

[33] Op. cit. p. 267.

[34] Op. cit. p. 266.

[35] Como sostuvo con anterioridad MARÍN LÓPEZ, M. J.: "La prescripción de la acción de nulidad de la cláusula de gastos y la acción de restitución de los gastos abonados", *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, núm. 22/2017.

[36] Que comentamos en AGÜERO ORTIZ, A.: "STJUE de 9.7.2020 sobre los acuerdos novatorios en cláusulas suelo: pocas novedades en el horizonte", *Centro de Estudios de Consumo*, disponible en: [http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/STJUE\\_de\\_9.7.2020\\_sobre\\_los\\_acuerdos\\_novatorios\\_en\\_clausulas\\_suelo-pocas\\_novedades\\_en\\_el\\_horizonte.pdf](http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/STJUE_de_9.7.2020_sobre_los_acuerdos_novatorios_en_clausulas_suelo-pocas_novedades_en_el_horizonte.pdf)

## ANÁLISIS DE LA STJUE DE 9 DE JULIO DE 2020 SOBRE ACUERDOS DE CLÁUSULAS SUELO (CUESTIÓN PREJUDICIAL C-452/18)

**Autor:** Javier de la Torre

**Cargo:** Abogado, miembro de la Sección de Derecho de Consumo del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza. Defensor del consumidor en la STS de 9-4-18 sobre transacciones de cláusulas suelo y en la Cuestión Prejudicial C-452/18 objeto de análisis.

**Autora:** Verónica Dávalos Alarcón

**Cargo:** Abogada, vocal de la Sección de Derecho de Consumo del Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona.

**Resumen:** El TJUE ya se había pronunciado, anteriormente, sobre la posibilidad del consumidor de renunciar a los derechos que le confieren Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 (en adelante, la Directiva), en el seno de un procedimiento judicial.

Sin embargo, en la Cuestión Prejudicial C-452/18 se planteó por primera vez ante el TJUE, la cuestión acerca de la posible nulidad de los acuerdos privados celebrados entre un empresario y un consumidor mediante el que se modifica una cláusula potencialmente abusiva (cláusula suelo) con una renuncia a reclamar por parte del consumidor.

La cuestión prejudicial viene planteada ante la posible vulneración de la Directiva 93/13 por parte de la STS, Pleno, Sala de Civil, de 11-4-2018.

El TJUE, concluye que únicamente si el consumidor era consciente del carácter no vinculante de la cláusula y sus consecuencias, podemos considerar la renuncia respetuosa con la Directiva. Además, exige una serie de requisitos para constatar que la renuncia fue transparente.

**Palabras clave:** Cláusulas suelo, Transacciones, Novaciones, Acuerdos, Renuncia.

## SUMARIO

- I. CONCLUSIÓN; ¿DEBE MODIFICAR SU JURISPRUDENCIA EL TRIBUNAL SUPREMO?
- II. LAS CLÁUSULAS DE LIMITACIÓN A LA VARIABILIDAD DE LOS PRÉSTAMOS A INTERÉS VARIABLE ("CLÁUSULAS SUELO")
- III. LA "JURISPRUDENCIA MENOR" RESPECTO A LOS ACUERDOS DE CLÁUSULAS SUELO
- IV. STS, DEL PLENO, SALA DE LO CIVIL, DE 11-4-18 (TRANSACCIONES SOBRE CLÁUSULAS SUELO)
- V. CUESTIONES PREJUDICIALES
- VI. STJUE, SALA CUARTA, DE 9 DE JULIO DE 2020, CUESTIÓN PREJUDICIAL C-452/18
  1. Segunda cuestión prejudicial
  2. Primera cuestión prejudicial.
  3. Tercera y quinta cuestiones prejudiciales.
  4. Cuarta cuestión prejudicial

### I. CONCLUSIÓN; ¿DEBE MODIFICAR SU JURISPRUDENCIA EL TRIBUNAL SUPREMO?

Aquel desocupado lector –que decía nuestro querido Cervantes en su prólogo al Quijote– que se acerque a este artículo, lo hará, seguramente, para resolver la justificada duda acerca de si el Tribunal Supremo, tras la STJUE objeto de análisis, debe modificar su doctrina en cuanto a la validez de las transacciones de cláusulas suelo.

A nuestro juicio, y sin duda alguna, **sí**. La [STS de 11-4-2018](#) declaró válidos dichos acuerdos por tres circunstancias;

– Publicación de la [STS, Pleno, Sala de lo Civil, de 9-5-2013](#), que permitió conocer, tanto a las entidades bancarias como a los consumidores, por igual, que las cláusulas suelo podían ser abusivas por falta de transparencia.

– Existencia de un texto manuscrito en el documento, en el que reconocían que eran conscientes de su nueva cláusula suelo rebajada.

– Existencia de una renuncia de acciones.

La [STJUE de 9-7-20](#) (cuestión prejudicial C-452/18), por el contrario, considera que la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 supone la –casi certeza– de la nulidad de la cláusula suelo inicial, y partiendo de la situación de inferioridad del consumidor frente a la entidad bancaria (frente a la igualdad de conocimientos que subyace en el razonamiento del Tribunal Supremo), establece otros parámetros distintos para enjuiciar la transparencia de la transacción, siendo esenciales tres apartados de la Sentencia; párrafo 29, 74 –en relación al 72– y 55.

Y, ahora, justificaremos dichas conclusiones.

## II. LAS CLÁUSULAS DE LIMITACIÓN A LA VARIABILIDAD DE LOS PRÉSTAMOS A INTERÉS VARIABLE ("CLÁUSULAS SUELO")

No es lugar para extenderse sobre la nulidad, por falta de transparencia, de las cláusulas suelo, emanada de la STS, de 9-5-2013.

Lo que interesa es poner de manifiesto que, tras la citada sentencia, prácticamente todas las entidades bancarias, ofrecieron a sus clientes (bien por iniciativa propia o bien previa reclamación del consumidor) unos documentos en los que, con variaciones, se rebajaba la cláusula suelo (o se anulaba totalmente o se sustituía por un tipo fijo) y el consumidor renunciaba a reclamar.

## III. LA "JURISPRUDENCIA MENOR" RESPECTO A LOS ACUERDOS DE CLÁUSULAS SUELO

La primera resolución analizando el contrato que, posteriormente, fue objeto de análisis por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, fue dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Quinta, mediante auto nº 77/2016 de 18 de febrero de 2016 (defendiendo el autor de este artículo al consumidor). Tras dicha resolución, diversas sentencias de otras Audiencias Provinciales declararon igualmente su nulidad: [SAP Badajoz, Sección 2ª, de 14-3-2017](#), [SAP de Cáceres, Sección 1ª, de 6-4-2017](#), [SAP, Sección 1ª, de 11-9-2017](#), [SAP de León, Sección 1ª, de 29-3-2017](#) y [SAP de Teruel, de 1-3-17](#). En sentido contrario, únicamente podemos

encontrar la [SAP de Valladolid, Sección 3ª, de 20-1-2017](#) y [SAP de Salamanca, Sección 1ª, de 29-9-2016](#).

## IV. STS, DEL PLENO, SALA DE LO CIVIL, DE 11-4-18 (TRANSACCIONES SOBRE CLÁUSULAS SUELO)

El Tribunal Supremo se pronunció por primera vez sobre novaciones de cláusulas suelo en su [STS, Sala de lo Civil, de 16-10-17](#), en la que parecía presagiar la nulidad de estos acuerdos. Mucho se ha escrito sobre las contradicciones entre la citada sentencia y la posterior [STS, Pleno, Sala de lo Civil, de 11-4-18](#), en la que trata sobre transacciones, con un interesante y, como siempre, muy bien fundamentado, voto particular del ahora ex magistrado D. Francisco Javier Orduña Moreno.

A los efectos que nos interesan (dejando al margen la corrección de la calificación de dicho contrato como transacción y si era procesalmente posible en Casación) el Tribunal Supremo consideró que eran transacciones, *en la medida en que se conciertan en un momento en que existía una situación de incertidumbre acerca de la validez de las cláusulas suelo incorporadas a los dos contratos originales, después de que se hubiera dictado la [Sentencia 241/13 de 9 de mayo](#) y los posteriores autos aclaratorio y denegatorio de nulidad de actuaciones, y en ellos se advierte la causa propia de la transacción, evitar una controversia judicial sobre la validez de estas dos concretas cláusulas suelo y sus efectos.*

Para diferenciar "novación" de "transacción", se alude a que *el efecto mediático de aquella sentencia y sus consecuencias en la litigiosidad posterior explica la reseñada situación de incertidumbre y el animus de evitar el pleito, circuns-*

*tancias que caracterizan la transacción y permiten diferenciarla de la mera novación.*

Prosigue, advirtiendo que, *no impide que pueda admitirse una transacción, aunque la obligación preexistente sobre la que existe controversia pudiera ser nula, circunstancia que solo podría determinarse si se declarase judicialmente la falta de transparencia.* No obstante, admite que nos encontramos ante una Condición General de la Contratación, por lo que se debe analizar si la transacción ha sido transparente, es decir, si los consumidores, *estaban en condiciones de conocer las consecuencias jurídicas y económicas de su aceptación; reducir el límite mínimo y que no se discutiría la validez de las cláusulas suelo.*

Para el Tribunal Supremo, el acuerdo es transparente; *"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 solo 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 se hubiera cumplido las exigencias de transparencia, los clientes aceptarían la propuesta del banco de impedir futuras controversias judiciales al respecto, mediante la reducción del suelo al 2.25% y para acreditarlo transcribe de su 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.*

## V. CUESTIONES PREJUDICIALES

Como era previsible, no tardaron en plantearse diversas cuestiones prejudiciales.

Nos referimos a las cuestiones prejudiciales del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Teruel planteada mediante auto de 26 de junio de 2018 (cuestión prejudicial C-452/18), Juzgado de Primera Instancia nº 3 Bis de Albacete mediante auto de 2 de octubre de 2018 (cuestión prejudicial C-617/18), Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Quinta mediante auto nº 584/2018, de 12 de diciembre de 2018 (Cuestión Prejudicial C-13/19) y la del Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Orense, mediante auto de 15 de marzo de 2019 (asunto C-268/19).

La Audiencia Provincial de Zaragoza, mediante providencia de 29 de julio de 2020, **ha decidido mantener su cuestión prejudicial**, por lo que esta cuestión volverá, de nuevo, a Europa, con unas preguntas respecto a la posible práctica comercial desleal de la entidad bancaria.

## VI. SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 9 DE JULIO DE 2020, CUESTIÓN PREJUDICIAL C-452/18

Los hechos de los que deriva la cuestión prejudicial son los siguientes; un consumidor celebró en el año 2011 un contrato de compraventa con subrogación de hipoteca, en la que existía una cláusula suelo del 3.25%. En fecha de 4 de marzo de 2014, el consumidor firmó con IBERCAJA un contrato por el que se rebajó la cláusula suelo al 2.35% y se renunció al ejercicio de acciones judiciales, con un texto manuscrito en el que se le hizo escribir que era consciente y entendía que su préstamo no bajará del 2.35%.

Alteraremos el orden de estudio de las cuestiones prejudiciales, para un mejor análisis de las mismas. Comenzaremos, por razones evidentes, por la segunda cuestión prejudicial.

## 1. Segunda cuestión prejudicial

El juzgado remitente preguntaba;

*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], afectándoles las mismas causas de nulidad que afectan a los documentos originales novados o transigidos.*

El TJUE, reformula la pregunta; *Si el artículo 3, apartados 1 y 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse 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.*

La pregunta es fundamental, porque únicamente será de aplicación la Directiva si estos documentos son condiciones generales de la contratación (terminología no utilizada por la Directiva, que en el artículo 3 se refiere a "cláusulas no negociadas individualmente"). Si fueron "negociadas individualmente", se excluiría la protección de la directiva.

A juicio de quienes suscribimos el presente artículo, la pregunta no es ociosa, porque el hecho de que la STS, de 11-4-2018, considerara que era una condición general de la contratación, no impide que pueda cambiar de criterio, máxime, cuando en los asuntos pendientes de resolución por parte del Tribunal Supremo se impugna precisamente la consideración de dichos documentos como condiciones generales de la contratación.

En el párrafo 33 de la Sentencia, el TJUE se remite a la Directiva; *El artículo 3, apartado 2, de la misma Directiva precisa 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, Šiba, C 537/13, EU:C:2015:14, apartado 31).*

Nos indica el TJUE (párrafo 34) que el hecho de que la cláusula suelo inicial no fuera negociada, no excluye que la segunda cláusula suelo (rebajada) sí que pueda serlo.

Y a estos efectos, el Alto Tribunal Comunitario da por probado, en base a lo expuesto por el órgano remitente, que estos acuerdos se enmarcan en una campaña de esta entidad, por lo que es un indicio de que el consumidor no pudo influir en el contenido de la nueva cláusula.

Son indicios de la falta de negociación, igualmente, el hecho de que la entidad bancaria no facilitara a una copia del contrato y tampoco le permitiera que se lo llevara consigo para que pudiera tener conocimiento del mismo.

Por el contrario, no influye, para considerar que ha sido negociada, el hecho de que exista un texto manuscrito.

En definitiva, parece claro que estos documentos son condiciones generales de la contratación (o con mayor precisión, en la terminología europea, unos contratos no negociados individualmente) y, por lo tanto, que están sometidas a la Directiva 93/13.

## 2. Primera cuestión prejudicial

El juzgado remitente preguntó;

*Si el principio de no vinculación de las cláusulas nulas (artículo 6 [de la Directiva 93/13]) 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 TJUE, reformula la cuestión, entendiendo que se pregunta, fundamentalmente, *si el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a que una cláusula de un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, cuyo carácter abusivo puede ser declarado judicialmente, pueda válidamente 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 dicha cláusula.*

El TJUE, comienza realizando una síntesis de su reiterada jurisprudencia, acerca de que una cláusula declarada abusiva nunca ha existido ni puede 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).

Y, matiza esa protección absoluta del consumidor, reiterando su jurisprudencia, en el sentido de que es preciso tener en cuenta la voluntad expresada por el consumidor cuando, **consciente del carácter no vincu-**

**lante 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, Banif Plus Bank, C-472/11, EU:C:2013:88](#), apartado 35).

**Esta cuestión, trascendental, es resuelta expresamente en el párrafo 29;**

*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.*

Y lo vuelve a reiterar en el párrafo 66.

En definitiva, el TJUE, entiende que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva, debe interpretarse en el sentido de que se opone a que una cláusula de un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, cuyo carácter abusivo puede ser declarado judicialmente, pueda válidamente 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 dicha cláusula, si el consumidor no era consciente del carácter no vinculante de esa cláusula y de las consecuencias que ello conllevaba.

Dos requisitos se exigen para que sea una renuncia válida;

## 1.- Que el consumidor sea consciente del carácter no vinculante de la cláusula suelo del préstamo.

El Tribunal Europeo **no** considera suficiente con que el consumidor sea consciente del "posible" carácter no vinculante de la cláusula; debe tener la certeza de que es nula. Recordemos que, para el Abogado General, no era necesario que el consumidor fuera consciente de la nulidad de la cláusula para que la renuncia fuera válida (bastaba con que fuera libre e informado).

Para el Tribunal Supremo, fue suficiente esa "consciencia" por la notoriedad de la STS de 9-5-2013. Se nos debe permitir, en primer lugar, que discrepemos de esa notoriedad. Esa Sentencia, fue notoria para las entidades bancarias, pero lo cierto es que la incidencia de citada sentencia, en el consumidor medio, parece no ser tan notoria como entendió el Tribunal Supremo.

A tal efecto, basta indicar que en España existían unos 4 millones de préstamos hipotecarios con cláusulas suelo. Según la Memoria de Reclamaciones del Banco de España, en el año 2013 –año de la sentencia– hubieron únicamente 18.387 reclamaciones por cláusula suelo (página 19) y en el año 2014, 15.595 (página 16), por lo que esto no representa ni un 1% de los afectados por cláusulas suelo. **La notoriedad se produce con la STJUE, de 21-12-2016.**

En segundo lugar, y es lo importante, el TJUE, a lo largo de toda su sentencia, **exige que la información sea suministrada por el Banco**, sin aceptar que la mera publicación de la sentencia exima a la entidad de la obligación de informar. Esta apreciación es acorde con la anterior jurisprudencia del TJUE, en el sentido de que es el profesional el que debe suministrar toda la información de la que dispone (STJUE, Sala Segunda, de 20-10-2017). A ello también se refería, en

el párrafo 82 de las Conclusiones, el Abogado General.

De todas formas, aunque aceptemos a efectos meramente dialécticos que es suficiente con el hecho de que el consumidor sea consciente de su "posible" no vinculación, habrá que analizar si, en el concreto documento firmado por el consumidor, la entidad informaba de dicha posibilidad.

En el contrato objeto del procedimiento ante el TJUE, la entidad IBERCAJA incluyó las siguientes cláusulas;

En el Antecedente SEGUNDO del contrato, consta;

*SEGUNDO.- Que las circunstancias y condiciones financieras de la operación, y en concreto su plazo, forma de devolución, tipo de interés, forma para su variación, índice de referencia, y tipo mínimo y máximo de interés (o instrumentos de cobertura de tipos de interés), fueron negociadas en la Oficina y posteriormente se hicieron constar y fueron informadas a las partes por el notario autorizante de la escritura de concesión o en su caso en la escritura de compraventa con subrogación.*

En el QUINTO;

*Que ante la coyuntura económica-financiera actual, totalmente diferente a las circunstancias existentes cuando fue formalizado el préstamo antes reseñado, es deseo de LA PARTE PRESTATARIA rebajar el tipo de interés mínimo pactado, y del BANCO atender dicha solicitud.*

Y la CLÁUSULA TERCERA

*TERCERO.- Las PARTES ratifican la validez y vigor del préstamo ( )*

A efectos de la cuestión prejudicial interesa determinar si, mediante dicho documento, el

consumidor podía ser consciente del carácter no vinculante de la cláusula suelo originaria.

En este documento;

- No se menciona la STS de 9-5-2013.
- Se le hace reconocer, al consumidor, que su cláusula suelo inicial fue negociada, por lo que no sería una Condición General de la Contratación y estaría excluida de la protección de la Directiva.
- El consumidor, mediante estas cláusulas predispuestas, reconoce la validez de la cláusula suelo inicial.

Por lo tanto, parece evidente que, con este documento, el consumidor no podía ser consciente del carácter no vinculante, sin que, por otra parte, la mera publicación de la Sentencia de 9 de mayo de 2013 sea suficiente, según el TJUE. Por otro lado, dichas manifestaciones, en una Condición General de la Contratación, se considera fórmulas predispuestas por el profesional, que se reputan como insuficientes para acreditar los hechos "reconocidos" si no van acompañadas de otras pruebas que lo acrediten (STJUE, Sala Cuarta, de 18-12-2014).

## 2.- Que el consumidor sea consciente de las consecuencias de no vinculación.

¿Cuál es la consecuencia del carácter no vinculante de una cláusula? El párrafo 23 de la Sentencia del TJUE indica 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.*

Dado que el TJUE entiende que al firmarse acuerdo antes de la STJUE, de 21-12-2006, la entidad no debía informar sobre el derecho a recuperar las cantidades, el principio

de no vinculación en este caso, debería ser que, declarada nula la cláusula suelo, conocía que tendría un préstamo variable sin limitación a la baja.

## 3. Tercera y quinta cuestiones prejudiciales

El TJUE aborda conjunta estas dos cuestiones. La tercera cuestión prejudicial planteada por el órgano remitente era la siguiente;

*Si la renuncia de acciones judiciales contenida en el contrato de novación debe ser también nula, en la medida en que los contratos que firmaban los clientes no informaban a los mismos de que estaban ante una cláusula nula ni tampoco del dinero o importe económico que tenían derecho a percibir como devolución de los intereses pagados por la imposición inicial de las 'cláusulas suelo'.*

*De esta manera, se indica que el cliente firma una renuncia a demandar sin haber sido informado por el banco de a qué renuncia y a cuánto dinero renuncia.*

Y la 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 [,], 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 [de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros, C 154/15, C 307/15 y C 308/15, EU:C:2016:980]).»*

La quinta pregunta era realmente interesante. En definitiva, se trataba de conocer quien



debía pechar con las consecuencias de que STS, de 9-5-2013 fuera contraria al Derecho Comunitario. Sin embargo, el TJUE no responde a dicha cuestión.

El Alto Tribunal Comunitario responde a estas cuestiones conjuntamente, y se pregunta *si el artículo 3, apartado 1, considerado en relación con el punto 1, letra q), del anexo, y el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que ha de calificarse como «abusiva» una cláusula de un contrato de novación que modifica una cláusula de un contrato anterior y mediante la cual un profesional y un consumidor renuncian mutuamente a ejercitar acciones judiciales para hacer valer pretensiones relativas, en particular, tanto a la cláusula inicial modificada por ese contrato de novación como a la cláusula novatoria.*

En el párrafo 65, el TJUE, diferencia;

1º.- Renuncia mutua a acciones judiciales relativa a la antigua cláusula suelo.

2º.- Renuncia mutua a acciones judiciales relativa a la nueva cláusula suelo.

La cláusula TERCERA del documento de novación de IBERCAJA tenía el siguiente tenor literal;

*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.*

Conforme a la metodología empleada por el TJUE, se estudian ambas acciones por separado;

Renuncia mutua a acciones judiciales relativa a la antigua cláusula suelo (párrafos 66 a 74 de la Sentencia)

El párrafo 66 nos indica; *Por lo que se refiere, en primer lugar, a la renuncia de XZ a hacer valer ante el juez nacional sus pretensiones relativas a la cláusula «suelo» inicial, debe señalarse que, tal como resulta de los anteriores apartados 25 a 28, la Directiva 93/13 no se opone en sí misma a que el consumidor renuncie mediante contrato a la ventaja que podría obtener de la declaración del carácter abusivo de la cláusula de un contrato, siempre que esta renuncia proceda de un consentimiento libre e informado.*

Y, como se ha expuesto, el consentimiento libre e informado solo se produce, cuando el consumidor es consciente de que la cláusula no le vincula (párrafo 29).

Según el párrafo 68, la cláusula de renuncia mutua al ejercicio de cualquier acción judicial puede constituir el objeto principal del contrato. En todo caso, corresponde al juez nacional analizar si es el objeto principal del contrato.

Como sabemos, si es objeto principal del contrato no está sometido al control de abusividad, sino al de transparencia, y no lo supera, entonces al de abusividad. Sin embargo, coincidimos plenamente con el Abogado General, **en cuyo párrafo 83 concluyó que la renuncia no transparente no supera el control de contenido.**

Según el párrafo 70 de la sentencia, 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 corresponde al juez examinar de qué información disponía Ibercaja Banco en la fecha en que se celebró el contrato de novación.

Según el párrafo 73, el TJUE considera que no se le debe exigir a la entidad bancaria que

informara al consumidor que, en el supuesto de ser abusiva, se le debía devolver todo el dinero, dado que el acuerdo se firmó en 2014 y la retroactividad se declaró posteriormente, con la [STJUE, 21-12-2016](#).

Y nos detenemos en este punto, porque puede dar lugar a casuística, en función de la fecha en la que se firmó el contrato.

Mediante la STS, de 9-5-2013, se declaró que, apreciada la falta de transparencia de una cláusula suelo, no procedía la restitución de cantidades. Pero dicha sentencia fue matizada mediante [STS 25-3-2015](#), que declaró el deber de devolver las cantidades desde el 9 de mayo de 2013.

Por lo tanto, a partir de la fecha de 25 de marzo de 2015, según el criterio del TJUE, se debe exigir a las entidades, que informaran en dicho contrato de que existía una Sentencia del Tribunal Supremo que, en el supuesto de declararse abusiva, debía reintegrarse las cantidades abonadas desde el 9 de mayo de 2013.

No obstante, existe otra importante fecha a tener en cuenta. La cuestión prejudicial que fue resuelta mediante la STJUE de 21-12-16, fue admitida por el TJUE a trámite mediante auto de 1 de abril de 2015 (la proveniente del juzgado de lo mercantil nº 1 de Granada) y mediante auto de 15 de junio de 2015 (la proveniente de la Audiencia Provincial de Alicante).

Por lo tanto, a partir de abril de 2015, la información que debía suministrar el predisponente, era aún mayor, pues era posible que se acordara la retroactividad total, y como nos indica el TJUE, se debe informar, de las circunstancias que el profesional podía conocer en ese momento y que podían influir en la ulterior ejecución del contrato.

Expuesto lo anterior, el TJUE, en el párrafo 74, **establece que el juez nacional debe**

**analizar 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.**

Aunque no lo indica, a nuestro juicio, este estudio de la cláusula suelo inicial no es más que la consecuencia del art.4.1 de la Directiva, al establecer que el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará **teniendo en cuenta el contrato del que dependa.**

Y, además, en contraposición al Tribunal Supremo (al que le es suficiente que exista una incertidumbre general sobre la posible nulidad de la cláusula suelo por la publicación de la STS, de 9-5-2013), el TJUE exige al juez analizar si la entidad bancaria podía conocer la nulidad de la cláusula suelo, **pues a mayor certeza de que esa cláusula era nula, mayor información se le debe suministrar al consumidor para que el acuerdo sea válido.**

Habrá que valorar, según el TJUE;

#### 1. GRADO DE INCERTIDUMBRE SOBRE LA NULIDAD DE LA CLÁUSULA SUELO INICIAL

Efectivamente, según el TJUE, cuanto mayor es la certeza de que esa cláusula es abusiva, la entidad debe facilitar al consumidor más información. No basta con la publicación de una Sentencia.

El TJUE, en su párrafo 72, y precisamente por la publicación de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, presupone la nulidad de la cláusula suelo; *Por consiguiente, por un lado, si bien es cierto que en el momento de la celebración del contrato de novación **cabía suponer que la cláusula «suelo» inicial que vinculaba a XZ e Ibercaja Banco era abusiva, no es menos verdad que 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.*

Fijémonos en las diferentes consecuencias que la Sentencia de 9 de mayo de 2013 tiene para el Tribunal Supremo y para el TJUE. Para el Tribunal Supremo, dicha sentencia exime al profesional de suministrar información, dado que la "notoriedad" de la misma, crea un ambiente general de incertidumbre, que se zanja con la transacción. **Para el TJUE, por el contrario, dicha sentencia hace suponer que la cláusula era abusiva, y ello redundaba en un mayor deber de información por parte de la entidad bancaria.**

No obstante, la incertidumbre ¿se refiere a una incertidumbre "en abstracto" o bien respecto "al caso particular"? Según lo expuesto a continuación, el TJUE parte de la nulidad, en abstracto, de la cláusula suelo (precisamente por la STS de 9-5-13), salvo que en el caso particular hubiera alguna circunstancia que modificara la incertidumbre sobre su previsible nulidad.

Respecto a la situación de incertidumbre en abstracto, es claro que la Corte de Luxemburgo considera que, aparentemente, la cláusula suelo era nula, **y así debe ser apreciado por el órgano nacional.**

Y este mismo criterio era el que acogía el Tribunal Supremo, en [STS Sala Primera, de lo Civil, 29-4-2015](#), a saber:

**4. Cualquier entidad bancaria que haya utilizado cláusulas suelo en las condiciones generales de los contratos de préstamo concertados con consumidores puede, a partir de la referida sentencia núm. 241/2013, y con base en los detallados criterios que en ella se expresan, valorar si la cláusula suelo que ha utilizado en los contratos que ha celebrado con consumidores supera el control de transparencia. Y**

**si no lo supera, debe dejar de aplicarla por ser abusiva.**

Sin embargo, este criterio cambia en la [STS, de 11-4-2018](#), en la que se consideró que *existía una situación de incertidumbre acerca de la validez de las cláusulas suelo incorporadas a los dos contratos originales, después de que se hubiera dictado la Sentencia 241/13 de 9 de mayo.*

La memoria de reclamaciones del Banco de España del año 2013, establece en su página 375, que el 82,1% de las reclamaciones por cláusula suelo **realizadas en el 2013**, fueron favorables al consumidor.

Por todo ello, nos parece acertada la alusión del TJUE respecto a la más que probable abusividad de la cláusula suelo y la consecuencia que anuda; un mayor deber de transparencia e información por parte de la entidad.

Ahora bien, al disponer el Alto Tribunal Comunitario que el juzgador nacional debe analizar la incertidumbre, debe concretarse no solo de forma abstracta (con esa presunción de abusividad) sino que habrá que someter a estudio la concreta cláusula suelo. En cuanto a la transparencia, resultaba sencillo para la entidad bancaria realizar un control abstracto de transparencia con los **detallados criterios** del Fundamento Jurídico 225 de la STS de 9-5-2013, así como si realmente era un préstamo a tipo fijo variable únicamente al alza, conforme al Fundamento Jurídico número 17 del Auto de Aclaración de la Sentencia del Supremo, de fecha 3-6-2013 (**lo que conlleva, sin necesidad de ningún otro requisito, su falta de transparencia**).

2. SI EL CONSUMIDOR ESTABA EN CONDICIONES DE COMPRENDER LAS CONSECUENCIAS DE LA RENUNCIA

No indica la Corte de Luxemburgo, en su Sentencia de 9-5-2020, cómo realizar esta

comprobación. En este caso particular, parece evidente que, **si el contrato de parte de la validez de la cláusula suelo, no indica nada acerca de la STS, de 9-5-2013 y la rebaja se fundamenta en el cambio de la coyuntura económica del mercado (y no en un acuerdo para zanjar la controversia sobre la posible abusividad)**, el consumidor realmente puede considerar que no está renunciando a nada.

Renuncia mutua a acciones judiciales relativa a la nueva cláusula suelo (párrafos 75 y 76)

A este respecto, nos indica el TJUE que 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.

#### 4 Cuarta cuestión prejudicial

El juez remitente preguntó;

*Si analizando el contrato de novación modificativa al amparo de la Jurisprudencia del [Tribunal de Justicia] y de los artículos 3, apartado 1, y 4, apartado 2, de la [Directiva 93/13], 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 [sentencia del Tribunal Supremo] 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 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.*

*Esto 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, apartado 1, y 4, apartado 2, de la [Directiva 93/13] 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.*

El TJUE reformula la cuestión, y se pregunta si debe interpretarse la normativa comunitaria 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», el profesional debe facilitar al consumidor la información necesaria para comprender las consecuencias económicas que para este último se derivan, en el momento de la celebración del contrato, del mecanismo establecido por la referida cláusula «suelo».

Para saber si es transparente, el TJUE establece unos parámetros;

1. Valorar toda la prueba, especialmente la publicidad y la información proporcionadas por el banco (no por los medios de comunicación ante STS, de 9-5-2013).
2. 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.
3. La falta de mención en el contrato de préstamo de la información que se considere esencial.
4. Reviste una **importancia fundamental** para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información so-

bre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración.

Como considera probado el TJUE, que esta entidad, **IBERCAJA no permitía que el cliente pudiera llevarse el documento antes de firmarlo, por lo que parece evidente, y fuera de toda duda, que se incumple esta condición.**

5. No se le debe exigir al banco que facilite una previsión a futuro sobre la evolución del Euribor, porque al ser un préstamo variable, no es posible su cuantificación exacta.

6. Sin embargo, sí que se debe **exigir el suministro de información sobre la evolución en el pasado del Euribor.** Este es el **elemento esencial** para el TJUE.

7. Y, ahora, por último, vamos a analizar el párrafo 55 de la Sentencia, que indica lo siguiente;

**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 fácil-**

**mente 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.**

Este es uno de los párrafos esenciales de la Sentencia, puesto que el TJUE exige que el banco informe de las cantidades a las que renuncia. Efectivamente, nos indica el Alto Tribunal Comunitario, que la entidad bancaria es quién *reúne los conocimientos técnicos y la información necesaria* debe informar al consumidor de las cantidades pagadas en aplicación de la cláusula suelo inicial y las cantidades que hubiera abonado en ausencia de suelo, y con estos dos datos, es suficiente para que el consumidor –medio– pueda calcular fácilmente, las cantidades a las que ha renunciado, coincidentes con la diferencia entre las sumas satisfechas entre cuota con suelo y sin suelo. Es decir, la entidad –que tiene los medios y la información– debe indicarle al consumidor que, ha pagado un total, por ejemplo, de 10.000 euros con cláusula suelo, y sin cláusula suelo hubiera pagado 7.000 euros, por lo que un consumidor medio, fácilmente, puede conocer lo que realmente ha pagado por la cláusula suelo (3.000 euros).