



**LA STJUE DE 9 DE JULIO DE 2020 RELATIVA A LA VALIDEZ DEL ACUERDO
NOVATORIO SOBRE LA CLÁUSULA SUELO, ¿CORRIGE LA DOCTRINA
SENTADA EN LA STS DE 11 DE ABRIL DE 2018? ***

*Manuel Jesús Marín López***
Catedrático de Derecho Civil
Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha

Fecha de publicación: 16 de julio de 2020

ÍNDICE

1. Introducción
2. La doctrina del Tribunal Supremo sobre la validez del acuerdo transaccional
3. La cuestión prejudicial del Juzgado de Teruel y la STJUE de 9 de julio de 2020
4. Primera pregunta: si la falta de transparencia de la cláusula suelo inicial se extiende al acuerdo posterior
 - 4.1. Planteamiento
 - 4.2. Decisión del TJUE
5. Segunda pregunta: si las cláusulas del acuerdo posterior pueden ser cláusulas predispuestas no negociadas individualmente
 - 5.1. Planteamiento y decisión del TJUE
 - 5.2. La cláusula redactada a mano por el prestatario

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación PGC2018-098683-B-I00, del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades (MCIU) y la Agencia Estatal de Investigación (AEI) cofinanciado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) titulado "Protección de consumidores y riesgo de exclusión social" y dirigido por Ángel Carrasco Perera y Encarna Cordero Lobato y a la Ayuda para la financiación de actividades de investigación dirigidas a grupos de la UCLM Ref.: 2020-GRIN-29156, denominado "Grupo de Investigación del Profesor Ángel Carrasco" (GIPAC) y a la ayuda para la realización de proyectos de investigación científica y transferencia de tecnología, de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha cofinanciadas por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) para el Proyecto titulado "Protección de consumidores y riesgo de exclusión social en Castilla-La Mancha" (PCRECLM) con Ref.: 2020-GRIN-29156 dirigido por Ángel Carrasco Perera y Ana Isabel Mendoza Losana.

** ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-9645-6325>



6. Cuarta pregunta: el control de transparencia material de la nueva cláusula suelo incluida en el acuerdo posterior
 - 6.1. Planteamiento
 - 6.2. Decisión del TJUE
7. Tercera pregunta: el control de transparencia material de la cláusula de renuncia incluida en el acuerdo posterior
 - 7.1. Planteamiento
 - 7.2. Decisión del TJUE
8. Quinta pregunta: el control de contenido de la cláusula de renuncia
 - 8.1. Planteamiento
 - 8.2. Decisión del TJUE
9. Sobre la prueba de que el consumidor conocía la información necesaria para que las cláusulas del acuerdo novatorio sean transparentes

1. Introducción

Durante los años 2014 y 2015, fundamentalmente, algunas entidades que habían concedido préstamos hipotecarios con cláusula suelo llamaron a muchos prestatarios para que acudieran a sus oficinas. En ella prestamista y prestatario celebraron un acuerdo privado, calificado en muchas ocasiones como “acuerdo de novación del préstamo hipotecario”. En esos acuerdos se incluía una cláusula de modificación a la baja del tipo de interés remuneratorio establecido en el préstamo original (eliminando la cláusula suelo, reduciéndola, o estableciendo un interés fijo en lugar de uno variable), y se establece en otra cláusula que el consumidor no podrá reclamar por los intereses remuneratorios cobrados de más hasta ese momento en aplicación de la cláusula suelo (cláusula de renuncia).

En un primer momento la STS 558/2017, de 16 de octubre de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:3721) declaró nula la cláusula suelo del acuerdo novatorio. Pero la posterior STS de Pleno 205/2018, de 11 de abril de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:1238) resuelve de otro modo: establece que ese acuerdo posterior es válido. La sentencia cuenta con un voto particular (emitido por D. Francisco Javier Orduña Moreno), que defiende la nulidad del acuerdo novatorio.

La doctrina de la STS de 11 de abril de 2018 no ha sido asumida por todas las Audiencias Provinciales. Al contrario, algunas de ellas se han “rebelado” y han establecido la nulidad del acuerdo novatorio, en muchos casos argumentando que la sentencia mencionada del Tribunal Supremo vulnera la Directiva 93/13/CE de cláusulas abusivas.



Algunos juzgados españoles han planteado una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE). Así lo han hecho el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Teruel (en adelante, Juzgado de Teruel), mediante auto de 26 de junio de 2018 –asunto C-452/18- (ECLI:ES:JPII:2018:11A); el Juzgado de Primera Instancia nº 3 bis de Albacete, mediante auto de 2 de octubre de 2018 –asunto C-617/18- (ECLI:ES:JPI:2018:8A), aunque después desistió; la Audiencia Provincial de Zaragoza (Secc. 5ª), mediante auto 584/2018, de 12 de diciembre de 2018 (ECLI:ES:APZ:2018:2179A); y el Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Orense, mediante auto de 15 de marzo de 2019 -asunto C-268/19- (ECLI:ES:JPI:2019:5ª).

La primera de estas cuestiones prejudiciales que ha llegado al TJUE ha sido la planteada por el Juzgado de Teruel. Se trata de la STJUE de 9 de julio de 2020 (ECLI:EU:C:2020:536), asunto C-452/18. Es una sentencia muy esperada, no sólo por la importante cantidad económica que se juegan los bancos, sino también porque permitirá que se levante la suspensión de muchos procesos judiciales que versan sobre este asunto en el Tribunal Supremo (donde se cuentan por decenas las sentencias que habrán de dictarse sobre esta materia) y en muchas Audiencias Provinciales.

Han sido varios los comentarios que ya se han publicado sobre esta sentencia (por ejemplo, de CÁMARA LAPUENTE¹, CARRASCO PERERA², PANTALEÓN PRIETO³ y AGÜERO ORTIZ⁴). No es mi intención polemizar ahora con estos autores, aunque el lector conocedor de esta materia podrá comprobar que mi opinión sobre esta sentencia difiere en lo sustancial de lo defendido por casi todos ellos.

En este trabajo me propongo analizar la STJUE de 9 de julio de 2020. Para ello voy a seguir el orden de las preguntas planteadas por el Juzgado de Teruel (con algún pequeño cambio). En cada pregunta analizaré cuál es la doctrina del TS sobre el particular, qué pregunta en concreto formula el Juzgado de Teruel y con qué argumentos, cuál es la respuesta del TJUE, y lo más importante, si a la vista de la STJUE cabe concluir que la doctrina sentada en la STS de 11 de abril de 2018 es contraria a la Directiva 93/13/CE.

En otro lugar ya he tenido la ocasión de analizar en detalle las razones por las que, a mi juicio, la doctrina sentada en la STS de 11 de abril de 2018 puede ser contraria a la Directiva 93/13/CE y a la jurisprudencia dictada por el TJUE (*El acuerdo novatorio sobre*

¹<https://almacenederecho.org/la-stjue-9-julio-2020-c-452-18-sobre-novaciones-y-renuncias-relacionadas-con-las-clausulas-suelo-negociar-o-consentir>

²http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Sentencia_europea_intransparente_sobre_una_transaccion_transparente_de_una_clausula_suelo_supuestamente_intransparente.pdf

³ <https://almacenederecho.org/las-transacciones-sobre-clausulas-suelo>

⁴http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/STJUE_de_9.7.2020_sobre_los_acuerdos_novatorios_en_clausulas_suelo-pocas_novedades_en_el_horizonte.pdf



la cláusula suelo del préstamo hipotecario. Un análisis desde la Directiva 93/13/CE de cláusulas abusivas, Madrid, Reus, 2019). Muchos de los argumentos ahí utilizados se exponen de nuevo en este trabajo, con la finalidad de valorar críticamente la decisión del TJUE.

2. La doctrina del Tribunal Supremo sobre la validez del acuerdo transaccional

Antes de analizar la cuestión prejudicial del Juzgado de Teruel, resulta necesario refrescar la STS de 11 de abril de 2018. El caso tiene su origen en la celebración de dos préstamos hipotecarios en el año 2007, en los que había un suelo del 4,25 % y 4,5 %. En 2014 se celebra entre las partes un “contrato de novación modificativa del préstamo”, que establece que “con efectos desde la próxima cuota de préstamo..., el tipo mínimo aplicable de interés será el 2,25 %, en sustitución del convenio inicialmente” (cláusula 1ª). Además, “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” (cláusula 3ª). El documento contiene una parte manuscrita, de puño y letra del prestatario, con el siguiente texto: “*soy consciente y entiendo que el tipo de interés de mi préstamo nunca bajará del 2,25 % nominal anual*”.

Según el Tribunal Supremo, el acuerdo celebrado en 2014 es válido. En síntesis, su argumentación es la siguiente. No se trata de un acuerdo novatorio, sino de una transacción, porque pretende evitar una controversia judicial sobre la cláusula suelo del contrato original. No es aplicable la doctrina contenida en la STS de 16 de octubre de 2017, porque en aquel caso no se pretendían hacer concesiones recíprocas transaccionales sino equiparar el tipo de interés del préstamo del demandante con el del resto de préstamos concedidos por la misma entidad de crédito a los compradores de la misma promoción inmobiliaria. Además, afirma que es válida una transacción, aunque la obligación preexistente sobre la que existe controversia pudiera ser nula. Esta transacción, en principio, no contraviene la ley, pues nos encontramos ante una materia disponible. Así se deduce de las numerosas sentencias que se citan, que le sirven al Tribunal Supremo para justificar la admisión de transacciones entre empresarios y consumidores.

Para el Tribunal Supremo, la transacción, cuyo fin es eliminar la controversia entre las partes, consiste en una concesión recíproca. En este caso, el banco, que en principio tenía una cláusula suelo del 4,25 % o 4,5 %, accede a una rebaja del suelo inicial al 2,25 %, y los consumidores, aunque no querrían tener cláusula suelo, acceden a soportar un suelo más bajo a cambio de evitar el pleito que constituiría el presupuesto necesario para la



declaración de abusividad. Ambas partes transigen, realizan concesiones recíprocas, y evitan el pleito, convirtiendo la incertidumbre inicial en una situación cierta.

Admite el Tribunal Supremo “*el modo predispuesto en que se ha propuesto y aceptado la transacción*”. Pero entiende que se han cumplido los requisitos de información que exige el control de transparencia, pues “*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*”. Según la sentencia, “*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»*”.

El Tribunal Supremo insiste 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*”.

La argumentación del Tribunal Supremo merece algunos comentarios iniciales. Según la sentencia, el acuerdo posterior que celebran las partes no es una novación, sino una transacción. La idea del Tribunal Supremo parece evidente: como no es una novación, no es aplicable la doctrina de la previa STS 558/2017, de 16 de octubre, que entendía que la cláusula suelo era nula de pleno derecho (nulidad absoluta), por lo que también habría de reputarse nula la novación modificativa de la cláusula, conforme al art. 1208 CC. Da la impresión de que el Tribunal Supremo no quiere pronunciarse de nuevo sobre la posible aplicación del art. 1208 CC. Y para ello le basta con sostener que ahora no hay novación, sino transacción.



Pero el acuerdo transaccional está integrado, según el Tribunal Supremo, por cláusulas predispuestas no negociadas individualmente. Por esa razón, esas cláusulas están sometidas a los tres controles de validez de toda cláusula predispuesta en contratos con consumidores: el control de incorporación, de contenido y, en su caso, de transparencia, si la cláusula recae sobre el objeto principal del contrato. El Tribunal Supremo no se pronuncia sobre el control de incorporación de las cláusulas. Pero entiende que las cláusulas relativas a la nueva cláusula suelo y a la renuncia al ejercicio de derechos por el consumidor contra el prestamista versan sobre el objeto principal del contrato, por lo que, conforme al art. 4.2 de la Directiva 93/13/CE, están sometidas al control de transparencia material. Admite que las dos cláusulas son transparentes, porque el consumidor conocía, antes de celebrar ese acuerdo posterior, las consecuencias económicas y jurídicas del mismo.

En definitiva, como el acuerdo transaccional supera el control de transparencia material, es válido y plenamente eficaz entre las partes.

3. La cuestión prejudicial del Juzgado de Teruel y la STJUE de 9 de julio de 2020

El Juzgado de Teruel conoce de una demanda presentada por un prestatario (consumidor) contra la entidad Ibercaja. En ese caso el “contrato de novación modificativa del préstamo” tenía las siguientes cláusulas:

“PRIMERO. 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”.

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

“TERCERO. 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”.



“QUINTO. 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”.

Al final del documento consta la firma del prestatario, y justo debajo se añade, de su puño y letra, el siguiente texto: *“SOY CONSCIENTE Y ENTIENDO QUE EL TIPO DE INTERÉS DE MI PRÉSTAMO NUNCA BAJARÁ DEL 2,35% NOMINAL ANUAL”.*

El Juzgado de Teruel entiende que la doctrina de la STS de 11 de abril de 2018 puede ser contraria a la Directiva de cláusulas abusivas, y por eso decide elevar una cuestión prejudicial al TJUE, mediante auto de 26 de junio de 2018. La cuestión contiene cinco preguntas, que versan sobre los siguientes temas: si la nulidad de la cláusula suelo inicial se extiende al acuerdo novatorio posterior (pregunta 1); si las cláusulas del acuerdo novatorio pueden considerarse cláusulas no negociadas individualmente en contratos con consumidores (pregunta 2); si la nueva cláusula de interés remuneratorio supera el control de transparencia material (pregunta 4); y si la cláusula en la que el consumidor renuncia al ejercicio de derechos supera el control de transparencia material (pregunta 3) y el control de contenido (pregunta 5).

En el marco del procedimiento ante el TJUE, la Comisión Europea presentó sus Observaciones el 16 de noviembre de 2018 [sj.n(2018) 6523853 JBC/ns]. Más tarde, el 30 de enero de 2020, el Abogado General Henrik Saugmandsgaard Øe presentó sus Conclusiones. Y finalmente, el 9 de julio de 2020 se publica la STJUE en este asunto C-452/18 (XZ contra Ibercaja Banco, S.A.)

La sentencia no destaca por su finura jurídica, por decirlo de manera elegante. Resulta curiosa la forma en que últimamente se maneja el TJUE, dictando sentencias de difícil lectura y complicada interpretación. Sentencias sobre transparencia material que son poco transparentes. Más allá de eso, no se comprende bien por qué el TJUE no responde de manera precisa a las concretas preguntas que se le formulan. ¿No es esa precisamente su función?

A pesar de ello, creo que hay argumentos para sostener que la STJUE de 9 de julio de 2020 es una sentencia beneficiosa para el consumidor (aunque no tanto como algunos medios de comunicación han indicado), y que la doctrina sentada en la STS de 11 de abril de 2018 no cumple las exigencias impuestas en la STJUE.



4. Primera pregunta: si la falta de transparencia de la cláusula suelo inicial se extiende al acuerdo posterior

4.1. Planteamiento

Si la cláusula suelo inicial es nula, por falta de transparencia, hay que indagar si esa nulidad se extiende también al acuerdo posterior (se califique como novación o como transacción). No se trata de determinar si resulta aplicable el art. 1208 CC, y con qué consecuencias, porque eso es materia de derecho nacional sobre la que el TJUE nada tiene que decir. Se trata de averiguar si el principio de efectividad de la Directiva, el efecto no vinculante de las cláusulas abusivas y el efecto disuasorio, reconocidos en los arts. 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CE, resultan compatibles.

La STS de 11 de abril de 2018 no se pronuncia sobre esta cuestión. Pero sí lo hace el voto particular emitido por Javier Orduña (en su FJ 3º, ap. 3). En él se sostiene que de los arts. 6.1 y 7.1 de la Directiva, y del principio de efectividad de la Directiva, del efecto no vinculante de la cláusula abusiva y del efecto disuasorio, resulta que las cláusulas abusivas tienen un régimen de ineficacia específico. Se trata de una nulidad radical o de pleno derecho. Este régimen de ineficacia es uniforme en todos los Estados miembros, por lo que las legislaciones nacionales no podrán modificarlo. La nulidad total opera en dos planos. En primer lugar, en un plano “temporal”, lo que significa que no cabe limitar en el tiempo las consecuencias de la nulidad (razón por la cual la STJUE declara que es contrario a la Directiva la jurisprudencia nacional - del TS- que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración de nulidad). Y en segundo lugar, en un plano “material”, de donde resulta que la nulidad de la cláusula abusiva provoca la ineficacia de los actos que traigan causa directa de esa cláusula. Por lo tanto, la nulidad absoluta de la cláusula abusiva se extiende también al acuerdo novatorio posterior, pues mediante éste se persigue “moderar” o “convalidar” una ineficacia inicial, ya sea reduciendo el tipo de interés mínimo (cláusula suelo), ya sea imponiendo al consumidor una renuncia a solicitar la nulidad y reclamar la devolución de los intereses indebidamente satisfechos, lo que es contrario, además, al derecho a la tutela judicial efectiva de los consumidores (art. 47 de la Carta de Derechos Fundamentales) y a la posibilidad de que el juez controle de oficio el carácter abusivo de una cláusula.

En definitiva, el voto particular sostiene que la doctrina sentada por la STS 205/2018, de 11 de abril de 2018, es contraria al art. 47.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, a los arts. 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CE, y a los principios de efectividad de la Directiva, efecto no vinculante de la cláusula abusiva y efecto disuasorio, consagrados en numerosas sentencias del TJUE.



En mi opinión, una correcta interpretación de la cuestión formulada obliga a distinguir (cosa que no hace el voto particular) en función de que el contrato posterior haya sido o no negociado (v. *El acuerdo novatorio...*, cit., pp. 55 y ss.). Así resulta de la jurisprudencia del TJUE. Así, la STJUE de 21 de febrero de 2013 (asunto C-472/11). declara que el juez nacional que aprecie el posible carácter abusivo de una cláusula debe instar a las partes (empresario y consumidor) a presentar sus observaciones relativas a la apreciación del carácter abusivo de la cláusula controvertida. Y añade 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, manifiesta, no obstante, que es contrario a que se excluya, otorgando así un consentimiento libre e informado a dicha cláusula”* (ap. 35). En parecidos términos se expresa la STJUE de 14 de abril de 2016 (asunto 381/14): *“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”* (ap. 25).

De estas sentencias resulta que, aunque la cláusula inicial sea abusiva, el consumidor puede después consentir para que no se declare su nulidad (para que se tenga por válida), siempre que preste un consentimiento “libre e informado”. El consentimiento es informado, según estas sentencias, cuando el consumidor es consciente del carácter no vinculante de la cláusula suelo inicial (por ser abusiva) Y es libre, en mi opinión, cuando ese consentimiento, esa “manifestación” de voluntad es realmente negociada, esto es, cuando no se impone mediante cláusulas predispuestas.

Por lo tanto, si el “pacto” posterior no ha sido negociado, sino que son cláusulas predispuestas no negociadas individualmente (como sucede en el caso resuelto por la STS de 11 de abril de 2018), ese acuerdo posterior también es nulo. No deja de resultar llamativo que una cláusula suelo nula (por falta de transparencia) pueda reputarse válida por el simple hecho de que en un contrato posterior que tiene cláusulas predispuestas una de ellas impida al consumidor reclamar contra aquella cláusula suelo inicial. No parece razonable que, mediante el uso de cláusulas predispuestas, se puede impedir que el consumidor ejercite sus derechos, o que el juez puede examinar de oficio el carácter abusivo de aquella cláusula suelo. Las cláusulas predispuestas que conforman este acuerdo posterior vulneran el principio de no vinculación y de



efectividad de los arts. 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CE. También el efecto disuasorio de la Directiva se vería debilitado. El prestamista no tiene incentivos para expurgar del contrato de préstamo las cláusulas abusivas si con posterioridad puede imponer un acuerdo transaccional en el que, a cambio de eliminar alguna de esas cláusulas, declara que el consumidor no podrá reclamar contra él ni la nulidad de esas cláusulas originales ni la restitución de lo indebidamente cobrado en ejecución de esas cláusulas. En estos casos el prestamista se queda en mejor situación de la que tendría si el contrato inicial no incluyera cláusulas abusivas, lo cual no es compatible con el efecto disuasorio de la Directiva y con la imposibilidad de “moderar” una cláusula abusiva.

Sobre este asunto, el Juzgado de Teruel pregunta lo siguiente (pregunta 1):

“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”.

Al margen de alguna incorrección técnica (como denominar al acuerdo posterior “contrato de novación”), se pregunta, en esencia, si la nulidad de la cláusula suelo inicial se extiende también al acuerdo posterior. La pregunta no distingue en función de que el acuerdo posterior haya sido negociado o se haya impuesto mediante cláusulas predispuestas. Y además, funda la posible nulidad del acuerdo posterior en el principio de no vinculación del art. 6 de la Directiva, cuando también debería apoyarse en el principio de efectividad y el efecto disuasorio de la Directiva, contenido en el art. 7 de la Directiva y en numerosas sentencias del TJUE.

4.2. Decisión del TJUE

La STJUE dedica a esta primera pregunta los apartados 21 a 30.

La sentencia señala que, en virtud del art. 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 (ap. 22). Que una



cláusula abusiva nunca ha existido, de manera que no podrá tener efectos frente al consumidor (ap. 23). Y que incumbe al juez nacional abstenerse de aplicar las cláusulas abusivas, salvo si el consumidor se opone a ello (ap. 24).

A continuación (ap. 25) señala 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)”*.

Y el apartado 27 añade 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)”*.

Los apartados fundamentales son el 28 y el 29. Afirman lo siguiente (la negrita es mía):

*“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”*.



De todo ello, el TJUE responde a la primera pregunta del Juzgado de Teruel del siguiente modo: *“ha de responderse a la primera cuestión prejudicial 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”* (ap. 30 y fallo).

La STJUE de 9 de julio de 2020 sigue el siguiente esquema. En primer lugar reproduce la doctrina sentada en las SSTJUE de 21 de febrero de 2013 y 14 de abril de 2016 sobre la posibilidad que tiene el consumidor de renunciar a que se declare el carácter abusivo de una cláusula. Y después (ap. 28 y 29) aplica esa doctrina al caso de autos.

Siguiendo las Conclusiones del Abogado General (puntos 39 a 42), la STJUE establece que el consumidor puede renunciar a hacer valer el carácter abusivo de una cláusula. Pero para ello debe prestar un consentimiento libre e informado a la cláusula de renuncia. Sobre cuándo el consentimiento es libre e informado, la STJUE (ap. 29) establece que únicamente lo es cuando el consumidor, en el momento de celebrar el acuerdo novatorio, conoce: (i) el carácter no vinculante de esa cláusula (la cláusula suelo inicial), y (ii) las “consecuencias que ello conlleva”, es decir, tiene que conocer las consecuencias que provoca la renuncia (aunque también puede interpretarse -tesis que no comparto- que “ello” se refiere al carácter no vinculante de la cláusula suelo inicial, y a que tendría que conocer los efectos que tiene esa no vinculación).

Esta argumentación merece varias reflexiones. Llama la atención que, preguntando el Juzgado de Teruel sobre la posible nulidad del acuerdo novatorio por ser nula la cláusula suelo inicial, la STJUE se centre únicamente en cómo ha de prestarse el consentimiento en la cláusula de renuncia del acuerdo novatorio, y no en las demás cláusulas de ese acuerdo (especialmente, en la nueva cláusula de intereses remuneratorio).

La STJUE hace depender la validez de la cláusula de renuncia de que el consumidor preste un consentimiento libre e informado:

- 1.- El consentimiento del consumidor ha de ser “informado”. ¿Qué datos son los que tiene que conocer? Debe conocer, en primer lugar, el carácter no vinculante



de la cláusula suelo inicial, o más exactamente, que esa cláusula es “potencialmente” abusiva y, por ello, no vinculada. Pero también debe saber, en segundo lugar, las “consecuencias” que tiene para él renunciar a reclamar. La STJUE no indica cuáles son esas consecuencias de la renuncia. Creo que se trata de las consecuencias jurídicas de la renuncia (a qué concretos derechos renuncia) y de las consecuencias económicas, esto es, cuál es el “sacrificio patrimonial” que implica la cláusula (en el epígrafe 7.2 volveré sobre esa cuestión).

2.- El consentimiento a la cláusula de renuncia ha de ser “libre”. ¿Qué significa eso? La STJUE no lo explica. Es evidente que el consentimiento del consumidor es libre cuando la cláusula de renuncia ha sido libremente pactada (con negociación real). En este caso la cláusula de renuncia es válida, pues como se ha negociado, no se aplica Directiva de cláusulas abusivas ni el régimen de protección frente a cláusulas no negociadas en ella instaurado.

¿Pero puede considerarse que hay un consentimiento “libre” cuando la renuncia está en una cláusula no negociada individualmente? Esta es la pregunta clave, y como tal debería haber sido formulada al TJUE (es la pregunta 4 de mi propuesta de cuestión prejudicial, recogida en *El acuerdo novatorio...*, *cit.*, pp. 58). Debería preguntarse si es válido el acuerdo novatorio cuando está en cláusulas predisuestas no negociadas individualmente⁵. Y también sobre la posible contrariedad del acuerdo, no sólo al art. 6.1 Directiva, sino también al art. 7 Directiva y al art. 47.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (relativo a la tutela judicial efectiva).

La STJUE no se pronuncia sobre ello. Es verdad que el Juzgado de Teruel en su pregunta 1 no se la formula expresamente. Pero su redacción es lo suficientemente amplia (no distingue entre acuerdo posterior negociado o con cláusulas no negociadas individualmente) como para que el TJUE la hubiera respondido.

La STJUE guarda silencio sobre lo que significa un consentimiento “libre”. Pero parece dar a entender que si el consumidor estaba informado, el consentimiento es libre, aunque la cláusula de renuncia sea una cláusula no negociada individualmente. Así se infiere de la respuesta a la pregunta 3 de Teruel, relativa al control de transparencia de la cláusula de renuncia, que sólo opera cuando una cláusula está sometida a la Directiva (por no haber sido negociada individualmente). Del apartado 66 resulta que esa cláusula es transparente cuando la renuncia procede de un “consentimiento libre e informado”. El mismo “consentimiento libre e informado” al

⁵ Este interrogante parece formularse en la pregunta primera de la cuestión prejudicial del JPI n° 7 de Orense, en la que cuestiona si para juzgar la validez del pacto novatorio es relevante que el consumidor haya negociado el contenido de la modificación.



que se refieren los apartados 28 y 29. De ello cabe concluir que, para el TJUE, el consentimiento puede ser libre, aunque la cláusula de renuncia sea predispuesta e impuesta al consumidor, siempre que el consumidor haya sido adecuadamente informado.

En cualquier caso, los casos de renuncia al ejercicio de un derecho contemplados en las SSTJUE de 21 de febrero de 2013 y de 14 de abril de 2016 son diferentes al caso que nos ocupa. En aquellos la renuncia se produce cuando el juez, en el marco de un proceso judicial, pide a las partes que se pronuncien sobre el posible carácter abusivo de una cláusula, y el consumidor, consciente del carácter no vinculante de esa cláusula, informa que es contrario a que se excluya esa cláusula. En estos casos el consentimiento “libre” del consumidor se produce mediante una manifestación de este en la que, mediante una voluntad libre, expone que desea que la cláusula no se repute abusiva. Aunque el TJUE entiende que la situación es similar cuando la renuncia se hace en un contrato (ap. 28), hay diferencias entre una y otra, especialmente cuando la renuncia en el contrato es una cláusula predispuesta. No existe en tal caso esa “manifestación libre” de querer renunciar. Repárese, además, que la STJUE de 14 de abril de 2016, que es citada en el ap. 25 de la STJUE que se comenta, exige que el consumidor “manifieste que es contrario a que se excluya una cláusula” por ser abusiva. Y la cláusula de renuncia incluida en el acuerdo novatorio no tiene un contenido de este tipo.

El Abogado General sí abordó esta materia en sus Conclusiones. Señala 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” (ap. 54). De donde resulta que, incluso tratándose de una cláusula predispuesta e impuesta por el prestamista, puede considerarse válida si es transparente. Esta tesis se confirma con la nota a pie 54 de las Conclusiones, cuando establece que “la determinación de si el consentimiento del consumidor es “libre” debe efectuarse a la luz de las normas nacionales en materia de vicios del consentimiento”.



5. Segunda pregunta: si las cláusulas del acuerdo posterior pueden ser cláusulas predispuestas no negociadas individualmente

5.1. Planteamiento y decisión del TJUE

El Juzgado de Teruel formula una segunda pregunta:

“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”

Aunque la redacción es manifiestamente mejorable, se pregunta si las cláusulas del acuerdo novatorio (se trate de una novación o una transacción) pueden calificarse como cláusulas predispuestas no negociadas individualmente. La referencia a las “condiciones generales de la contratación” es equivocada, pues la Directiva de cláusulas abusivas no contempla esa figura, sino la de “cláusula no negociada individualmente, definida en su art. 3.2.

Esta pregunta no tiene mucho sentido. La STS de 11 de abril de 2018 admite “el modo predispuesto en que se ha propuesto y aceptado la transacción”. El Tribunal Supremo parte de que las cláusulas del acuerdo privado son, en el caso que se analiza, cláusulas predispuestas no negociadas individualmente incluidas en contratos con consumidores, en los términos exigidos por los arts. 80 y ss. TRLGDCU. Es algo que no se discute. Por eso esas cláusulas, para ser válidas, deben superar los controles de incorporación, de contenido y, en su caso, de transparencia. Si el TS ya admite que esas cláusulas son cláusulas predispuestas en contratos con consumidor, no se ve la razón por la que el Juzgado de Teruel ha de preguntar sobre ello al TJUE.

La STJUE dedica a esta cuestión los apartados 31 a 39.

La sentencia señala que el art 3.2 de la Directiva dispone 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)” (ap. 33). El TJUE añade el requisito de la “generalidad” a los exigidos por el art. 3.2 de la Directiva.

A continuación (ap. 34) establece 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*”. Es decir, que una cláusula puede ser no negociada aunque en ellas se pretenda modificar una cláusula predispuesta en un contrato anterior. Algo lógico, que no precisa mayor aclaración.

Es el juez nacional el que debe determinar si las cláusulas del acuerdo privado tienen la consideración de cláusulas no negociadas individualmente (ap. 35). Para ello tendrán en consideración “el conjunto de las circunstancias en las que tal cláusula fue presentada al consumidor”. A estos efectos, habrá que tener en cuenta, como indica el art. 3.2 de la Directiva, si la cláusula ha sido redactada previamente y si el consumidor ha podido influir en su contenido.

La STJUE contempla dos indicios de que el prestatario “no pudo influir en el contenido de la nueva cláusula suelo”:

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)” (ap. 36).

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*” (ap. 37).

El primer indicio es razonable. Aunque la imposibilidad de influir en el contenido del acuerdo posterior resulta, no tanto de que el prestamista lleva a cabo una política general de renegociación de los préstamos iniciales, sino de que utiliza el mismo modelo de acuerdo novatorio con muchos prestatarios. En cuanto al segundo indicio, es simplemente absurdo: que el prestatario no se lleve copia del contrato nada tiene que ver con que ese prestatario haya podido influir o no en las cláusulas del acuerdo novatorio.



Una última reflexión. El TJUE se refiere únicamente (en los ap. 34 a 37) a la nueva cláusula suelo del acuerdo novatorio. Aunque la pregunta de Teruel parece aludir a cualquier cláusula del acuerdo novatorio y no solamente a esta. En cualquier caso, los argumentos son los mismos, y la doctrina del TJUE es generalizable a cualquier otra cláusula del acuerdo novatorio.

5.2. La cláusula redactada a mano por el prestatario

En esta materia, la pregunta verdaderamente relevante es si puede calificarse como cláusula no negociada individualmente la cláusula manuscrita de puño y letra por el consumidor. En el caso conocido por el Juzgado de Teruel, esta cláusula tiene el siguiente texto: “*SOY CONSCIENTE Y ENTIENDO QUE EL TIPO DE INTERÉS DE MI PRÉSTAMO NUNCA BAJARÁ DEL 2,35% NOMINAL ANUAL*”. El Juzgado de Teruel no pregunta expresamente por esta cláusula, pero el TJUE hace bien en detenerse en ella, aunque sea en un único apartado (el 38).

La STJUE establece 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*” (ap. 38).

Comparto la afirmación del TJUE. El hecho de que la cláusula haya sido escrita a mano por el prestatario no convierte a la cláusula en negociada, sustrayéndola del ámbito de la Directiva 93/13/CE. Y es que, efectivamente, esa cláusula puede ser una cláusula no negociada individualmente.

Hay que comprobar si una cláusula manuscrita cumple los dos requisitos exigidos en el art. 3.2 de la Directiva.

El primer requisito es que la cláusula “haya sido redactada previamente”, esto es, que la cláusula haya sido elaborada por el predisponente con anterioridad al contacto con el consumidor. Es el requisito de la predisposición. En el caso que se analiza es el propio consumidor el que la redacta (escribe). A pesar de ello, el art. 3.2 de la Directiva puede interpretarse de tal modo que la cláusula manuscrita tenga cabida en el mismo. Que la cláusula ha “sido redactada previamente” significa que ya está “configurada” por el prestamista antes de contactar con el consumidor, aunque su plasmación en el documento contractual se haga por el propio consumidor. Así entendido, la cláusula manuscrita es una cláusula predispuesta, porque el prestamista



la ha configurado, diseñado o elaborado antes de contactar con el consumidor. Este se limita a escribir (transponer en papel) un texto que antes ha sido elaborado por el prestamista.

El segundo requisito es que el consumidor no haya podido influir sobre el contenido de la cláusula. Es el requisito de la imposición. Cabría sostener que difícilmente puede considerarse una cláusula “impuesta” (esto es, no negociada) cuando es el propio consumidor el que la escribe de su puño y letra. Sin embargo, puede acreditarse sin dificultad que una cláusula con ese mismo texto existe también en otros muchos contratos celebrados por ese mismo prestamista con otros consumidores. Si la redacción es idéntica en todos los casos es porque el prestamista la impone, esto es, porque el consumidor no ha podido redactarla a su gusto y criterio. En estos casos, “el consumidor no ha podido influir en su contenido”, como requiere el art. 3.2 de la Directiva. En realidad, este precepto debe interpretarse en el sentido de que para que la cláusula se considere no impuesta, no basta con que el consumidor haya podido influir en su redacción, sino que es preciso que, efectivamente, haya influido en la misma, circunstancia que debe ser probada por el profesional.

En conclusión, el TJUE responde a la segunda pregunta que *“el artículo 3, apartado 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”* (ap. 39 y fallo).

6. Cuarta pregunta: el control de transparencia material de la nueva cláusula suelo incluida en el acuerdo posterior

6.1. Planteamiento

La cuarta pregunta de la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de Teruel versa sobre el control de transparencia materia de la nueva cláusula de interés remuneratorio supera el control de transparencia material.

Esta es una cláusula no negociada individualmente, que se refiere al objeto principal del contrato (a los efectos del art. 4.2 de la Directiva), y por ello, para que sea válida, debe superar el control de transparencia material. Según una consolidada doctrina del TJUE, para que una cláusula sea transparente, el consumidor, antes de celebrar el contrato, tiene que recibir la información necesaria para que esté en condiciones de



valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él de la cláusula en cuestión.

La cuestión que hay que resolver es qué concreta información ha de suministrar el prestamista para superar el control de transparencia material. De la doctrina del TJUE [SSTJUE 21 de marzo de 2013 (asunto C-92/11), 20 de septiembre de 2017 (asunto C-186/16) y 9 de julio de 2015 (asunto C-348/14)] resulta que para averiguar cuál es esa información ha de estarse a las circunstancias concurrentes en cada caso, a la naturaleza de los bienes o servicios que se contratan y a la concreta cláusula sometida a control de transparencia. Por esta razón, las menciones informativas son distintas en función de que se trate, por ejemplo, de una cláusula suelo o de una cláusula que fija el precio en moneda extranjera (cláusula multivivisa).

En el caso del acuerdo novatorio sobre una cláusula suelo, y en relación con la concreta información que el consumidor debe conocer para que este acuerdo supere el control de transparencia material, la STS 205/2018, de 11 de abril de 2018, ha establecido lo siguiente:

“Ahora bien, 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%” (FJ 3º, apartado 8, párrafos 5 y 6).

Según el texto transcrito, para que el acuerdo privado (calificado por el Tribunal Supremo como transacción) supere el control de transparencia, es necesario que, antes de celebrarlo, el consumidor conozca “las consecuencias económicas y jurídicas” que implica. Ello se materializa, según el Tribunal Supremo, en que el prestatario tiene que conocer los cinco siguientes datos: (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 realidad, salvo la mención (ii), que se refiere a la cláusula de renuncia al ejercicio de derechos, las otras cuatro tienen que ver con la transparencia de la nueva cláusula relativa a los intereses remuneratorios. El Tribunal Supremo entiende que el prestatario conocía estas cinco menciones informativas (por la trascendencia mediática de la STS de 9 de mayo de 2013), por lo que el acuerdo transaccional es válido.

El voto particular de esta sentencia también se ocupa de esta cuestión. Entiende que, para que la nueva cláusula sobre el interés remuneratorio sea transparente, el consumidor tenía que haber sido informado de lo siguiente (FJ 2º, apartado 4): del “carácter litigioso” de la cláusula suelo, esto es, de la posible nulidad de la cláusula, por no superar el filtro de la transparencia material; y de la posibilidad de reclamar a la entidad de crédito la devolución de los intereses abonados indebidamente por la aplicación de la citada cláusula suelo.

A mi juicio, y como ya expuse en otro lugar (*El acuerdo novatorio...*, *cit.*, pp. 76 y ss.), para que la nueva cláusula sobre interés remuneratorio del acuerdo privado supere el filtro de la transparencia material, el prestatario debe conocer los siguientes hechos:

1.- En primer lugar, debe conocer la existencia de esa cláusula y su significado económico; esto es, tiene que conocer cómo se fija el tipo de interés del préstamo tras el acuerdo (si es variable o fijo), si existe cláusula suelo (en caso de que el interés pactado sea variable), la cuota de amortización inicial que tiene que abonar el prestatario, y en todo caso las cuotas que debería abonar el consumidor según diferentes escenarios de evolución de los tipos de interés, siempre que se tomen como ejemplos distintos valores del euríbor. Por tanto, tiene que conocer, respecto a la nueva cláusula de intereses, lo que tradicionalmente el Tribunal Supremo viene exigiendo respecto a la cláusula de interés remuneratorio.

2.- Pero el consumidor necesita más información, precisamente porque esta nueva cláusula viene a sustituir a la cláusula original del préstamo sobre intereses remuneratorios. El consumidor tiene que conocer: (i) que la cláusula suelo original es potencialmente no transparente y nula; (ii) que en tal caso el consumidor tendría derecho a pedir la devolución de los intereses remuneratorios pagados indebidamente (indicando, también, la cuantía exacta de esos intereses); y (iii) que esa posible falta de transparencia inicial va a ser subsanada con una nueva cláusula relativa al modo de calcular el interés remuneratorio. Si el control de transparencia persigue que el prestatario conozca el contenido y los efectos



económicos de la nueva cláusula de intereses remuneratorios, es imprescindible que, antes de contratar, el prestatario tenga conocimiento de estas menciones informativas.

Tras comparar las menciones informativas que, en mi opinión, debería recibir el consumidor antes de celebrar el acuerdo novatorio, con las menciones informativas requeridas por la STS de 11 de abril de 2018, resulta que la citada sentencia exige (cosa que yo comparto) que el consumidor conozca que la cláusula suelo inicial puede ser nula por falta de transparencia. Sin embargo, la STS no requiere las menciones informativas (ii) y (iii) citadas en el párrafo anterior: no exige que el consumidor conozca que, debido a la nulidad de la cláusula original, el consumidor tenía derecho a pedir la devolución de los intereses cobrados indebidamente (ni cuál es la cuantía exacta de esos intereses); y que esa falta de transparencia de la cláusula inicial va a ser subsanada con una nueva cláusula sobre interés remuneratorio. Por esta razón, entiendo que la STS de 11 de abril de 2018 es contraria al art. 4.2 de la Directiva 93/13/CE, y que la nueva cláusula de intereses del acuerdo posterior no es transparente.

El Juzgado de Teruel también considera que la STS de 11 de abril de 2018 no respeta el art. 4.2 de la Directiva, pues de este precepto resulta que el consumidor debería conocer, antes de celebrar el acuerdo novatorio, más datos de los que establece el Alto Tribunal. Por eso incluye en su cuestión prejudicial una pregunta (la 4) sobre esta materia. La pregunta es la siguiente:

“4) 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 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”.

Una lectura meditada de la pregunta lleva a entender que, según el Juzgado de Teruel, para que la nueva cláusula suelo sea transparente el prestamista debe facilitar al prestatario una triple información:

- (i) En primer lugar, el prestamista debe informar sobre el contenido y alcance económico de la nueva cláusula suelo, en los términos previstos en la STS 241/2013, de 9 de mayo de 2013 (y otras posteriores). Se trata de la información “normal” que el prestamista debe suministrar al prestatario en cualquier cláusula relativa al interés remuneratorio que contenga una cláusula suelo. El prestamista debe informar al prestatario de la cuota mensual que este debe abonar, no sólo conforme al tipo de interés vigente en el momento de aplicarse la nueva cláusula suelo, sino en distintos escenarios económicos, con fluctuaciones al alza y a la baja del Euribor, con el fin de que el prestatario conozca los efectos económicos que tiene la aplicación de la cláusula.
- (ii) En segundo lugar, el prestamista debe informar, antes de celebrar el acuerdo novatorio, del tipo de interés (y de la cuota mensual) que el prestatario tendría que pagar en caso de aplicarse la nueva cláusula suelo, y del tipo de interés (y la cuota mensual) que el prestatario tendría que pagar en el momento de firmar el acuerdo novatorio si se aplicase el contrato inicial pero sin cláusula suelo. Se trata de que el prestatario sepa la diferencia entre la cuota que va a pagar después de firmar el acuerdo novatorio, y la que pagaría si se aplicara en ese instante la cláusula de intereses remuneratorios del contrato inicial pero sin cláusula suelo.
- (iii) En tercer lugar, el prestamista debe informar de la cuantía de los intereses indebidamente abonados por el consumidor por la aplicación de la cláusula suelo inicial. No de otro modo debe entenderse la exigencia de que se informe al prestatario “*del importe de las cuantías en las que había sido perjudicado por la aplicación de las cláusulas suelo*” (párrafo segundo de la pregunta).

El auto de Teruel pregunta si, en el marco de un acuerdo novatorio, para que la nueva cláusula suelo sea transparente es imprescindible que el prestamista informe, antes de celebrar el acuerdo, sobre estas tres circunstancias. La primera no plantea dificultades,



pues es evidente que el prestamista ha de informar de ello (del contenido y del alcance económico de la nueva cláusula suelo durante toda la vida del contrato). En cuanto a la segunda mención informativa, no creo que para el prestatario sea relevante conocer la diferencia entre la cuota mensual que pagará con la nueva cláusula suelo y la que tendría que pagar (tras la celebración del acuerdo privado) si se aplicara el contrato inicial pero sin cláusula suelo. En cambio, la tercera mención es imprescindible: tiene que informar de la cuantía de los intereses indebidamente cobrados.

Para el Juzgado de Teruel, el deber de transparencia no requiere que el prestamista informe que la cláusula suelo inicial es potencialmente transparente; pero esa información parece ínsita en el hecho de que sí exige que informe de cuál sería el interés aplicable (y la cuota mensual) si se aplicara el contrato inicial pero sin cláusula suelo (y si no la hay es porque es nula por falta de transparencia). En mi opinión, es esa una información que necesariamente debe conocer el prestatario para que la cláusula supere el control de transparencia. Tampoco requiere, según parece deducirse del auto, que el prestamista informe de que el consumidor tiene derecho a pedir la devolución de los intereses remuneratorios indebidamente cobrados. Me parece claro que esa omisión tiene enorme trascendencia, y convierte a la cláusula en no transparente. Es obvio que no basta con que se informe al prestatario de que sin cláusula suelo inicial el interés remuneratorio sería X y ahora, tras la nueva cláusula de intereses (con nueva cláusula suelo) el interés remuneratorio será Y –más elevado que X-. El consumidor tiene que conocer que ha pagado unos intereses indebidamente (e incluso su cuantía), y que tiene derecho a solicitar su devolución.

6.2. Decisión del TJUE

La STJUE dedica a la pregunta 4 los apartados 40 a 56.

La sentencia comienza su argumentación reproduciendo el texto de los arts. 4.2 y 5 de la Directiva (ap. 42 y 43). Por eso, la cláusula que se refiere al objeto principal del contrato debe redactarse de manera “clara y comprensible” para superar el control de transparencia (ap. 42). Señala que el control de transparencia “*debe interpretarse de manera extensiva*” (ap. 44).

El control de transparencia exige “*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, Andriuc y otros, C-186/16, EU:C:2017:703, apartado 45) (ap. 45).

En relación con los contratos de préstamo hipotecario, el apartado 46 establece que, para ver si se cumple la transparencia, hay que atender a la publicidad y a la información proporcionada por el prestamista. Y 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”*. Por lo tanto, se impone al prestamista el deber de comunicar al consumidor “todos los elementos que puedan incidir en el alcance de su compromiso”, sin especificar cuáles son esos elementos (menciones) informativos. También requiere que en el contrato se informe de “la información que se considere esencial”, pero igualmente omite aclarar cuál es esa “información esencial”.

El apartado 47 insiste en la idea de que el consumidor *“tiene que disponer, antes de la celebración del contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración”*, pues esa información es la que va a tomar en consideración para decidir si desea quedar vinculado con ese empresario. Este apartado tampoco especifica cuál es esa información que debe recibir.

Según el apartado 48, *“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”*. La regla parece razonable. Para determinar qué concreta información debe suministrar el prestamista, antes de celebrar un contrato, hay que tener en cuenta los datos que ese prestamista razonablemente podría conocer en ese momento. Parece obvio, pues, que sería inadecuado exigir al prestamista que informe al consumidor de unos datos que ni siquiera él puede conocer. El apartado 49 insiste en esta idea: *“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”*. Es decir, hay que averiguar de qué datos disponía el prestamista antes de contratar, pues no puede exigírsele que informe al consumidor de datos que él no tenía.



En relación con la cláusula suelo, *“debe situarse al correspondiente consumidor en condiciones de comprender las consecuencias económicas que se derivan para él de tal cláusula”* (ap. 51). Y el apartado 52 añade que *“no cabe exigir al prestamista que facilite información precisa acerca de las consecuencias económicas asociadas a las variaciones del tiempo de interés durante la vigencia del contrato, ya que esas esas variaciones dependen de acontecimientos futuros no previsibles”*. *“El profesional no está en condiciones de precisar el impacto exacto de la aplicación de una cláusula «suelo» sobre tales cuotas”*. Pero el apartado 53 afirma que ha de darse al prestatario *“información sobre la evolución en el pasado del índice en que se basa el cálculo del tipo aplicable”*, citando, en este sentido, la STJUE de 3 de marzo de 2020. Mediante tal información *“puede situarse al consumidor en condiciones de tomar conciencia, a la luz de las fluctuaciones pasadas, de la eventualidad de que no pueda beneficiarse de tipos inferiores al tipo «suelo» que se le propone”* (ap. 54).

En este punto la sentencia es verdaderamente llamativa. Se parte de que el control de transparencia de la cláusula suelo se supera cuando el consumidor conoce, antes de contratar, las consecuencias económicas que se derivan para él de tal cláusula (ap. 51), de manera que el consumidor puede conocer que no podrá beneficiarse en el futuro de tipos inferiores al tipo suelo (ap. 54). Pero como no puede saberse con certeza cómo evolucionará en el futuro el tipo de interés de referencia, no ha de darse información sobre esa posible evolución futura, bastando con que se facilite al consumidor información sobre el pasado. Este razonamiento es absurdo. Es obvio que el prestamista no sabe cómo evolucionará el tipo de interés en el futuro. Pero el consumidor no necesita conocer ese dato, sino saber que, al margen de las fluctuaciones del tipo de interés en el futuro, él siempre abonará un tipo de interés mínimo (que se calcula conforme a la cláusula suelo). Por eso es necesario que se faciliten distintos escenarios de evolución del tipo de interés en el futuro. Con eso el consumidor podrá conocer cuál será el tipo de interés que él debería pagar en cada uno de esos escenarios, y podrá saber, así, que aunque el tipo de interés se sitúe por debajo de la cláusula suelo, él siempre estará obligado a pagar el que resulte de aplicar la citada cláusula suelo. Sólo de este modo podrá el prestatario conocer las consecuencias económicas de la cláusula suelo, esto es, de qué modo afecta la cláusula en la futura ejecución del contrato de préstamo.

Quizás el apartado más importante de la sentencia es el 55. Trata de si el prestamista debe informar de la cuantía de los intereses remuneratorios indebidamente abonados por el prestatario. Establece 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 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”.

Este apartado 55 admite dos interpretaciones:

1.- Es el consumidor el que tiene que calcular la cuantía de los intereses indebidamente abonados. Para ello el banco debe haber puesto a su disposición los “datos necesarios” para ello. ¿Cuáles son esos datos? No se explica. Debe tratarse de datos (documentos) de los que un consumidor medio pueda fácilmente calcular las cantidades abonadas con cláusula suelo y las que debería haber abonado sin cláusula suelo. En todo caso, parece que si el banco no suministra ningún dato al prestatario para que pueda calcular los intereses indebidamente abonados, no se cumple con la transparencia material.

2.- El prestamista tiene que informar al consumidor de todas las cantidades que este ha pagado (cuotas con cláusula suelo) y las cantidades que habría pagado sin cláusula suelo. Si comunica estas dos cifras, el consumidor puede fácilmente calcular la cuantía de los intereses indebidamente abonados (con una simple resta). Para cumplir este deber informativo, el prestamista puede indicar, sin más, la cifra total de cantidades pagadas con cláusula suelo y sin cláusula suelo. O puede suministrar “los datos necesarios” para que el consumidor pueda calcular cada una de estas cifras fácilmente. Por ejemplo, puede indicar por años naturales las cuantías pagadas con cláusula suelo y las que debía haber pagado sin cláusula suelo.

Creo que esta segunda interpretación es la que debe acogerse. Se trata de una interpretación que tiene encaje en la propia letra del apartado 55. La sentencia obliga al prestamista a facilitar “todos” los datos necesarios al prestatario para que este pueda “fácilmente” calcular los intereses remuneratorios indebidamente abonados. Para el consumidor puede no ser muy complicado averiguar las cantidades de amortización del préstamo que ha abonado hasta la fecha. Pero le resultará prácticamente imposible calcular por sus propios medios las cantidades que debería haber abonado si no se hubiera aplicado la cláusula suelo. Esta tarea es inabordable para cualquier consumidor (incluso un consumidor más informado que el “consumidor medio”), porque supone realizar complejas operaciones de matemáticas financieras. Exigir al consumidor que “averigüe” ese dato es irrazonable, y nunca podrá hacerlo



“fácilmente”, aunque sea un consumidor medio normalmente informado y razonablemente perspicaz. Para el prestamista, sin embargo, es fácil conocer ese dato (dispone de los medios técnicos para ello).

En consecuencia, la STJUE establece que el prestamista debe facilitar al consumidor, antes de celebrar el acuerdo novatorio, las cantidades que el consumidor ha abonado en concepto de amortización de préstamo (que se han calculado aplicando la cláusula suelo inicial) y las cantidades que debería haber abonado si no se hubiera aplicado esa cláusula suelo. Debe suministrar esas dos cifras, o a lo sumo, “los datos necesarios” para que el consumidor pueda calcularlas fácilmente (por ejemplo, cada una de esas dos cantidades por años naturales). Si el prestamista facilita esos datos cumple con las obligaciones informativas que le impone el art. 4.2 de la Directiva.

La STJUE termina su respuesta a la pregunta 4 con el apartado 56 (que se reproduce en el fallo), que contiene la respuesta: *“de las anteriores consideraciones resulta que ha de responderse a la cuarta cuestión prejudicial que el artículo 3, apartado 1, el artículo 4, apartado 2, y el artículo 5 de la Directiva 93/13 deben interpretarse 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”*.

La lectura de este apartado causa perplejidad. Se repite la consabida regla de que el control de transparencia requiere que el consumidor, antes de contratar, comprenda “las consecuencias económicas” que para él derivan de la nueva cláusula suelo. Y se añade que eso implica, en particular, que se ponga a disposición del consumidor la evolución pasada del índice utilizado para calcular el tipo de interés. ¿Pero por qué no se incluye en la respuesta que también ha de informarse al consumidor de la cuantía de los intereses indebidamente abonados por aplicación de la cláusula suelo inicial, en los términos establecidos en el apartado 55? En cualquier caso, que la información exigida en el apartado 55 no se mencione en la respuesta no significa que el apartado 55 deba obviarse.

Llegados a este punto, procede examinar cuál es la respuesta del TJUE a las cuestiones concretas que le formula la pregunta 4 del Juzgado de Teruel.



- (i) Según el Juzgado de Teruel, el prestamista debe informar sobre el contenido y alcance económico de la nueva cláusula suelo. El TJUE afirma que el prestamista debe conocer las consecuencias económicas que se derivan de la aplicación de esa cláusula suelo. Pero solo alude a una mención obligatoria: información sobre la evolución en el pasado del índice que se usa para calcular el tipo de interés (pe., Euribor).
- (ii) Según el Juzgado de Teruel, el prestamista debe informar, antes de celebrar el acuerdo novatorio, del tipo de interés (y de la cuota mensual) que el prestatario tendría que pagar en caso de aplicarse la nueva cláusula suelo, y del tipo de interés (y la cuota mensual) que el prestatario tendría que pagar en el momento de firmar el acuerdo novatorio si se aplicase el contrato inicial pero sin cláusula suelo. El TJUE no se pronuncia sobre ello. Pero es evidente que el primer dato (tipo de interés aplicable y cuantía mensual de la nueva cuota) sí debe ser facilitado por el prestamista, pues forma parte del control de transparencia “normal” de una cláusula suelo (también de la nueva).
- (iii) Según el Juzgado de Teruel, el prestamista debería haber informado de los intereses indebidamente abonados por el consumidor por la aplicación de la cláusula suelo inicial. En principio, la STJUE establece que el prestamista no debe informar de la cuantía exacta de estos intereses, pero sí poner a disposición del prestatario la cuantía de las cantidades pagadas con cláusula suelo y las que deberían haberse abonado sin cláusula suelo, o los “datos necesarios” para que el prestatario pueda calcular esas dos cifras fácilmente. Si el prestamista no facilita esta información antes de contratar, no cumple con el deber de transparencia material.

Tras esta exposición, llegamos a la última cuestión: ¿la doctrina del TS respeta la establecido en STJUE de 9 de julio de 2020?

Recordemos que, según la STS de 11 de abril de 2018, para que el acuerdo privado supere el control de transparencia, es necesario que, antes de celebrarlo, el consumidor conozca las cinco menciones 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 realidad, salvo la mención (ii), que se refiere a la cláusula de renuncia al ejercicio de derechos, las otras



cuatro tienen que ver con la transparencia de la nueva cláusula relativa a los intereses remuneratorios.

Tomando en consideración las menciones informativas que el prestamista debe facilitar, según la STJUE, hay que concluir lo siguiente:

- (1) Según la STJUE, el prestatario debe conocer, antes de celebrar el acuerdo novatorio, las consecuencias económicas de la nueva cláusula suelo. Es una exigencia del deber de transparencia en sentido clásico. Esto sí se exige en la doctrina clásica del TS. Pero el TJUE añade que se informe también de la evolución en el pasado del índice que se aplica para calcular el tipo de interés (básicamente, el euribor). Esta es una exigencia “nueva”, que no se requiere por el TS para la validez (transparencia) de la cláusula suelo, y a la que tampoco se alude en la STS de 11 de abril de 2018.
- (2) Según la STJUE, el prestatario debe conocer las cantidades que ha satisfecho en concepto de amortización del préstamo (calculadas con la cláusula suelo inicial) y las que debería haber abonado si no se hubiera aplicado la cláusula suelo. La STS no exige que el consumidor conozca este dato.
- (3) Según la STJUE, el prestatario debe conocer el carácter no vinculante de la cláusula suelo inicial. La STS cumple este requisito, pues exige que se informe al consumidor que la cláusula suelo podía ser nula por falta de transparencia.

En conclusión, la STS de 11 de abril de 2018 es contraria a la Directiva de cláusulas abusivas, porque no exige que el prestamista informe de la mención (2), y sólo en parte de la mención (1).

7. Tercera pregunta: el control de transparencia material de la cláusula de renuncia incluida en el acuerdo posterior

La STJUE responde de manera conjunta a las preguntas 3 y 5 del Juzgado de Teruel. Las dos versan sobre la cláusula de renuncia al ejercicio de acciones contra el prestamista. La primera analiza si esta cláusula supera el control de transparencia material, mientras que la segunda se refiere al control de contenido de esta cláusula. En este apartado se examina la primera (pregunta 3).



7.1. Planteamiento

¿Supera la cláusula de renuncia al ejercicio de derechos incluida en el acuerdo novatorio/transaccional el control de transparencia material?

Vamos a partir de la tesis asumida en la STS de 11 de abril de 2018. Como ya se ha indicado, para que las cláusulas del acuerdo posterior sean válidas, el consumidor tiene que conocer, antes de celebrar el acuerdo, las consecuencias económicas y jurídicas del acuerdo novatorio. Ello se materializa en que el prestatario tiene que conocer los siguientes datos: (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. De estas menciones, la única que se refiere a la cláusula de renuncia al ejercicio de derechos es la (ii) –las otras cuatro tienen que ver con la nueva cláusula relativa a los intereses remuneratorios-.

En consecuencia, para el Tribunal Supremo la transparencia de la cláusula de renuncia al ejercicio de acciones se produce cuando el consumidor conoce que no podrá solicitar la nulidad de la cláusula suelo contenida en el contrato inicial de préstamo. Según el alto tribunal, basta con que el consumidor esté informado de esta única circunstancia para que la cláusula de renuncia supere el control de transparencia material y, por tanto, se repunte válida.

El voto particular de la STS de 11 de abril de 2018 defiende otra tesis. Señala que la entidad prestamista no cumplió con la exigencia de la transparencia debida, por lo que el documento novatorio debe reputarse nulo. Establece 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”* (FJ 2º, ap. 4).

Me permito discrepar de la tesis asumida por el TS. A mi juicio, y como ya he expuesto en otro lugar (*El acuerdo novatorio...*, cit., pp. 98 y ss.), del art. 4.2 de la Directiva 93/13/CE resulta que, para la cláusula de renuncia al ejercicio de derechos incluida en el “documento privado” sea transparente, el prestatario debe conocer, antes de celebrar el acuerdo, los siguientes hechos:

- (i) En primer lugar, tiene que conocer los “efectos jurídicos” de la cláusula de renuncia. Esto implica que tiene que conocer los concretos derechos a



los que renuncia: el derecho a solicitar la nulidad de la cláusula suelo inicial y el derecho a pedir la restitución de los intereses indebidamente abonados en aplicación de esa cláusula suelo inicial.

- (ii) En segundo lugar, debe conocer los “efectos económicos”. La cláusula es transparente si el consumidor conocía el contenido “económico” de la cláusula, esto es, si sabía el “sacrificio patrimonial” que implica la cláusula. Eso significa que el prestatario tiene que conocer la cuantía exacta de los intereses a los que renuncia (los intereses indebidamente abonados). Sólo de ese modo puede afirmarse que entiende y conoce el alcance económico de su renuncia.

Así entendida, para mí resulta claro que la STS de 11 de abril de 2018 vulnera el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CE. Pues conforme a la Directiva se exige que el prestatario, antes de contratar, tenga conocimiento de unos datos (los efectos jurídicos y económicos de la cláusula de renuncia) que no se requieren en la STS de 11 de abril de 2018.

La pregunta 3 de la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de Teruel versa sobre esta materia. La pregunta es la siguiente:

“3) 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”.

Por tanto, el Juzgado de Teruel pregunta si, para cumplir con el deber de transparencia material, el prestamista debe informar de los siguientes datos:

- (i) A qué renuncia, lo que exige concretar los derechos a los que renuncia: el derecho a pedir la nulidad de la cláusula suelo inicial y el derecho a pedir la restitución de los intereses indebidamente cobrados. Se trata de información relativa a las consecuencias jurídicas de la cláusula de renuncia.



- (ii) A cuánto dinero renuncia, esto es, la cuantía exacta de los intereses indebidamente cobrados. Estas son las consecuencias económicas de la cláusula de renuncia.
- (iii) Debe informarle “de que estaban ante una cláusula nula”; es decir, de que la cláusula suelo inicial es nula. Este dato está en cierto modo implícito en el (i), porque si el prestatario sabe que renuncia a pedir la nulidad de la cláusula suelo, es porque conoce que esa cláusula es (potencialmente) nula por falta de transparencia.

7.2. Decisión del TJUE

La STJUE se ocupa de la pregunta 3 y 5 de manera conjunta, en los apartados 57 a 77.

Los apartados 59 a 61 reproducen el art. 4.2 de la Directiva, y la necesidad de que las cláusulas que versan sobre el objeto principal del contrato estén redactadas de manera clara y comprensible. La STJUE señala que es el juez nacional el que debe determinar si, dadas las circunstancias del caso concreto, una cláusula cumple los deberes informativos propios de la transparencia material. Pero el TJUE es competente para establecer los criterios que el juez nacional puede o no aplicar para efectuar esa apreciación (ap. 62).

Para analizar la validez de la cláusula de renuncia, el TJUE parte de la distinción entre renuncia previa a ejercitar una acción que se pacta en el propio contrato de compraventa de bienes o servicios, y la renuncia a ejercitar un derecho que ya existe. Sobre el particular, el apartado 67 dispone lo siguiente:

“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”.

La renuncia previa a ejercitar una acción judicial, que se pacta en el propio contrato celebrado entre empresario y consumidor, es siempre nula, como se expone en los apartados 75 y 76. La cláusula de renuncia es siempre nula, por no superar el control de contenido. No sólo porque por su propia naturaleza causa un desequilibrio



importante en los derechos y obligaciones de las partes contrario a la buena fe, sino además porque cae de lleno en el punto 1, letra q) del Anexo de la Directiva. Esto es algo evidente, y no se discute. Sin embargo, la renuncia a ejercitar un derecho que ya existe no es siempre nula. Es lo que sucede con la cláusula de renuncia incluida en el acuerdo novatorio o transaccional posterior, mediante la cual se renuncia a solicitar la declaración de nulidad de la cláusula suelo inicial y a pedir la restitución de los intereses indebidamente abonados en aplicación de la citada cláusula suelo. Esta renuncia puede ser válida, si procede de un consentimiento libre e informado.

El Juzgado de Teruel parte de la premisa de que la cláusula de renuncia forma parte del “objeto principal del contrato”, en los términos del art. 4.2 de la Directiva, y que por ello está sometido a control de transparencia material. En este punto sigue el camino de la STS de 11 de abril de 2018, que no dedica ni una sola línea a analizar qué cláusulas de documento privado afecta al “objeto principal del contrato” y por qué razones. Da por hecho que esas cláusulas son las que contemplan una concesión recíproca: la reducción del límite mínimo del interés remuneratorio (cláusula suelo) que estaba fijado en el contrato inicial y la renuncia a reclamar cualquier cantidad de los pagos realizados hasta la fecha por el prestatario (entre ellos, los intereses remuneratorios cobrados de más por la aplicación de la cláusula suelo inicial). En otro lugar expresé mis dudas acerca de que la cláusula de renuncia forme parte del “objeto principal del contrato” a los efectos del art. 4.2 de la Directiva (*El acuerdo novatorio...*, *cit.*, pp. 65 y ss.).

La STJUE se refiere a esta cuestión en el apartado 68: *“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”*.

La STJUE no afirma que la cláusula de renuncia del caso de Teruel forma parte del objeto principal del contrato. Establece que “una cláusula que contemple una renuncia mutua al ejercicio de cualquier acción judicial... puede constituir el objeto principal del acuerdo”. Como la propia sentencia indica, debe haber una renuncia “mutua”, que se produce al hilo de una controversia surgida entre las partes acerca de la validez de la cláusula suelo del contrato inicial. Nada de eso ocurre en muchos casos en que el consumidor firmó un acuerdo novatorio, pues él no sabía (no se le informó) que la



cláusula suelo podía ser nula por falta de transparencia, y por tanto no había ninguna controversia sobre ello. Pero esa es otra cuestión sobre la que ahora no quiero detenerme.

El apartado 69 se refiere a las menciones obligatorias que, según el Juez de Teruel, el consumidor debe conocer para que la cláusula de renuncia sea transparente. Según este apartado, *“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”*. Alude a que el prestatario no tuvo información del carácter abusivo de la cláusula suelo inicial y de las cantidades a las que el prestatario renuncia. Pero la STJUE olvida otra mención obligatoria según el Juzgado de Teruel: que se informe de los derechos a los que renuncia (a pedir la nulidad de la cláusula y a reclamar la devolución de los intereses indebidamente cobrados).

En los apartados siguientes, el TJUE, en lugar de responder expresamente a la pregunta del Juzgado de Teruel, se enzarza en unas reflexiones que poco ayudan a resolver las dudas del juzgado nacional remitente.

La STJUE insiste (ap. 70 a 73) en que para apreciar el carácter abusivo de una cláusula hay que estar al momento de la celebración del contrato, y deben tenerse en cuenta las circunstancias que el profesional podía conocer en ese momento. En el caso de autos, en el momento de celebrarse el acuerdo novatorio (en el año 2014) ya se había dictado la STS de 9 de mayo de 2013, que consideraba no transparente y nula la cláusula suelo; pero no podía afirmarse con certeza que la cláusula suelo inicial que analizaba el Juzgado de Teruel era no transparente. Además, *“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”* (ap. 73), porque la STS de 9 de mayo de 2013 no obligaba a la devolución de los intereses indebidamente abonados por la aplicación de la cláusula suelo (esa obligación no se reconoce hasta la STJUE de 21 de diciembre de 2016).

El TJUE concluye su argumentación con el extraño apartado 74: *“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”.

Según la STJUE, corresponde al juez nacional averiguar el nivel de certidumbre que existía en 2014 sobre el carácter abusivo de la cláusula suelo inicial, para, en función de eso, determinar qué concreta información debía suministrar el banco al consumidor y averiguar si el consumidor estaba en condiciones de comprender las consecuencias jurídicas de la cláusula de renuncia.

En este punto la STJUE es lamentable: no responde al Juzgado de Teruel que expresamente preguntaba si el consumidor debía conocer a qué derechos renuncia y a cuánto dinero renuncia. La sentencia deja en manos del juez nacional la misión de determinar las menciones informativas que debe suministrar el prestamista. Cuando esa mismo -qué concreta información debe conocer el prestatario- es lo que le pregunta el juez de Teruel. A pesar de ello, del apartado 74 resulta que el consumidor debía disponer de la información pertinente que le hubiera permitido comprender las consecuencias jurídicas que se derivaban para él de la cláusula de renuncia.

En realidad, la respuesta a la pregunta 3 del Juzgado de Teruel está en los ap. 26 a 29 (respuesta a pregunta 1 de Teruel): la cláusula de renuncia es válida cuando se presta un consentimiento “libre e informado”. A ello se refiere también el apartado 66: *“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”.*

En consecuencia, el consumidor debe consentir la cláusula de renuncia de forma “libre e informada”. Como ya se expuso en otro lugar (epígrafe 4.2), el consentimiento informado significa que el consumidor debe conocer, antes de celebrar el acuerdo con cláusula de renuncia, lo siguiente: (i) el carácter no vinculante de la cláusula suelo inicial, o más exactamente, que esa cláusula es “potencialmente” abusiva y, por ello, no vinculada (ap. 29); (ii) las “consecuencias jurídicas” de la cláusula de renuncia (ap. 29, 74 y 77); (iii) las consecuencias económicas de la cláusula de renuncia, en los términos recogidos en el apartado 55.

A la vista de lo expuesto, la STJUE responde a la pregunta 3 del siguiente modo (apartado 77, que se reproduce después en el fallo):



“De las anteriores consideraciones resulta que ha de responderse a las cuestiones prejudiciales tercera y quinta que 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:

– 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”.

Esta respuesta toma en consideración únicamente el apartado 74 de la STJUE, y en verdad no responde a las tres cuestiones concretas que, dentro de la genérica pregunta 3, plantea el Juzgado de Teruel. ¿Cuál es la respuesta del TJUE a cada una de esas tres concretas cuestiones?

- (i) Se pregunta si el prestamista debe informar a qué renuncia el prestatario con la cláusula de renuncia. El TJUE no da una respuesta precisa. Se limita a señalar que debe informar de las “consecuencias jurídicas” que se derivan de la cláusula de renuncia (ap. 74 y 77). Esta respuesta del TJUE es inadmisibile, por cuanto no contesta a la pregunta formulada.
- (ii) Se pregunta si el prestamista debe informar a cuánto dinero renuncia el prestatario. La STJUE no se ocupa de ello en este lugar, pero ya lo hizo en el apartado 55, que exige que se informe al consumidor de las cantidades que ha abonado como amortización del préstamo (calculadas con la cláusula suelo) y de las cantidades que habría tenido que abonar si no se hubiera aplicado la cláusula suelo.
- (iii) Se pregunta si el prestamista debe informar de que la cláusula suelo inicial es nula. La STJUE sí exige esta mención informativa (ap. 29).

Ahora se está en condiciones de analizar si la STJUE “corrige” o modula de algún modo la doctrina de la STS de 11 de abril de 2018. Hay que ver las menciones obligaciones exigidas por la STJUE, y comprobar si también son requeridas por la STS. Veamos:



1.- La STJUE exige que se informe al prestatario de las “consecuencias jurídicas” de la renuncia, sin aclarar si la información debe hacer referencia a los concretos derechos a los que renuncia el prestatario. Por su parte, la STS requiere que se informe al prestatario de las “consecuencias económicas y jurídicas” del acuerdo novatorio. Entre ellas se menciona, en particular, que el prestatario conozca que tras la firma del acuerdo novatorio él no podrá solicitar la nulidad de la cláusula suelo contenida en el contrato inicial de préstamo. En la medida en que la STJUE no señala específicamente que hay que informar al consumidor de que renuncia al derecho a pedir la devolución de los intereses indebidamente cobrados, no parece que la STS, que tampoco exige esa información, sea contraria a la STJUE.

2.- La STJUE exige que se informe al prestatario de las cantidades que ha abonado en concepto de amortización del préstamo (calculadas con la cláusula suelo inicial) y de las cantidades que habría tenido que abonar si no se hubiera aplicado la cláusula suelo (ap. 55). La STS no impone al prestamista el deber de facilitar esta información, por lo que en este punto la STS no respecta la STJUE y es, por ello, contraria al art. 4.2 de la Directiva 93/13/CE.

3.- La STJUE exige que se informe al prestatario acerca del carácter no vinculante de la cláusula suelo inicial (ap. 29). Esta mención informativa viene requerida también por la STS, que obliga a que el prestatario conozca que la cláusula suelo inicial puede ser nula por falta de transparencia.

8. Quinta pregunta: el control de contenido de la cláusula de renuncia

8.1. Planteamiento

La STS de 11 de abril de 2018 entiende que la cláusula de renuncia al ejercicio de derechos contenida en el “documento privado” supera el control de transparencia material, por lo se reputa válida. Como la cláusula supera este control de transparencia material, el Tribunal Supremo no tiene que analizar si la cláusula supera o no el control de contenido. Pues las cláusulas que afectan al objeto principal del contrato únicamente deben superar los controles de incorporación y de transparencia, pero no el de contenido (si la cláusula es transparente).

Mi opinión es que es discutible que la cláusula de renuncia verse sobre el “objeto principal del contrato” y, en consecuencia, esté sometida a control de contenido. Pero voy a admitir, como lo hacen a STS de 11 de abril de 2018 y el Juzgado de Teruel, que se refiere al objeto principal del contrato y está sometido, por ello, al control de transparencia material. Como se ha expuesto en el epígrafe anterior, de la STJUE de



9 de julio de 2020 resulta que la cláusula de renuncia no supera el control de transparencia material, porque no informa de los intereses indebidamente abonados por el prestatario, en los términos que indica su apartado 55. Una cláusula no transparente no es automáticamente abusiva, sino que hay que analizar si supera el control de contenido y, si no lo supera, sí puede reputarse abusiva. Por eso es necesaria examinar si la cláusula de renuncia supera el control de contenido.

En otro lugar he analiza en detalle las razones por las que, a mi juicio, no supera el control de contenido la cláusula en la que el prestatario renuncia a pedir la nulidad de la cláusula suelo inicial y a reclamar la devolución de los intereses remuneratorios indebidamente cobrados por la aplicación de esa cláusula suelo (*El acuerdo novatorio...*, cit., pp. 105 y ss.). A ese lugar remito al lector interesado.

El Juzgado de Teruel pregunta (pregunta 5) si puede considerarse abusiva, por no superar el control de contenido, la cláusula de renuncia al ejercicio de acciones. El texto de la pregunta es el siguiente:

“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 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)”.

La pregunta no está bien formulada. Se pide al TJUE que se pronuncia acerca de si supera el control de contenido diseñado en el art. 3.1 y en el Anexo 1, letra q) de la Directiva la cláusula que limita la posibilidad de ejercitar derechos “que puedan nacer o revelarse después de la firma” del acuerdo novatorio, como “la posibilidad de reclamar la devolución íntegra de los intereses pagados” que reconoce la STJUE de 21 de diciembre de 2016. Creo que la finalidad de la pregunta es clara: ¿supera el control de contenido la cláusula en que el consumidor renuncia a reclamar la devolución de los intereses remuneratorios indebidamente abonados? Pero es inadecuado afirmar que ese derecho “nace” después de celebrarse el acuerdo novatorio. La STJUE de 21 de diciembre de 2016 no “crea” el derecho a solicitar la devolución de esos intereses. Este derecho ya lo tenía el consumidor, a pesar de que la STS de 9 de mayo de 2013 lo había negado, al sostener que la declaración de



abusividad de la cláusula suelo carecía de efectos retroactivos. La STJUE de 21 de diciembre de 2016 reconoce ese derecho, que en puridad es un derecho que el consumidor tiene desde que celebró el contrato de préstamo y pagó la primera cuota de amortización con intereses indebidos (al aplicársele la cláusula suelo). En esta línea, es más correcto afirmar que el derecho a pedir la devolución de todos los intereses indebidamente abonados “se revela” después de firmarse el acuerdo novatorio.

Repito que, a pesar de lo poco afortunada que es la expresión utilizada por el Juzgado de Teruel, una adecuada interpretación de la pregunta permite concluir que, en verdad, se está preguntando si es abusiva la renuncia a reclamar la devolución íntegra de los intereses indebidamente abonados.

8.2. Decisión del TJUE

El TJUE, permítaseme la expresión, sale por los cerros de Úbeda (cerros que yo conozco bien, como ubetense que soy).

La STJUE, a la hora de analizar la validez de la cláusula de renuncia, distingue entre la renuncia a ejercitar un derecho que ha existido “y 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” (ap. 67).

Estos apartados 75 y 76 establecen 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”.

De todo ello, la respuesta que da el TJUE es la siguiente (ap. 77 y fallo):

“De las anteriores consideraciones resulta que ha de responderse a las cuestiones prejudiciales tercera y quinta que 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:
- 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”.

La STJUE dispone que en el acuerdo novatorio no puede el consumidor renunciar a derechos que nacen de ese acuerdo. En particular, señala que no puede renunciar a reclamar contra la nueva cláusula suelo, si así lo quiere.

Esta afirmación de la STJUE es una obviedad, y no admite discusión. Pero resulta que el Juzgado de Teruel no le pregunta eso, sino que le pide que se pronuncie acerca de si supera el control de contenido la cláusula de renuncia a ejercitar un derecho que ya existía en el momento de celebrar el acuerdo novatorio. Es cierto que la pregunta de Teruel no es todo lo clara que debiera, pero sí pueda advertirse de su lectura qué es lo que realmente lo que quiere preguntar.

En definitiva, el TJUE no responde a la pregunta 5 del Juzgado de Teruel. Sin embargo, en el apartado 29 de la STJUE viene a sostenerse que la cláusula de renuncia no transparente es siempre abusiva (tesis que yo comparto). Reproduzco de nuevo este apartado 29: *“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”.*



Según este apartado 29, si el consentimiento a la cláusula de renuncia no es libre e informado (y si eso sucede, la cláusula no es transparente), se incumplen los requisitos del art. 3 de la Directiva. Y es el art. 3.1 de la Directiva el que considera abusivas las cláusulas que, “pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato”. En consecuencia, la cláusula de renuncia no abusiva no es que sea automáticamente nula, sino que su validez depende de que supere el control de contenido. Pero como no lo supera, será abusiva y nula.

Esto mismo es lo que expresa con otras palabras el Abogado General en sus Conclusiones: *“debido a la falta de transparencia, no puede considerarse que la renuncia prevista en la cláusula referida resulte del «consentimiento informado» del consumidor. Por lo demás, en mi opinión, dicha falta de transparencia y la asimetría en la información que implica permiten presumir que existe ese desequilibrio importante y apuntan a un incumplimiento de la exigencia de buena fe por parte de Ibercaja”* (ap. 83). Por lo tanto, sostiene que la cláusula de renuncia no transparente no supera el control de contenido, y es por ello abusiva y nula.

9. Sobre la prueba de que el consumidor conocía la información necesaria para que las cláusulas del acuerdo novatorio sean transparentes

Ya he mencionado en varias ocasiones que la STS de 11 de abril de 2018 exige que el prestatario, antes de celebrar el acuerdo novatorio, conozca las consecuencias económicas y jurídicas del mismo; y que eso se materializa en la exigencia de que conozca cinco menciones informativas. La sentencia considera probado que el consumidor tenía esa información. Lo explica del siguiente modo:

“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»” (FJ 3º, apartado 8, párrafo 6). Y más adelante añade lo siguiente: *“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” (FJ 3º, apartado 9).

Según esta sentencia, de la repercusión mediática de la STS de 9 de mayo de 2013 resulta que era un hecho notorio, conocido por todos los ciudadanos, que la cláusula suelo incluida en los contratos de préstamo hipotecario era nula. Por eso el prestatario conocía, antes de celebrar el acuerdo privado, los efectos jurídicos y económicos del acuerdo transaccional, y que a cambio de evitar futuras controversias judiciales se reducía el suelo al 2,25 %. La mención manuscrita del consumidor acredita también que el prestatario era consciente de las consecuencias del acuerdo.

Es doctrina consolidada del TJUE que el prestamista, antes de celebrar el contrato, tiene que informar al consumidor de manera adecuada del significado y efectos económicos de la cláusula que versa sobre el objeto principal del contrato, para que éste tenga un conocimiento real y efectivo (así, entre otras, en SSTJUE de 21 de marzo de 2013, asunto C-92/11; 30 de abril de 2014, asunto C-26/13; 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13; 20 de septiembre de 2017, asunto C-186/16; 20 de septiembre de 2018, asunto C-51/17). Además, corresponde al prestamista acreditar que ha facilitado la información necesaria para que la cláusula sea transparente.

A mi juicio, la doctrina sentada en la STS de 11 de abril de 2018 es contraria al art. 4.2 de la Directiva 93/13/CE y a la jurisprudencia del TJUE, por cuanto considera cumplido el control de transparencia sin que el prestamista haya informado al prestatario.

Hubiera sido adecuado que se hubiera preguntado expresamente al TJUE sobre esta cuestión, como ya propuse en otro lugar (*El acuerdo novatorio...*, cit., pp. 87). El Juzgado de Teruel no lo hace, y por eso la STJUE no se pronuncia sobre si esta forma de actuar del TS es contraria a la Directiva. Sin embargo, son numerosas las ocasiones en las que la STJUE de 9 de julio de 2020 alude a que la información debe ser proporcionada por el prestamista. Así, por ejemplo, dispone que hay que atender a “la información proporcionada por el prestamista”, y que incumbe al juez nacional verificar que “se hubieran comunicado al consumidor” todos los elementos que pueden incidir en el alcance de su compromiso (ap. 46). Se incide en que es necesario que el prestamista “suministre información” sobre la evolución en el pasado del índice en que se basa el tipo de interés (ap. 53); o que “ponga a disposición” del consumidor los datos necesarios para calcular las cantidades a que el consumidor renuncia (ap. 55). En parecidos términos, señala que hay que determinar “el alcance de la información que Ibercaja Banco debía proporcionar a XZ” (ap. 74); y que el consumidor “debe poder disponer de la información pertinente” para poder comprender las consecuencias jurídicas que se derivan de la



cláusula de renuncia (ap. 77). En definitiva, de estos fragmentos resulta que, según la STJUE que se comenta, es el prestamista quien debe facilitar al consumidor la información precontractual necesaria para que las cláusulas pueden reputarse transparentes.

Esta cuestión sí es analizada en las Conclusiones del Abogado General: *“Ciertamente, en su sentencia de 11 de abril de 2018, el Tribunal Supremo declaró que un contrato como el celebrado por XZ cumplía el imperativo de transparencia por cuanto su sentencia de 9 de mayo de 2013 relativa a las cláusulas suelo había tenido una gran difusión en la opinión pública general y el contrato incluía una cláusula manuscrita en la que el consumidor admitía conocer las implicaciones de la nueva cláusula suelo. Sin embargo, albergo dudas en cuanto a este razonamiento. En efecto, en mi opinión, la eventual notoriedad de una sentencia no basta para liberar al profesional de su obligación de redactar cláusulas de forma transparente y actuar también con transparencia en la fase precontractual. Por otra parte, no estoy seguro de que una cláusula manuscrita, redactada conforme a un modelo impuesto por la entidad bancaria, y que indica que el consumidor es consciente y entiende que el tipo de interés de su préstamo nunca bajará de determinado interés mínimo, pueda demostrar que el consumidor comprende las consecuencias de la renuncia en que acaba de consentir”* (ap. 82).