración del carácter abusivo de la estipulación en cuestión, precisando que “esta posibilidad ofrecida al consumidor de expresar su opinión sobre este extremo obedece también a la obligación que incumbe al juez nacional... de tener en cuenta, en su caso, la voluntad manifestada por el consumidor cuando, consciente del carácter no vinculante de una cláusula abusiva,

A la segunda. Se plantea si las cláusulas del pacto novatorio o transaccional, en todo caso subsiguiente, pueden ser cláusulas predispuestas no negociadas individualmente, en definitiva, condiciones generales de la contratación.

Sobre este punto el Juzgado de Teruel plantea la segunda pregunta en los siguientes términos:

“2) Si los documentos que modifiquen o transaccionen cláusulas no negociadas susceptibles de no superar los controles de falta de abusividad y transparencia, pueden participar de la naturaleza de condiciones generales de la contratación a efectos de lo dispuesto en el artículo 3 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril, afectándoles las mismas causas de nulidad que los documentos originales novados o transigidos”.

La STJUE responde a esta cuestión en los §31 a §39.

Con precisa referencia a si el acuerdo, transaccional o novatorio, se encuentra sometido a los controles de transparencia y abusividad en el supuesto de no haber sido negociado individualmente si la expresión manuscrita no fuera indicio de negociación, el Tribunal de Luxemburgo arranca su razonamiento significando que el control de abusividad y, por tanto, el artículo 3.1 de la Directiva 93/13/CEE, únicamente resulta de aplicación a aquellas cláusulas contractuales no negociadas individualmente entre el empresario y el consumidor (§32). Para, posteriormente, precisar que debe entenderse que una cláusula no ha sido negociada individualmente cuando “el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, tal como sucede, en particular, en el caso de los contratos de adhesión” (§33)³⁰, ausencia de influencia que puede producirse en estos acuerdos novatorios (§34)³¹ y deberá ser comprobado por el juez nacional³². Y así, partiendo de las reglas

manifiesta, no obstante, que es contrario a que se excluya, otorgando así un consentimiento libre e informado a dicha cláusula” (§35). Y, en el mismo sentido, la STJUE de 14 de abril de 2016, asunto C-381/14, en la que se declara que, “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” (§25).

30 Concretamente, el TJUE declara que el artículo 3.2 de la Directiva 93/13/CEE establece que “se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente por el profesional y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, tal como sucede, en particular, en el caso de los contratos de adhesión. A este respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado que es una cláusula no negociada individualmente aquella que está redactada con vistas a una utilización generalizada (sentencia de 15 de enero de 2015, C-537/13, ap. 31)” (§33).

31 Específicamente se declara que “estos requisitos pueden también concurrir respecto de una cláusula que tiene por objeto modificar una cláusula potencialmente abusiva de un contrato anterior celebrado entre las mismas partes o determinar las consecuencias del carácter abusivo de esa otra cláusula” (§34), con lo que se viene a concluir que una cláusula puede ser no negociada (condición general) incluso en el supuesto de que a su través se pretenda alterar el contenido una estipulación predispuesta (no negociada) en pacto previo.

32 En efecto, es el juez nacional el encargado de precisar si las cláusulas del convenio privado merecen la consideración de cláusulas no negociadas individualmente (§35), resultando de necesaria consideración a

generales que expresa, el TJUE expone su consideración atinente al caso que se le somete a su valoración, señalando que la circunstancia de que la celebración del contrato de novación al que se refiere al litigio principal se enmarque dentro de la política general de renegociación de los contratos de préstamo hipotecario de tipo variable que incluían una cláusula suelo, iniciada por Ibercaja Banco a raíz de la Sentencia 241/2013 del Tribunal Supremo, de 9 de mayo de 2013, podría constituir un indicio de que el consumidor no pudo influir en el contenido de la nueva cláusula suelo (§36)³³, pudiendo resultar, además, señal inequívoca de que el consumidor no pudo influir en el pacto el hecho, alegado, de que la entidad no facilitara al consumidor una copia del contrato ni le permitiera llevárselo consigo (§37)³⁴. Y lleva su razonamiento más allá, al refutar que la expresión manuscrita comportara necesariamente que el consumidor hubiera podido influir o hubiera influido en su contenido, declarando que “la circunstancia de que [el consumidor] introdujera antes de su firma en el contrato de novación la mención, escrita de su puño y letra, en la que indicaba que comprendía el mecanismo de la cláusula «suelo» no permite por sí sola concluir que esa cláusula fue negociada individualmente y que el consumidor pudo efectivamente influir en el contenido de la misma” (§38)³⁵.

tales efectos “el conjunto de las circunstancias en las que tal cláusula fue presentada al consumidor”.

- 33 Expresamente se declara que: “En el presente caso, la circunstancia de que la celebración del contrato de novación al que se refiere al litigio principal se enmarque dentro de la política general de renegociación de los contratos de préstamo hipotecario de tipo variable que incluían una cláusula «suelo», iniciada por Ibercaja Banco a raíz de la sentencia 241/2013 del Tribunal Supremo, de 9 de mayo de 2013, podría constituir un indicio de que XZ no pudo influir en el contenido de la nueva cláusula «suelo”.
- 34 En suma, el Tribunal de Luxemburgo, valora la concurrencia de dos manifestaciones de que el prestatario “no pudo influir en el contenido de la nueva cláusula suelo”. A saber:
1°. “La circunstancia de que la celebración del contrato de novación al que se refiere al litigio principal se enmarque dentro de la política general de renegociación de los contratos de préstamo hipotecario de tipo variable que incluían una cláusula «suelo», iniciada por Ibercaja Banco a raíz de la sentencia 241/2013 del Tribunal Supremo, de 9 de mayo de 2013, podría constituir un indicio de que XZ no pudo influir en el contenido de la nueva cláusula «suelo» (apartado 35)” (§36).
Y 2°. “Lo mismo cabe decir respecto del hecho de que, según indica el juzgado remitente, la entidad bancaria no facilitara a XZ una copia del contrato y tampoco le permitió que se lo llevara consigo para que pudiera tener conocimiento del mismo” (§37).
- 35 Con precisa referencia a la nota manuscrita del prestatario, sin duda, lo esencial es si esa cláusula manuscrita de puño y letra por el consumidor puede ser catalogada como cláusula no negociada individualmente. Al respecto, y a pesar de que en su cuestión el Juzgado de Teruel no se refiere expresamente a esta cláusula, el Tribunal de Luxemburgo se refiere a la misma en el §38, declarando que “en cualquier caso, la circunstancia de que XZ introdujera antes de su firma en el contrato de novación la mención, escrita de su puño y letra, en la que indicaba que comprendía el mecanismo de la cláusula «suelo» no permite por sí sola concluir que esa cláusula fue negociada individualmente y que el consumidor pudo efectivamente influir en el contenido de la misma”. Conclusión a todas luces razonable, toda vez que la circunstancia de que la cláusula conste redactada a mano por el prestatario no determina que la estipulación haya sido negociada individualmente con el consumidor, por consiguiente, no sometida al ámbito aplicativo de la Directiva 93/13/CEE, a salvo la comprobación de que la estipulación respeta los requisitos establecidos en el artículo 3.2 de la Directiva 93/13/CEE, a cuyo tenor:
“Se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión.
El hecho de que ciertos elementos de una cláusula, o que una cláusula aislada, se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación del presente artículo al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata, no obstante, de un contrato de adhesión.
El profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba”.

Partiendo de la argumentación previa el TJUE viene a dar respuesta a la segunda pregunta planteada en el sentido de que “cabe considerar que la propia cláusula de un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, con el fin de modificar una cláusula potencialmente abusiva de un contrato anterior celebrado entre ambos o de determinar las consecuencias del carácter abusivo de la misma, no ha sido negociada individualmente y puede, en su caso, ser declarada abusiva” ((§39 y fallo).

A la cuarta. Se cuestiona sobre el control de transparencia material de la nueva cláusula suelo incluida en el acuerdo posterior.

El Tribunal de Luxemburgo responde a esta pregunta en los §40 a §56.

Respecto a si el acuerdo novatorio por el que se dispone el tipo porcentual del nuevo suelo debe superar los controles de transparencia y de abusividad, lo que podría tener lugar de haberse informado al prestatario acerca de los tipos previos del índice de referencia, dato a través del cual un consumidor medio podría conocer las posibilidades de que la cláusula suelo le impidiera beneficiarse de las bajadas del índice, sin que, por el contrario, resulte necesario informar acerca de las cantidades a devolver ya que las mismas serían susceptibles de tales cálculos de tomar conocimiento de esos datos, el TJUE considera, en principio, que las cláusulas del acuerdo novatorio no negociado individualmente, como las de cualquier otro contrato cuyas cláusulas no hubieran sido negociadas individualmente, deben, en primer término, superar el control de transparencia, tanto si se trata de cláusulas relativas al objeto del contrato³⁶ -art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE- como si son estipulaciones accesorias -art. 5 de la Directiva 93/13/CEE. (§43 y §44)³⁷. Y el señalado control de transparencia exige: (i) que la cláusula contractual conste redactada de manera clara y comprensible; (ii) que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere, así como, en su caso, la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas, de manera que el consumidor esté en condiciones de valorar,

36 Como lo es la estipulación de la que se trata que, en consecuencia, debe superar el control de transparencia material a los efectos de que pueda concluirse su validez, para lo cual, según reiterada doctrina del Tribunal de Luxemburgo, con carácter previo a la perfección del contrato, el prestatario consumidor debe recibir la información precisa para poder valorar, razonablemente, las consecuencias jurídicas y económicas de la concreta cláusula. En definitiva, el punto concreto a aclarar es el de la específica información debe proporcionar el predisponente para poder superar el control de transparencia material. Sobre este particular, la jurisprudencia del TJUE -Cfr., por todas, SSTJUE 21 marzo 2013 (asunto C-92/11), 20 de septiembre de 2017 (asunto C-186/16) y 9 julio 2015 (asunto C-348/14))- tiene declarado que, para determinar esa concreta información, se debe atender a al específico escenario en el que se plantea el supuesto, a la naturaleza de los bienes o servicios contratados y al contenido de la estipulación supeditada al control de transparencia.

37 En definitiva, el TJUE considera que el control de transparencia “debe interpretarse de manera extensiva” (§44) y demanda “que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula de que se trate, así como, en su caso, la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas, de manera que el consumidor esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él (sentencia de 20 de septiembre de 2017, Andriuciu y otros, C-186/16, EU:C:2017:703, apartado 45)” (§ 45).

basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él (§45); y (iii) que se hubieran comunicado al consumidor todos los elementos que pudieran incidir en el alcance del compromiso del consumidor, permitiéndole evaluar, en particular, el coste total de su préstamo (§46), antes de la celebración del contrato (§47)³⁸. Por tanto, el juez nacional debe tomar en consideración, al evaluar la transparencia, todo lo anterior, así como “la falta de mención en el contrato de préstamo de la información que se considere esencial a la vista de la naturaleza de los bienes o de los servicios que son objeto de dicho contrato” (§46 in fine)³⁹.

Posteriormente, el Tribunal Europeo considera que debe analizarse si la cláusula es abusiva, es decir, si supone un desequilibrio entre las partes que únicamente se manifiesta mientras se ejecuta el contrato (§48)⁴⁰, control que parece equipararse al de transparencia, de manera que la falta de transparencia comporta por sí mismo la abusividad de la cláusula, al afirmar que “en consecuencia, debe apreciarse si el profesional ha observado la exigencia de transparencia contemplada en el artículo 4, apartado 2, y en el artículo 5 de la Directiva 93/13 tomando como referencia los elementos de que disponía en la fecha en que celebró el contrato con el consumidor” (§49). Y, después de la antedicha aseveración, el TJUE verifica una revisión de la concreta información que debía haberse proporcionado al consumidor a los efectos de concluir que las cláusulas del acuerdo novatorio superaban el control de transparencia⁴¹. A este respecto, señala que no puede exigirse al profesional que informe del importe exacto a abonar, ni de las consecuencias económicas asociadas a las variaciones del tipo de interés durante la vigencia del contrato, pues dependen de acontecimientos futuros no previsibles y ajenos a la voluntad del profesional, ni, así, del impacto

38 Expresamente se declara que el consumidor “tiene que disponer, antes de la celebración del contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración” (§47), aunque no se concrete cuál sea la señalada información que debe proporcionarle el predisponente.

39 En efecto, con precisa referencia a los contratos de préstamo hipotecario, el TJUE declara que, para ver si se cumple la transparencia, hay que atender a la publicidad y a la información proporcionada por el prestamista, precisando que “incumbe al juez nacional (...) verificar que se hubieran comunicado al consumidor todos los elementos que pueden incidir en el alcance de su compromiso, permitiéndole evaluar, en particular, el coste total de su préstamo. Desempeñan un papel decisivo en tal apreciación, por una parte, la cuestión de si las cláusulas están redactadas de forma clara y comprensible, de manera que permitan a un consumidor medio evaluar tal coste y, por otra parte, la falta de mención en el contrato de préstamo de la información que se considere esencial a la vista de la naturaleza de los bienes o de los servicios que son objeto de dicho contrato” (§46). De manera que al predisponente le incumbe el deber de comunicar al consumidor “todos los elementos que puedan incidir en el alcance de su compromiso”, aunque no llega a precisarse cuáles sean. Y asimismo se exige que en el contrato se ofrezca “la información que se considere esencial”, aunque tampoco se especifique qué deba entenderse por “información esencial” a tales efectos.

40 Específicamente, el TJUE declara que “la apreciación del carácter abusivo de una cláusula contractual debe realizarse en relación con el momento de la celebración del contrato en cuestión, teniendo en cuenta el conjunto de las circunstancias que el profesional podía conocer en ese momento y que podían influir en la ulterior ejecución del contrato” (§48), lo que presupone el conocimiento de los elementos y circunstancias que el prestamista razonablemente podía conocer al tiempo de la contratación, pues sólo sobre esos datos puede recaer el deber de información que le incumbe.

41 Respecto a la cláusula suelo entiende el TJUE que “debe situarse al correspondiente consumidor en condiciones de comprender las consecuencias económicas que se derivan para él de tal cláusula” (§51).

exacto de la aplicación de una cláusula suelo sobre tales cuotas (§52)⁴². Por el contrario, sí que integra un “elemento especialmente pertinente” la información “sobre la evolución en el pasado del índice en que se basa el cálculo del tipo aplicable constituye un elemento especialmente pertinente” (§53)⁴³, toda vez que la misma permitiría al prestatario consumidor darse cuenta de la eventualidad de que no iba a poder beneficiarse de las bajadas del tipo de interés inferior al tipo “suelo” que se le propone (§54). En cuanto a la exigencia de informar acerca de las cantidades a las que el prestatario renunciaba, como elemento a valorar a los efectos de verificar el control de transparencia del acuerdo, el Tribunal de Luxemburgo declara que: “Por lo que se refiere a las cantidades a las que el consumidor renunciaría aceptando una nueva cláusula «suelo», coincidentes con la diferencia entre las sumas satisfechas por el consumidor en aplicación de la cláusula «suelo» inicial y las que hubieran debido abonarse en ausencia de cláusula «suelo», debe señalarse que, en principio, esas cantidades pueden calcularse fácilmente por un consumidor medio normalmente informado y razonablemente perspicaz, siempre que el profesional –en este caso, la entidad bancaria, que reúne los conocimientos técnicos y la información necesarios a este respecto– haya puesto a su disposición todos los datos necesarios. s” (§55)⁴⁴.

En atención a lo indicado el TJUE ofrece respuesta a la pregunta planteada en el sentido de que “la exigencia de transparencia que tales disposiciones imponen a un profesional implica que, cuando este celebra con un consumidor un contrato de préstamo hipotecario de tipo de interés variable y que establece una cláusula «suelo», deba situarse al consumidor en condiciones de comprender las consecuencias económicas que para él se derivan del mecanismo establecido por medio de la referida cláusula «suelo», en particular mediante la puesta a disposición de información relativa a la evolución pasada del índice a partir del cual se calcula el tipo de interés” (§56 y fallo)⁴⁵.

42 Específicamente se declara que: “No obstante, en el caso de una cláusula que consiste en limitar la fluctuación a la baja de un tipo de interés variable calculado a partir de un índice, resulta evidente que el valor exacto de ese tipo variable no puede fijarse en un contrato de préstamo para toda su duración. Así pues, no cabe exigir a un profesional que facilite información precisa acerca de las consecuencias económicas asociadas a las variaciones del tipo de interés durante la vigencia del contrato, ya que esas variaciones dependen de acontecimientos futuros no previsibles y ajenos a la voluntad del profesional. En particular, la aplicación de un tipo de interés variable conlleva, a lo largo del tiempo, por su propia naturaleza, una fluctuación de los importes de las cuotas futuras, de forma que el profesional no está en condiciones de precisar el impacto exacto de la aplicación de una cláusula «suelo» sobre tales cuotas”.

43 En este sentido se declara que ha de darse al prestatario “información sobre la evolución en el pasado del índice en que se basa el cálculo del tipo aplicable”, con cita de la STJUE de 3 de marzo de 2020 (§53).

44 De esta declaración parece deducirse el deber impuesto al prestamista de proporcionar “todos” los elementos de información que al prestatario le resulten precisos para que el consumidor pueda calcular “fácilmente” el importe correspondiente a los intereses remuneratorios indebidamente pagados por éste, toda vez que para el prestatario es prácticamente imposible obtener por sí dicho resultado relativo a la cantidad que debería haber pagado de no operar la cláusula suelo, ya que para alcanzar ese dato se requiere poner en práctica, previo su conocimiento, complicados procedimientos de naturaleza financiera que no están al alcance de un cliente o inversor medio.

45 Sorprende, en este punto, que el TJUE no se refiera expresamente a la necesidad de proporcionar al prestatario consumidor acerca del preciso montante al que ascienden los intereses pagados indebidamente

Con precisa referencia al pacto novatorio relativo a una cláusula suelo y en relación a la específica información que el prestamista debe proporcionar al prestatario consumidor a los efectos de superar el control de transparencia material, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 11 de abril de 2018 vino a declarar que “por el modo predispuesto en que se ha propuesto y aceptado la transacción es preciso comprobar, también de oficio, que se hayan cumplido las exigencias de transparencia en la transacción. Esto es, que los clientes consumidores, tal y como les fue presentada la transacción, estaban en condiciones de conocer las consecuencias económicas y jurídicas de su aceptación: que se reducía el límite mínimo del interés al 2,25% y que no se discutiría la validez de las cláusulas suelo contenidas en el contrato originario. El cumplimiento de estos deberes de transparencia en este caso viene acreditado porque, 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 transparencia, los clientes aceptan la propuesta del banco de impedir futuras controversias judiciales al respecto mediante la reducción del suelo al 2,25%⁴⁶. Es decir, que para que el convenio novatorio supere el control de transparencia es preciso que el consumidor tenga conocimiento acerca de “las consecuencias económicas y jurídicas” que se derivan del mismo⁴⁷. Y, por cuanto se refiere al voto particular emitido, el magistrado Francisco Javier Orduña, en el mismo se considera que para poder concluir que la nueva cláusula pactada supera el control de transparencia, el consumidor debería de haber sido informado acerca de esa potencial litigiosidad que albergaba la cláusula suelo, esto es, de la posible nulidad de la cláusula, por no superar el filtro de la transparencia material, y también sobre la posibilidad de reclamar a la entidad financiera el reintegro de los intereses pagados indebidamente por la aplicación de la referida cláusula suelo⁴⁸.

por aplicación de la cláusula suelo inicialmente concertada, aunque la señalada omisión podría subsanarse vinculando el párrafo en cuestión con su precedente, ya transcrito en el texto.

46 Fundamento Jurídico 3º, apartado 8.

47 En concreto, a criterio del Alto Tribunal, estas consecuencias se concretan en los aspectos siguientes: (i) que se reduce la cláusula suelo al 2'25%; (ii) que no se discutirá en el futuro la validez de la cláusula suelo contenida en el contrato original; (iii) que el préstamo original tenía una cláusula suelo; (iv) que ello incidía en el tipo de interés variable aplicable al préstamo; (v) y que esa cláusula suelo podía ser nula por falta de transparencia. En el supuesto enjuiciado, el Tribunal Supremo consideró que el consumidor tenía conocimiento de todos los aspectos expresados, de lo que dedujo que el pacto analizado era válido.

48 Fundamento Jurídico 2º, apartado 4. En el mismo sentido, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Teruel también entiende que la solución alcanzada por la STS 205/2018 colisiona con el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, ya que de la tantas veces referida norma se infiere que el prestatario consumidor, antes de concluir el acuerdo novatorio, debería conocer algunas circunstancias más de las exigidas por el Tribunal Supremo, razón por la que sobre este aspecto plantea la pregunta (4ª) de “si analizando el contrato de novación modificativa al amparo de la Jurisprudencia del TJUE y de los artículos 3.1 y 4.2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril, la nueva cláusula suelo incluida adolece nuevamente de falta de transparencia, al volver el banco a incumplir los criterios de transparencia por el mismo fijados en la STS de 9 de mayo de 2013 y no informar al cliente del verdadero coste económico de dicha cláusula en su hipoteca, de manera que pudiera conocer el tipo de interés (y la cuota resultante) que tendría que pagar en el caso de aplicarse la nueva cláusula suelo y el tipo de interés (y la cuota resultante) que tendría que pagar

A la tercera y quinta. Se pregunta acerca del control de transparencia material de la cláusula de renuncia incluida en el acuerdo posterior y sobre el control de contenido de la cláusula de renuncia.

El Tribunal de Luxemburgo responde conjuntamente a las preguntas tercera y quinta del Juzgado de Teruel, pues ambas se refieren a la cláusula de renuncia al ejercicio de acciones contra el prestamista. Como quedó indicado, la primera de ellas alude a si esta cláusula supera el control de transparencia material, en tanto que la otra se refiere al control de contenido, o posible abusividad, de esta misma cláusula. En suma, con referencia a si la renuncia al ejercicio de acciones que ya podían ejercitarse no es abusiva en sí misma, el TJUE resuelve las preguntas tercera y quinta de manera conjunta, por ser coincidentes en la cuestión de fondo que plantean y que, como ya he indicado, se refiere a si la renuncia al ejercicio de acciones contenida en el contrato de novación debía reputarse abusiva de acuerdo con la previsión contenida en el punto 1 letra q) del Anexo de la Directiva 93/13/CEE.

La Sentencia analizada responde, de manera conjunta, como se ha indicado, a las cuestiones sobre la cláusula de renuncia en los §57 a §77. Inicialmente, los §59 a §61 trasladan a la resolución el contenido del artículo 4.2 de la Directiva, subrayando la imperiosidad de que las estipulaciones que versan sobre el objeto principal del contrato consten redactadas de manera clara y comprensible, para señalar; posteriormente, que compete al juez nacional determinar si, atendidas las circunstancias del supuesto concreto, se respetan los deberes de información que exige el control de la transparencia material, resultando que el Tribunal Europeo es competente para establecer los criterios que el juez nacional puede o no aplicar a los efectos de la señalada valoración (§62)⁴⁹.

Con precisa referencia a la tacha de abusividad que pudiera afectar a la cláusula de renuncia al ejercicio de acciones, el Juzgado de Teruel plantea su pregunta en los términos siguientes: “5) Si el clausulado de acciones incluidas en las condiciones generales de contratación del contrato de novación modificativa puede considerarse una cláusula abusiva por su contenido en el marco del artículo 3.1, en relación con el anexo de cláusulas abusivas y, en concreto, con el apartado

en el caso de no aplicarse ninguna cláusula suelo y se aplicase el tipo de interés pactado en el préstamo hipotecario sin limitación a la baja. Eso es, si al imponer el documento denominado como de novación sobre las “cláusulas suelo”, la entidad financiera debiera haber cumplido los controles de transparencia reseñados en los artículos 3. 1 y 4. 2 de la Directiva 93/13/CEE e informar al consumidor sobre el importe de las cuantías en las que había sido perjudicado por la aplicación de las “cláusulas suelo” así como el interés a aplicar en caso de no existir dichas cláusulas y, si al no haberlo hecho, estos documentos también adolecen de causa de nulidad”.

49 En concreto se señala que: “Incumbe al juez nacional determinar si, dadas las circunstancias propias del caso concreto, una cláusula cumple las exigencias de buena fe, equilibrio y transparencia. Sin embargo, el Tribunal de Justicia es competente para deducir de las disposiciones de la Directiva 93/13 los criterios que el juez nacional puede o debe aplicar al efectuar tal apreciación (sentencia de 28 de julio de 2016, Verein für Konsumenteninformation, C-191/15, EU:C:2016:612, apartado 65)”.

q) de ese anexo («serán cláusulas abusivas, aquellas que tengan por objeto suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recurso por parte del consumidor»), dado que limitan el derecho de los consumidores al ejercicio de derechos que pueden nacer o revelarse después de la firma del contrato, como ocurrió con la posibilidad de reclamar la devolución íntegra de los intereses pagados (al amparo de la Sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016)".

Así, a los efectos de dar respuesta a esta materia planteada, el Tribunal de Luxemburgo comienza diferenciando entre (i) la renuncia al ejercicio de cualquier acción futura y (ii) la renuncia mutua al ejercicio de acciones en el contexto de un pacto cuya finalidad sea resolver una controversia entre las partes (§67)⁵⁰. En este último sentido apuntado se entiende que la cláusula de renuncia puede constituir un elemento esencial del contrato⁵¹, de tal manera que la indicada circunstancia impediría su sometimiento al control de abusividad, en el supuesto de que la incorporación se hubiera producido de forma transparente (§68)⁵². Y a este respecto se declara que "la apreciación del carácter abusivo de una cláusula de un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor debe realizarse en relación con el momento de la celebración de ese contrato, teniendo en cuenta el conjunto de las circunstancias que el profesional podía conocer en ese momento y que podían influir en la ulterior ejecución del contrato, ya que una cláusula contractual puede entrañar un desequilibrio entre las partes que únicamente se manifieste mientras se ejecuta el contrato" (§70)⁵³.

50 En este sentido, el TJUE declara que: "Asimismo, tal como señaló el Abogado General en los puntos 70 a 73 de sus conclusiones, es preciso distinguir la renuncia a ejercitar acciones judiciales cuando se pacta en el marco de un acuerdo, como una transacción, cuyo objeto es propiamente la solución de una controversia existente entre un profesional y un consumidor, de la renuncia previa al ejercicio de cualquier acción judicial incluida en un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional y a la que se refieren los apartados 75 y 76 de la presente sentencia" (§67). Los §75 y §76 expresan que la renuncia previa a ejercitar una acción judicial, que se pacta en el propio contrato celebrado entre empresario y consumidor, es siempre nula, al no resistir el control de contenido, toda vez que, por su naturaleza, siempre va a generar un desequilibrio importante entre las partes (punto I, letra q) del Anexo de la Directiva 93/13/CEE). Diversamente, la renuncia al ejercicio de un derecho puede ser válida, en función de que se acredite la concurrencia de un consentimiento libre e informado.

51 *Cfr.* art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE.

52 Así, el TJUE declara que: "Una cláusula que contemple una renuncia mutua al ejercicio de cualquier acción judicial en el marco de un acuerdo que tenga por objeto la solución de una controversia surgida entre un profesional y un consumidor acerca de la validez de la cláusula de un contrato que vincula a estas dos partes puede constituir el objeto principal del acuerdo en el sentido del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 y, en consecuencia, quedar sustraída de la apreciación de su posible carácter abusivo, siempre que esté redactada de manera clara y comprensible, siendo el juez nacional quien debe llevar a cabo tal examen" (§68).

53 Por su parte, el §69 considera las circunstancias que, según el órgano que eleva la cuestión prejudicial, el prestatario consumidor debería conocer imperativamente a los efectos de que la estipulación que contiene la renuncia resulte transparente, señalando a tal efecto que "el juzgado remitente considera que XZ no obtuvo información suficiente acerca del carácter abusivo de la cláusula «suelo» inicial y de las cantidades a cuyo reembolso hubiera tenido derecho por tratarse de sumas indebidamente satisfechas en virtud de esa cláusula", aunque omitiendo la referencia, también expresada como necesaria por el órgano judicial remitente cual es la necesidad de informar acerca de los derechos a los que renuncia, en definitiva, al ejercicio de las acciones judiciales dirigidas a interesar la declaración de la cláusula y el reintegro de los intereses indebidamente abonados por el prestatario.

Así las cosas, y toda vez que, en el supuesto de hecho, el contrato novatorio se suscribió en el año de 2014, siendo precisamente mediante la STJUE de 21 de diciembre de 2016⁵⁴ cuando el Tribunal de Luxemburgo declaró el derecho del prestatario consumidor a la restitución retroactiva de las cantidades previamente desembolsadas, en la resolución que ahora reviso el TJUE declara que (i) “la circunstancia de que la cláusula fuera nula] no se trata de un hecho que constara con certeza, ya que tal carácter abusivo no había sido reconocido por ambas partes del contrato en el marco de un procedimiento judicial” (§72); y (ii) “la situación jurídica en el momento de la celebración del contrato de novación no parecía permitir que Ibercaja Banco supiera que la existencia de una cláusula «suelo» abusiva justificaba la devolución íntegra de las cantidades indebidamente satisfechas en virtud de esa cláusula” (§73). En definitiva, se considera que el profesional no disponía de una información que lo ubicara, al tiempo del contrato novatorio, en posición de privilegio respecto del prestatario consumidor, toda vez que, en el momento del pacto, la cláusula en cuestión no había sido declarada abusiva ni tampoco constaba reconocido el derecho a la devolución retroactiva de las cantidades. Desde la anterior consideración no cabría, pues, calificar de abusiva la actuación de la entidad financiera.

En todo caso, y a los efectos de ponderar el carácter abusivo del pacto por el cual el prestatario consumidor asume la renuncia al ejercicio de las acciones, se deja claro que el juez nacional deberá tomar en consideración: (i) el nivel de certidumbre que existía en el momento de la celebración del contrato de novación en lo referente al carácter abusivo de la cláusula suelo inicial para así determinar el alcance de la información que Ibercaja Banco debía proporcionar al consumidor en virtud de la exigencia de transparencia que le incumbía cuando presentó la cláusula de renuncia a ejercitar acciones judiciales; y (ii) si el consumidor estaba en condiciones de comprender las consecuencias jurídicas que se derivaban para él de tal cláusula (§74)⁵⁵. Por el contrario, el consumidor no puede renunciar con

54 Contra el criterio expresado por nuestro Tribunal Supremo en su Sentencia de 9 de mayo de 2013.

55 Así, la argumentación se cierra declarando que: “En estas circunstancias, corresponde al juzgado remitente apreciar, en primer término, el nivel de certidumbre que existía en el momento de la celebración del contrato de novación en lo referente al carácter abusivo de la cláusula «suelo» inicial para así determinar el alcance de la información que Ibercaja Banco debía proporcionar a XZ en virtud de la exigencia de transparencia que le incumbía cuando presentó la cláusula de renuncia a ejercitar acciones judiciales y, en segundo término, si XZ estaba en condiciones de comprender las consecuencias jurídicas que se derivaban para ella de tal cláusula” (§74). En definitiva, se concluye que incumbe al juez nacional la indagación acerca del nivel de certidumbre concurrente al tiempo de la celebración del contrato, en el año 2014, sobre el carácter abusivo de la cláusula suelo originaria, a los efectos de concretar la específica información que la entidad financiera debió proporcionar al consumidor, averiguando también si el prestatario consumidor reunía las condiciones adecuadas para entender la proyección jurídica del pacto de renuncia. Ciertamente, la respuesta del TJUE deja mucho que desear pues no da solución a la cuestión planteada por el órgano remitente que expresamente le preguntaba si el consumidor debía haber tomado conocimiento sobre los derechos a los que renunciaba mediante la cláusula y también acerca de la cuantificación económica que le iba a suponer su renuncia al ejercicio de las acciones tendentes a declarar la nulidad de la cláusula suelo.

carácter previo al sistema de protección conferido por la Directiva 93/13/CEE (§75 y §76)⁵⁶.

Sentado cuanto antecede, el Tribunal de Luxemburgo da la siguiente respuesta, conjunta, a las preguntas tercera y quinta de las planteadas por el Juzgado de Primera Instancia a Instrucción nº 3 de los de Teruel en su cuestión prejudicial, declarando al respecto que “(i) la cláusula estipulada en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor para la solución de una controversia existente, mediante la que el consumidor renuncia a hacer valer ante el juez nacional las pretensiones que hubiera podido hacer valer en ausencia de esta cláusula, puede ser calificada como «abusiva» cuando, en particular, el consumidor no haya podido disponer de la información pertinente que le hubiera permitido comprender las consecuencias jurídicas que se derivaban para él de tal cláusula; (ii) la cláusula mediante la que el mismo consumidor renuncia, en lo referente a controversias futuras, a las acciones judiciales basadas en los derechos que le reconoce la Directiva 93/13 no vincula al consumidor” (§77 y fallo)⁵⁷. Así, el TJUE viene a declarar que mediante el acuerdo novatorio el prestatario consumidor no puede renunciar a los derechos que de ese mismo pacto surgen, y específicamente no se puede renunciar a combatir la validez de la nueva cláusula suelo, aunque la pregunta concreta del órgano proponente sobre la cual se le pide respuesta no sea la correspondiente a esa respuesta sino la relativa a si la cláusula de renuncia al ejercicio de un derecho existente al tiempo de la perfección del pacto novatorio supera el control de contenido, esto es, si la referida estipulación padece tacha de abusividad.

Conviene considerar que para el Tribunal Supremo la cláusula de renuncia es transparente si se acredita que el prestatario consumidor tiene un conocimiento

56 Literalmente, los §75 y §76 declaran lo siguiente: “Por lo que se refiere, en segundo lugar, a la renuncia de las partes del litigio principal a hacer valer ante los tribunales nacionales sus pretensiones relativas a la nueva cláusula «suelo», es preciso destacar que, tal como el Abogado General señaló en los puntos 43 y 44 de sus conclusiones, un consumidor no puede comprometerse válidamente a renunciar para el futuro a la tutela judicial y a los derechos que le confiere la Directiva 93/13. En efecto, por definición el consumidor no puede comprender las consecuencias de su adhesión a una cláusula de esa naturaleza por lo que se refiere a las controversias que puedan surgir en el futuro (...) Debe recordarse a este respecto que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, con arreglo al cual los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus Derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre este y un profesional, tiene carácter imperativo (véase, en este sentido, la sentencia de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, EU:C:2016:980, apartado 55). Pues bien, admitir la posibilidad de que el consumidor renuncie previamente a los derechos que le confiere el sistema de protección establecido por dicha Directiva sería contrario al carácter imperativo del citado precepto y pondría en peligro la eficacia de este sistema”.

57 Realmente el TJUE, con la trascrita solución, no da respuesta precisa a las cuestiones concretas que el órgano judicial remitente le plantea en la pregunta tercera pues, respecto a si el prestamista debe informar al prestatario sobre lo que se renuncia, únicamente indica que se le debe informar acerca de las “consecuencias jurídicas” que se siguen del pacto de renuncia en tanto que, con precisa referencia a si el predisponente debe informar sobre el montante exacto que cuantifica la renuncia del prestatario consumidor, nada expresa en este apartado, aunque sí lo haga en el §55, aunque sólo para precisar la exigencia de que se informe al prestatario consumidor acerca de las cantidades que ha desembolsado en concepto de amortización del préstamo -en las que se incluyen las derivadas de la aplicación de la cláusula suelo-, así como del importe que hubiera tenido que pagar de no haberse aplicado la referida estipulación.

inequívoco de que, a consecuencia de dicha estipulación, se verá impedido para ejercitar cualquier acción dirigida a obtener la declaración de abusividad de la cláusula suelo incluida en el contrato original, resultando suficiente a tal efecto, para que la cláusula se considere válida, que el consumidor tome conocimiento de esta circunstancia⁵⁸.

V. INCIDENCIA DE LA DOCTRINA DEL TJUE SOBRE EL CRITERIO DEL TS.

Revisada la STJUE 9 julio 2020, cabría concluir que el Tribunal de Luxemburgo nuevamente traslada a los órganos judiciales nacionales el enjuiciamiento específico de la categoría de supuestos considerados, si bien concede algún fundamento que pudiera auspiciar perspectivas favorables para los consumidores, y tal vez, aunque desde una perspectiva diferente, también para las entidades financieras.

En todo caso, de la doctrina expuesta por el Tribunal Europeo cabe deducir la posibilidad de renunciar al ejercicio de las acciones dirigidas a reclamar judicialmente los importes desembolsados con fundamento en la cláusula suelo concertada al tiempo de la perfección del primigenio contrato, si es que la renuncia resultó expresada desde el conocimiento por parte del consumidor de sus reales consecuencias económicas y jurídicas, circunstancia variable en función de, entre otras circunstancias, el momento en el que resultó concertada y de la información proporcionada por la entidad financiera. Asimismo, por otra parte, debe descartarse la renuncia a futuro respecto de las acciones que se derivan del contenido del pacto novatorio, lo que implica que la incorporación de una cláusula abusiva en dicho acuerdo, resulte determinante de que la renuncia ejercitada en cuanto a las posibles acciones relacionadas con dicha estipulación y con el propio contrato deba ser reputada nula.

Sin perjuicio de lo expuesto, habrá que esperar a que nuestro Tribunal Supremo se pronuncie sobre la materia, si bien actualmente entiendo que es

58 En este sentido, conviene recordar que la doctrina sentada en la STS 11 abril 2018, conduce a concluir que para que las cláusulas del pacto novatorio (transaccional) se reputen válidas, el prestatario consumidor debe conocer, antes de su perfección, las consecuencias económicas y jurídicas del mismo, lo que se traduce, en el caso concreto, en que el prestatario debe tomar conocimiento de las siguientes circunstancias: (i) rebaja del suelo al 2'25%; (ii) imposibilidad de debatir judicialmente en el futuro la validez de la cláusula suelo contenida en el contrato original; (iii) realidad de que el préstamo original tenía una cláusula suelo; (iv) incidencia del suelo en el tipo de interés variable aplicable al préstamo; y (v) posible nulidad de esa cláusula suelo por falta de transparencia. Debe precisarse que de entre las referencias precedentes sólo resulta específicamente atinente a la cláusula de renuncia la relativa a la imposibilidad de debatir judicialmente en el futuro la validez de la cláusula suelo contenida en el contrato original, pues las demás se vinculan con la nueva cláusula relativa a los intereses remuneratorios. Por su parte, el voto particular contenido en la STS 11 abril 2018 argumenta precisamente lo contrario, al considerar que la entidad financiera incumplió con el deber de transparencia y, en consecuencia, el pacto novatorio debe concluirse nulo. A tal efecto se expresa que *"la cláusula de renuncia de acciones se le presenta al consumidor de un «modo inocuo», sin ninguna suerte de carga económica o sacrificio patrimonial por su parte, ni de carga jurídica en detrimento de los derechos inherentes a su condición de consumidor"* (Cfr. F.Jco 2º, ap. 4). Posición ésta segunda que se presenta como más razonablemente defendible por ser acorde con el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE que exige que, con carácter previo a la contratación, el prestatario tome conocimiento de los efectos jurídicos y económicos de la cláusula de renuncia, exigencia, no obstante, no contemplada por la STS 11 abril 2018.

posible afirmar que con esta resolución el TJUE sólo aparentemente ha vuelto a rectificar a nuestro Alto Tribunal, dejando, en todo caso, abierto el final de esta historia.

En efecto, como quedó explicado, la doctrina consolidada por la última jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS 11 abril 2018 y 13 septiembre 2018) enderezó la previamente expuesta en la Sentencia de 16 octubre 2017, por la que se disponía que, por aplicación de la disposición contenida en el artículo 1208 del Código Civil, al contrato novatorio sobre la cláusula suelo le alcanzaba la previamente declarada nulidad de la cláusula original, concluyendo la validez de estas convenciones, a las que por ser calificadas de transacción no les resultaba aplicable el precepto precitado, siempre y cuando las mismas superaran el control de transparencia (STS 11 abril 2018), señalando que el pacto novatorio era válido y quedaba excluido del control de transparencia y abusividad cuando constara acreditado que sus cláusulas habían sido negociadas individualmente (STS 13 septiembre 2018).

En este sentido, la STJUE 9 julio 2020 armoniza en esencia con la doctrina expuesta, sin alterarla sustancialmente, aunque aporte consideraciones de interés que la puntualizan, tales como la ponderación por parte del juez nacional relativa a la probabilidad de que la cláusula suelo inicial pudiera ser tachada de nulidad, así como respecto de la certidumbre en orden a la posibilidad de recuperar los importes en su virtud indebidamente abonados; la posibilidad que asiste al prestatario consumidor que expresa un consentimiento válido, esto es, consciente e informado, en orden a excluir las consecuencias de la declaración de nulidad de una estipulación; la valoración, tanto de la expresión manuscrita del puño y letra del prestatario como del concurrente criterio generalizado de la entidad financiera en orden a la renegociación de los contratos de préstamo hipotecarios previamente concertados dirigida a evitar pleitos futuros, como indicios de que el prestatario no participó necesariamente en la negociación que, en consecuencia, cabe entender como no individualizada; la innecesariedad de la precisa información respecto del concreto importe renunciado (por entenderse que su determinación se encuentra al alcance de cualquier consumidor conocedor de los tipos previos del índice de referencia, comunicados en las liquidaciones de cada cuto) a los efectos de la superación del control de transparencia; o la hipótesis de superación del control de transparencia del pacto novatorio referida al acreditado (por comunicarse con cada una de las liquidaciones de amortización del préstamo) conocimiento específico de los tipos previos del índice de referencia.

