

**COMENTARIO DE LAS
SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE 5 DE NOVIEMBRE DE 2020 (580/2020),
5 DE NOVIEMBRE DE 2020 (581/2020),
11 DE NOVIEMBRE DE 2020 (589/2020)
Y 28 DE DICIEMBRE DE 2020 (692/2020)**

**La cláusula no transparente
¿es necesariamente abusiva?**

Comentario a cargo de:
CARMEN MUÑOZ GARCÍA
Profesora Titular de Derecho civil
Universidad Complutense

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 5 DE NOVIEMBRE DE 2020

RoJ: STS 3549/2020 - **ECLI:** ES:TS: 2020:3549

ID CENDOJ: 28079119912020100022

PONENTE: EXCMO. SR. DON IGNACIO SANCHO GARGALLO

Asunto: Primera de las cuatro sentencias pronunciadas por el Tribunal Supremo en los últimos dos meses del año 2020, tras la esperada Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de julio de 2020 (C-452/18, asunto *Ibercaja Banco*) sobre acuerdos que recaen respecto a cláusulas suelo precedentes y con renuncia a acciones posteriores respecto de dicha cláusula modificada. La doctrina fijada en la sentencia del Tribunal de Luxemburgo sería determinante para resolver la litigiosidad en estas materias, y aún faltaría en la misma línea el Auto del TJUE de 3 de marzo de 2021. Así, en esta primera Sentencia del TS de 5 de noviembre –también en las siguientes–, el pleno de la Sala Primera resuelve sobre los denominados “acuerdos novatorios” o “novación

modificativa del préstamo” entre las entidades financieras y los consumidores, y que traen causa en las conocidas como cláusulas suelo insertas en los contratos de préstamo con garantía hipotecaria y sobre las que el Alto Tribunal falló en la STS 241/2013, de 9 de mayo. En esta resolución de 2013, el Supremo determinaba la licitud de la cláusula suelo pero exigía la transparencia material de las cláusulas en los contratos con consumidores, y que, fijada en el art. 4.2 de la Directiva 93/13, no había sido transpuesta a nuestra normativa interna. A partir de entonces, la probable consideración de predisposición abusiva, con perjuicio para los consumidores, de las denominadas cláusulas suelo, y la declaración de cláusulas abusivas por no transparentes (y por tanto nulas), abocó a las entidades crediticias a ofrecer a acuerdos a los consumidores que evitaran la nulidad y consiguiente no vinculación de la cláusula. Los acuerdos se sucedieron a cientos, y se incrementaron a raíz de la posterior obligación de reembolso de todas las cantidades indebidamente satisfechas fijada en la Sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016. Muchos de aquellos acuerdos que incluyeron bajada del tipo de interés –cláusula suelo–, con renuncia de acciones, son ahora objeto de controversia para dejarlos sin efecto. En estos procedimientos las nuevas pretensiones de los consumidores consisten principalmente en dejar sin efecto dichos acuerdos con base, una vez más, en la falta de transparencia del art. 4.2 de la Directiva 93/13, por recaer sobre el precio como elemento esencial del contrato.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 5 DE NOVIEMBRE DE 2020

RoJ: STS 3593/2020 - **ECLI:** ES:TS: 2020:3593

ID CENDOJ: 28079119912020100025

PONENTE: EXCMO. SR. DON PEDRO JOSÉ VELA TORRES

Asunto: La segunda de las sentencias dictadas el 5 de noviembre efectúa un mismo análisis. En ambas resoluciones se analizan dos acuerdos creados *ex novo* para modificar las cláusulas suelo insertas en los préstamos hipotecarios precedentes. En tales acuerdos, se reduce el tipo de interés fijado originariamente, se estima la validez de la estipulación modificativa y además se fija que la cláusula de renuncia a ejercer acciones *a posteriori* respecto de dicha cláusula, incluida en el acuerdo transaccional, se debe tener por no puesta.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 11 DE NOVIEMBRE DE 2020**RoJ:** STS 3688/2020 - **ECLI:** ES:TS: 2020:3688**ID CENDOJ:** 28079119912020100028**PONENTE:** EXCMO. SR. DON JUAN MARÍA DÍAZ FRAILE

Asunto: Aunque las cuatro sentencias merecen un mismo comentario, la singularidad de la dictada el 11 de noviembre radica en que en el supuesto había existido un acuerdo en el que se sustituía el interés variable con el límite de la cláusula suelo por un interés fijo. De una manera u otra, en el trasfondo late la nulidad absoluta de la cláusula suelo incluida *ab initio* y la nulidad del acuerdo posterior. La sentencia da respuesta a otra cuestión ampliamente debatida por doctrina y jurisprudencia: la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado del préstamo hipotecario y los efectos de la declaración.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 28 DE DICIEMBRE DE 2020**RoJ:** STS 4388/2020 - **ECLI:** ES:TS: 2020:4388**ID CENDOJ:** 28079119912020100030**PONENTE:** EXCMO. SR. DON JOSÉ LUIS SEOANE SPIEGELBERG

Asunto: La sentencia de 28 de diciembre, cuarta que se incluye en este comentario único también aborda la cuestión de la validez o no de las cláusulas que modifican un pacto anterior al que se suma la renuncia recíproca al ejercicio de acciones. Pero en esta ocasión, el Tribunal, que admite que la transparencia es valor fundamental, invita a analizar caso por caso.

Sumario: 1. Resumen de los hechos. 2. Solución dada en primera instancia. 3. Solución dada en apelación. 4. Los motivos alegados. 5. Doctrina del Tribunal Supremo. 5.1. *En primer lugar y como punto de partida, las SSTS de 16 de octubre de 2017 y de 11 de abril de 2018.* 5.2. *En segundo lugar: la esperada Sentencia del Tribunal Europeo de 9 de julio de 2020.* 5.3. *En tercer lugar: el Auto del Tribunal de Luxemburgo, de 3 de marzo de 2020.* 5.3.1. *Sobre la cláusula suelo originaria y la que nova la anterior.* 5.3.2. *Sobre la cláusula de renuncia a invocar la abusividad de la cláusula inicial.* 5.3.3. *La renuncia sobre la nueva cláusula y renunciaciones genéricas.* 5.4. *Nueva Sentencia del TJUE de 29 de abril de 2021. El remedio ante el carácter abusivo de una cláusula.* 5.5. *Conclusión.* 6. Advertencia final. 7. Bibliografía.

1. Resumen de los hechos

Las dos primeras Sentencias de la Sala Primera que son objeto del presente comentario, ambas dictadas el 5 de noviembre, declaran, en primer lugar, que son nulas por falta de transparencia las cláusulas suelo incorporadas a dos contratos de préstamo con garantía hipotecaria de fechas 15 de noviembre de 2007 y 7 de julio de 2009 respectivamente, para a continuación validar la modificación de los acuerdos iniciales formalizados el 19 de marzo de 2014 y 25 de junio de 2014, sobre las cláusulas suelo que previamente han sido declaradas nulas. En segundo lugar, y admitido que aun cuando son nulas las cláusulas suelo establecidas en los contratos originarios y que dicha cláusula puede ser objeto de transacción, se admite que pueden ser válidas las estipulaciones que modifican a la baja los tipos de interés, si bien niega eficacia a las cláusulas de renuncia insertas en dichos contratos, por genéricas, en cuanto abarcan cuestiones que exceden de la cláusula objeto de transacción. En los dos supuestos, se declara la nulidad de las cláusulas de renuncia de acciones, a pesar de que en las estipulaciones tercera y cuarta de ambos contratos, las partes “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”.

En la sentencia de 11 de noviembre, tercera de las comentadas, se formula la demanda de un consumidor-prestatario contra la entidad crediticia Caja Rural de Navarra-prestamista, con base en una escritura de préstamo con garantía hipotecaria de 14 de diciembre de 2010, que incluía, entre otras cláusulas, un “tipo de interés ordinario mínimo”, que nunca podría ser inferior al 2 por ciento anual. Tras la STS de 9 de mayo de 2013, y admitida la tendencia jurisprudencial favorable a la eliminación de estas cláusulas suelo iniciales por falta de transparencia, las partes acordaron en fecha 9 de septiembre de 2015, modificar el *status quo* mediante un documento privado por el que se aceptaba una nueva oferta de la prestataria. En éste, se suprime el límite mínimo a la variación del tipo de interés, estableciéndose un interés de tipo fijo a partir de la siguiente cuota y se renuncia a reclamar por “cualquier concepto relativo a dicha cláusula, así como a entablar reclamaciones extrajudiciales o acciones judiciales con dicho objeto”. En la demanda instada por el consumidor, entre otras pretensiones, se solicita que se declare la nulidad de la cláusula suelo establecida en el contrato de préstamo hipotecario, así como la nulidad del documento privado de modificación de dicha cláusula y de renuncia recíproca al ejercicio de acciones judiciales. En la demanda se incorporan otras pretensiones más, también relacionadas con la Directiva 93/13 y el uso de cláusulas abusivas.

Finalmente, la sentencia de 28 de diciembre, cuarta de las aquí estudiadas, reitera la postura adoptada por las sentencias anteriores siguiendo la estela marcada por el TJUE en su sentencia de 9 de julio de 2020, dictada en materia de exigencias de transparencia material en la contratación. Veremos más adelante cuál es el criterio vinculante que ha asentado este fallo del Tribunal de Luxem-

burgo y que inexorablemente condiciona la interpretación que realicen nuestros tribunales nacionales. Ni que decir tiene que el Tribunal Supremo está obligado a interpretar el Derecho conforme al Derecho de la Unión Europea.

2. Solución dada en primera instancia

Tanto la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia n° 1 de Zaragoza, en el primero de los supuestos, como la dictada por el n° 10, también de Zaragoza, de fechas 1 de julio de 2016 y 8 de julio de 2016, estimaron las pretensiones de la parte demandante y declararon: la nulidad de la cláusula suelo inicial porque no superaba el control de transparencia exigido por el Tribunal Supremo, condenaron al pago de las cantidades indebidamente abonadas por los prestatarios desde la fecha de la STS de 9 de mayo de 2013, y declararon la nulidad de las sucesivas modificaciones a la baja de la mencionada estipulación, y la nulidad de la renuncia genérica.

En las dos siguientes Sentencias, la de 11 de noviembre de 2020 y la de 28 de diciembre, tanto el Juzgado de Primera Instancia n° 2 de Vitoria como el n° 21 de Zaragoza, dictaron sentencias de fecha 4 de octubre de 2017 y de 6 de julio de 2016, por las que estimando las pretensiones de las demandantes contra Caja Rural de Navarra e *Ibercaja Banco*, respectivamente, declararon la nulidad de la cláusula suelo. El alcance de la nulidad de la cláusula suelo inicial incluida en los contratos de préstamos con garantía hipotecaria, se extiende –al igual que en los dos primeros supuestos–, a ambos contratos “de novación” suscritos con posterioridad y a la devolución de las cantidades indebidamente abonadas desde la Sentencia del TS de 9 de mayo de 2013, según pretensión de la demandante.

Es oportuno hacer una salvedad respecto a la STS de 11 de noviembre de 2020 y que deriva de la demanda seguida en el Juzgado de Primera Instancia de Vitoria. En este supuesto concreto, también se declaró la nulidad de otra cláusula que formaba parte del contrato inicial de préstamo de 14 de diciembre de 2010, la de vencimiento anticipado, que otorgaba al demandado la facultad de resolver el contrato ante cualquier impago, con independencia del número y de las cuantías del incumplimiento.

3. Solución dada en apelación

Las Sentencias dictadas por la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza, precedentes a las Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de noviembre (580/2020 y 581/2020), fueron resueltas el 11 de octubre de 2016 y el 17 de noviembre de 2016, y en sendas resoluciones de la Audiencia se desestimó el recuso de apelación, confirmando lo dicho en primera instancia: nulidad de la cláusula suelo inicial, nulidad del acuerdo de novación, y nulidad de renuncia de acciones.

En el tercero de los supuestos, la Audiencia Provincial de Álava dictó Sentencia el 13 de febrero de 2018, desestimando el recurso de apelación y confirmando la nulidad de la cláusula suelo inicial y su novación posterior (también incluía la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado). Respecto de la cláusula suelo, invocó, entre otras razones: (i) la ineficacia de los acuerdos transaccionales una vez que estos transigen respecto de una cláusula nula de pleno derecho; (ii) la imposibilidad de confirmación o convalidación, conforme arts. 8 LCGC y 10 bis.2 LGDCU; (iii) la doctrina jurisprudencial de los actos propios que no se considera aplicable en materia de nulidad; y (iv) se determinó que en el acuerdo de 9 de septiembre de 2015, por un lado, se había modificado el tipo de interés variable a un tipo fijo, por lo que no se reconocieron los efectos de la nulidad de la cláusula *ab initio*, y por otro, se impuso una genérica renuncia, que no solo afectaba a la cláusula en cuestión, sino que alcanzaba a cualquier cláusula del contrato, también a las cantidades indebidamente abonadas por aplicación de la cláusula suelo que posteriormente fue expulsada del contrato de préstamo. La Audiencia Provincial confirmó la sentencia de primera instancia bajo una perspectiva legal hermética: la nulidad radical no admite confirmación o convalidación posterior del contrato. **Si es inviable la validez por cláusulas abusivas, es inviable dotar de eficacia el contrato de transacción.** La sentencia de la Audiencia Provincial también confirmó la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado por abusiva.

En el cuarto proceso, y como sucediera en los anteriores, la Audiencia Provincial de Zaragoza resuelve sobre las mismas cuestiones planteadas en los supuestos precedentes, confirmando la sentencia primera instancia en cuanto a la nulidad de la cláusula contractual de interés mínimo y el contrato de novación posterior, con condena al pago de las cantidades indebidamente cobradas desde la sentencia de 9 de mayo de 2013.

En todos los supuestos contemplados, aun faltaba por conocerse la interpretación que daría el Tribunal de la Unión.

4. Los motivos alegados ante el Tribunal Supremo

El Tribunal Supremo, a la luz de la Sentencia del TJUE de 9 de julio de 2020, había de resolver teniendo en cuenta la doctrina del Tribunal Europeo, que en términos generales considera válida la novación posterior que afecte a una cláusula que podría ser declarada abusiva, y que contempla la renuncia concreta contenida en el acuerdo transaccional respecto de la cláusula que modifica o sustituye la anterior, sin perjuicio de que pueda ser cuestionada si faltan las específicas exigencias derivadas del principio de transparencia.

En el primero y segundo de los recursos de casación, los dos a instancia de *Ibercaja*, se argumentó que tanto una Sentencia recurrida como otra, incurrían en infracción del principio de libertad contractual y que obviaban los efectos propios de la transacción como medio para resolver un conflicto entre entidad crediticia y consumidor. Es más, argumentaban que este acuerdo transaccio-

nal, según el art. 1816 CC, tiene para las partes respecto de lo transigido, la autoridad de cosa juzgada. Por *Ibercaja* se estima que, en el plano de este nuevo acuerdo, por el que se modifica o nova la cláusula suelo originaria, se mejoran las condiciones anteriores, por lo que se incluye una renuncia al ejercicio de acciones que tiene su causa en la reducción misma de la cláusula suelo. Con estas premisas, estos pactos se constituyen en los elementos esenciales del contrato de transacción de los artículos 1809 y ss. del Código civil: ante una controversia y haciendo concesiones recíprocas entre las partes, es posible transigir para evitar o poner fin a la cuestión litigiosa.

En el tercero de los supuestos, el recurso de *Caja Rural de Navarra* contra la Sentencia de la Audiencia se centra, por lo que respecta a la cláusula suelo, en que se declare la nulidad del acuerdo privado transaccional que suprime el tipo de interés variable y lo sustituye por un interés fijo, así como la nulidad a la renuncia de acciones. Ahora bien, señalamos dos cuestiones relevantes a tener en cuenta, y que no son objeto de impugnación ante el Supremo: una primera es que no se impugna la declaración de nulidad de la cláusula suelo originaria, y una segunda cuestión relevante, es que la Audiencia interpreta que la naturaleza del acuerdo de 9 de septiembre de 2015 debe ser calificado como “transacción” o “acuerdos transaccionales extrajudiciales” en lugar de “novación”. También la parte demandante admite en su demanda que estamos ante “acuerdo novatorio y/o transaccional”. Obviamente esto determinará unos efectos jurídicos propios, atendiendo a que este específico contrato transaccional se plantea para evitar la incertidumbre que se generó tras la Sentencia de la Sala Primera del TS de 9 de mayo de 2013, y que debería haber derivado en un análisis caso por caso una vez que declara la licitud de la cláusula suelo (esta sería declarada ilícita a partir de la Ley 5/2019, contratos de crédito inmobiliario, en el art. 21.3), y que solo es nula en la medida en que no cumpla las exigencias de transparencia formal y material, lo que obligará a examinar caso por caso. Esto último, vendrá reiterado recientemente en la Sentencia del TJUE de 26 de enero de 2017, *Banco Primus*, lo que lleva a examinar la transparencia de manera individualizada en cada uno de los contratos de préstamo.

Como sucedía en el caso anterior, la entidad crediticia, en su recurso de casación, lejos de cuestionar la declaración de nulidad de la cláusula suelo inserta en el contrato inicial, de préstamo con garantía hipotecaria, pretendía la validez del contrato de transacción formalizado por las partes en fecha 1 de julio de 2015, tras la archiconocida Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013.

5. Doctrina del Tribunal Supremo

5.1. *En primer lugar y como punto de partida, las SSTS de 16 de octubre de 2017 y de 11 de abril de 2018*

Conforme a la Sentencia del Supremo 558/17, de 16 de octubre de 2017 y las que la precedían en materia de acuerdos surgidos tras la STS de 9 de mayo

de 2013: aquellos pactos en los que la cláusula suelo originaria era modificada y se incluía una renuncia de acciones, son *per se* no vinculantes. Se impone que si la estipulación originaria es nula por abusiva, la nulidad de pleno derecho impide cualquier pacto que confirme o valide la cláusula. La Sala entendía que se trataba de una novación modificativa, y no se apreció la voluntad de realizar concesiones recíprocas para evitar el pleito, sino que la finalidad del acuerdo era equiparar el suelo al previsto para otros compradores “de la misma promoción” (fue ponente el Magistrado Sancho Gargallo y formuló voto particular el Magistrado Orduña Moreno). Constituye esta Sentencia el máximo exponente de la nulidad absoluta insubsanable, con independencia del interés del consumidor en base a que, “la falta de transparencia de la cláusula suelo determina su nulidad absoluta por tener carácter abusivo. No es posible su convalidación” (FJ 6º) y además, se determinaba que el acuerdo constituía una “novación modificativa” en lugar de un contrato de transacción.

Lo anterior, con todo, no es la única alternativa. Meses después, el Tribunal Supremo dio un giro Copérnico a la materia y admitió la excepcionalidad a la clásica nulidad absoluta de una cláusula declarada abusiva. Así, la cláusula que puede ser abusiva podrá ser modificada en interés del consumidor, y en la más de las ocasiones a consecuencia de una acuerdo de transacción. Esta nueva posición será objeto de no pocas críticas pero finalmente ha resultado ser la postura avalada por el Tribunal europeo. En esta nueva argumentación es, otra vez, el punto de partida la controversia suscitada en materia de cláusulas suelo y las novaciones o transacciones que pretendían poner fin a reclamaciones judiciales, y decisiva la certera Sentencia 205/2018, de 11 de abril de 2018, de la Sala Primera del Tribunal Supremo. Sin duda, la postura adoptada por esta, provocó reacciones en cadena que a día de hoy, con la aquiescencia del Tribunal europeo, sigue siendo motivo de litigio. En la meritada Sentencia, en un supuesto similar a los presentes, el pleno de la Sala también declaró que una cláusula suelo que podría ser abusiva, si adolecía de la debida transparencia, podía ser objeto de una transacción, una vez que: las partes, partiendo de una situación de incertidumbre, controvertida –y lo era desde la Sentencia también del pleno, de 5 de mayo de 2013–, para evitar un litigio, acordaban realizar concesiones recíprocas y alcanzar un acuerdo que convirtiera la incertidumbre en seguridad, en los términos previstos en los artículos 1809 y ss. del código civil. Ahora bien, y como era el caso, la transacción sería válida si los términos del acuerdo aceptado por el consumidor respondían a las exigencias de transparencia material que no fueron tenidas en cuenta en el acuerdo originario.

No dejemos de apreciar que estos acuerdos (novación/transacción) se celebran mientras existe incertidumbre acerca de la transparencia y validez de las cláusulas suelo incorporadas a contratos de préstamo precedentes, y que el cambio de enfoque inicial desde la STS 16 octubre 2017 (novación) a la STS 11 abril 2018 (transacción), sí que fue apreciado por el Abogado General en sus Conclusiones de 30 de enero de 2020 y que precedieron a la Sentencia del TJUE de 9 de julio de 2020.

Antes de conocer las Conclusiones del AG y el fallo del Tribunal de Luxemburgo, puse de relieve la relevancia de la Sentencia 205/2018, de 11 de abril, que entendí que lo cambiaría todo en la materia (Muñoz García, 2018a, 2020a y b). En esta se admitió que el acuerdo novatorio tiene carácter transaccional, en la medida en que el pacto se ofreció a los clientes que tenían cláusulas suelo en sus contratos hipotecarios, y que se hizo en un momento en que existía una situación de incertidumbre acerca de la validez de las cláusulas suelo incorporadas al contrato inicial. Me permito reiterar que los acuerdos surgieron después de que se hubiera dictado la reiterada Sentencia 241/2013, de 9 de mayo, y que trae causa en este mecanismo alternativo para evitar la controversia judicial sobre la validez de esa concreta cláusula y sus efectos.

Veremos que la Sentencia del TJUE, de 9 de julio de 2020, lejos de posicionarse contra estos pactos, estima que el “no vincularan” del art. 6.1 de la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas, no impide la validez de los acuerdos que modifican la cláusula suelo, admitiendo incluso que cuando el consumidor pueda ejercitar la acción de nulidad de la cláusula, puede renunciar a su ejercicio (apartados 21 a 30 de la Sentencia del TJUE).

Las cuatro Sentencias del TS ahora analizadas en esta publicación, vuelven pues a la senda iniciada por la STS de 11 de abril de 2018, aunque con matices, tras la STJUE de la Unión Europea, y con la perspectiva que ha dado después el Auto del Tribunal de Luxemburgo de 3 de marzo de 2021.

5.2. *En segundo lugar: la esperada Sentencia del Tribunal Europeo de 9 de julio de 2020 Ibercaja Banco*

Puede parecer exagerado decir que el Tribunal de Justicia Europeo ha condicionado las resoluciones del Tribunal Supremo y de Juzgados y Audiencias en la materia, pero el principio de primacía del Derecho europeo exige una interpretación acorde a este. El 9 de julio de 2020, conocimos la Sentencia del Tribunal de Luxemburgo (Sala Cuarta) que respondía a una de las cuestiones menos pacíficas de los últimos años en relación con los acuerdos que modificaban la cláusula suelo y que incluye la renuncia a las reclamaciones que pudiesen derivar de la incorporación *ab initio* de dicha estipulación. Las pautas interpretativas del Tribunal europeo en la meritada Sentencia respecto a la cláusula suelo, su modificación y renuncia mediante contrato de transacción obliga a nuestros tribunales a resolver atendiendo a los criterios impuestos en la misma.

A continuación, y **ante las ambiguas y discutibles interpretaciones del fallo**, transcribo literalmente lo que el Tribunal declara. Y aunque cierra algunos aspectos controvertidos surgidos a raíz de la STS de 9 de mayo de 2013 y de la STJUE de 21 de diciembre de 2016, también dejará abierta alguna espita innecesaria que no impide entender el inexorable cambio de rumbo en la materia. Veamos la cinco cuestiones prejudiciales reconducidas a cuatro en el fallo:

“1) *¿Una posible nulidad por falta de transparencia puede ser objeto de transacción, en este caso de la cláusula suelo originaria? ¿La hipotética nulidad*

contamina cualquier acuerdo posterior? El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, 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.**

2) ¿Cabe considerar que la cláusula que modifica la originaria —y que era potencialmente abusiva—, está exenta del control de carácter abusivo por entender que ha sido negociada individualmente? O dicho de otro modo: ¿Puede esta cláusula que modifica la primaria, creada ad hoc y ex novo, considerarse no negociada y declararse abusiva? 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.**

3) ¿La nueva cláusula tiene que cumplir los controles previstos en los artículos 3.1 y 4.2 de la Directiva e informar al consumidor de las consecuencias económicas que para él supone la nueva estipulación? Así es, 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.**

4) Finalmente, se examinan conjuntamente las cuestiones prejudiciales 3ª y 5ª, por consiguiente, por un lado, se determina que le corresponde al juez evaluar si el consumidor renuncia a la ventaja de pretensión de abusividad y si la cláusula creada ex novo procede de un consentimiento libre e informado, y por otro, si la renuncia puede constituir el objeto principal del acuerdo (y en la transacción lo es), y por tanto debe aplicarse el art. 4.2 de la Directiva en cuanto al control de transparencia material. En definitiva, la renuncia no puede entenderse si no medió la suficiente transparencia, y en ese caso, dependerá del consumidor hacer uso del nivel de protección dispensado por la Directiva 93/13. Por lo que el artículo 3.1 y el artículo 6. 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, me-

diante 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;

- *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.”*

En definitiva, entendemos que esta Sentencia deja suficientemente asentado cuestiones que a pesar de esta resolución siguen poniéndose en entredicho: (i) se admite que una cláusula potencialmente nula como es la cláusula suelo, pueda ser modificada posteriormente (apartados 21 y ss.), si el consumidor consciente del carácter no vinculante de la cláusula originaria, otorga un consentimiento libre e informado a modificar la cláusula potencialmente nula; (ii) que la cláusula creada *ex novo* para sustituir la anterior, si predispuesta, debe cumplir las exigencias de transparencia. Es más, el consumidor debe alcanzar a comprender el verdadero alcance económico de la cláusula que sustituye a la anterior, según apartados 40 y ss.; (iii) respecto de la renuncia de acciones –cuestiones prejudiciales 3 y 5– es de señalar que mediante el mal denominado “contrato de novación” *Ibercaja Banco y XZ*, además de pactar una reducción del tipo de la cláusula suelo, acordaron una renuncia mutua a ejercitar acciones relativas a la originaria y a la *ex novo* cláusula suelo.

Respecto de esta cláusula de renuncia del consumidor a hacer valer ante el juez la nulidad de la cláusula inicial, el Tribunal Europeo fija una **diferencia esencial** que parece del todo razonable: niega la validez de la cláusula de renuncia, siempre que esta se refiera a controversias futuras sobre derechos reconocidos al consumidor por la Directiva 93/13. **Distinto a esta renuncia genérica**, previa a cualquier ejercicio de cualquier acción judicial, es que el consumidor renuncie al ejercicio de acciones respecto de la nueva cláusula suelo, que “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” (apartado 77 y final del fallo). Esta última, **la renuncia específica** respecto del aspecto concreto de controversia sí puede ser válida y eficaz según se desprende del fallo (apartado 67 de la Sentencia, puntos 70 a 73 de las conclusiones del AG).

Así las cosas, esta **cláusula de renuncia**, si predispuesta, **en ningún caso puede ser genérica**, y **podrá ser declarada abusiva por el juez interno** si adolece de la debida transparencia del art. 4.2 de la Directiva y es contraria a las exigencias de la buena fe, causando en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes (apartados 57 y ss. de la Sentencia). Es más, en el apartado 62 se impone al juez nacional: “*determinar si, dadas las circunstancias propias del caso concreto, una cláusula cumple las exigencias de buena fe, equilibrio y transparencia*”.

También es relevante que la citada Sentencia, para validar su posición, la argumenta dando por buenas las Conclusiones del Abogado General, Sr. SAUGMANDSGAARD ØE, presentadas el 30 de enero de 2020, para este mismo asunto. El AG, en concreto en los apartados 47 y 48, concluye que el consumidor puede ejercer “*su facultad de renuncia mediante la celebración, con el profesional, de una transacción amistosa relativa a dicha cláusula, ya sea por la vía judicial o extrajudicial. Por otro lado, tal transacción puede presentar ciertas ventajas para el consumidor, como la obtención de un beneficio inmediato —es precisamente el objeto de la reciprocidad de concesiones que debe existir en una transacción—, sin necesidad de impugnar esa misma cláusula por la vía judicial, soportar el coste del procedimiento y esperar a su resultado, máxime cuando el consumidor no tiene la certeza, en el momento en que celebra la transacción, de que ese resultado le vaya a ser favorable. Siempre que, reitero, haya celebrado el acuerdo transaccional con pleno conocimiento de causa, no veo impedimentos para que dicho acuerdo transaccional tenga eficacia vinculante, también para el consumidor*” (así lo referí con anterioridad a las Conclusiones del Abogado General, en Muñoz García, 2020c).

Esta materia, sería objeto de un nuevo Auto del TJUE en fecha 3 de marzo de 2021 y de una nueva Sentencia de 29 de abril de 2021, ambas resoluciones de la Sala Séptima del Tribunal de Luxemburgo.

5.3. En tercer lugar: el Auto del Tribunal de Luxemburgo, de 3 de marzo de 2020

Por segunda vez, el Tribunal de Luxemburgo se ha vuelto a pronunciar respecto de los acuerdos sobre cláusulas suelo —que podrían no vincularle según art. 6.1 de la Directiva 93/13— y sobre la renuncia de acciones. Esta vez, mediante Auto de 3 de marzo de 2020 en el asunto *Ibercaja Banco y Tj, UK* (C-13/19). Y ha vuelto a reiterar lo ya dicho en la Sentencia de 9 de julio de 2020 en el asunto *Ibercaja Banco y XZ* (C-452/18). Estos acuerdos sobre la cláusula suelo, son conforme a Derecho, siempre y cuando la información facilitada a los consumidores le permita conocer las condiciones del contrato y las consecuencias de su celebración, al menos y tratándose de un tipo de interés variable, que la información suministrada “sea sobre la evolución en el pasado del índice en que se basa el cálculo del tipo aplicable”. Respecto a la cláusula de renuncia, esta ha de proceder de un consentimiento libre e informado (apartado 52 del asunto C-452/18 y apartado 63 del asunto C-13/19).

Es posible pactar válidamente en el marco de un contrato transaccional, una modificación o supresión de una cláusula que puede ser declarada abusiva, y que el consumidor renuncie a los efectos que pudieran derivarse de una eventual declaración judicial de nulidad, siempre que la renuncia proceda de un consentimiento libre e informado, lo que le corresponderá comprobar al juez nacional.

Por ello, otro paso adelante a favor de estos acuerdos, y una confirmación que esperemos no produzca más titubeos en nuestros tribunales. Admitamos la transacción como un supuesto más para evitar el conflicto, pero sepamos

que cualquier acuerdo con cláusula de renuncia a acciones posteriores, deberá cumplir las exigencias derivadas del principio de transparencia. Al fin y a la postre, la cláusula de renuncia será inherente al contrato de transacción como uno de los elementos esenciales en esta relación negocial, y está sujeta al control de transparencia que fijó normativamente el art. 4.2 de la Directiva 93/13.

¿Por qué en este supuesto el Tribunal europeo ha resuelto vía Auto una cuestión prejudicial, en lugar de hacerlo vía sentencia? La respuesta es clara. Cuando se planteó esta nueva cuestión por la Audiencia Provincial de Zaragoza, estaba pendiente de resolución la prejudicial *Ibercaja Banco y XZ* (C-452/18), resuelta en la Sentencia del TJUE de 9 de julio de 2020. Pues bien, ante una segunda cuestión con iguales planteamientos y dudas acerca de la interpretación de los artículos 3 a 6 de la Directiva 93/13, el Presidente del Tribunal de Justicia en fecha 6 de marzo de 2019, suspendió el procedimiento en el presente asunto hasta que se dictara la Sentencia de 9 de julio de 2020, en *Ibercaja Banco y XZ* (C-452/18). En la petición de decisión prejudicial, resuelto vía Auto, subyace principalmente la idea de si la cláusula suelo que puede ser nula por falta de transparencia, y no vincular al consumidor, sí puede modificarse, y sí puede ser objeto de renuncia al ejercicio de acciones por parte de este. Tras la Sentencia de 9 de julio de 2020, “mediante escrito de 15 de julio de 2020, la Secretaría del Tribunal de Justicia comunicó dicha sentencia a la Audiencia Provincial remitente y la instó a indicarle si, a la luz de la referida sentencia, deseaba mantener su petición de decisión prejudicial”. Con todo, la Audiencia Provincial de Zaragoza informó al Tribunal de Luxemburgo de su intención de mantener la petición de decisión prejudicial (apartados 21 a 23 del Auto de 3 de marzo de 2021).

Ante esta postura, y “conforme al artículo 99 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, cuando la respuesta a una cuestión prejudicial pueda deducirse claramente de la jurisprudencia o no suscite ninguna duda razonable, el Tribunal de Justicia podrá decidir en cualquier momento, a propuesta del Juez Ponente y tras oír al Abogado General, resolver mediante auto motivado” (apartado 24). Sin duda, esta es la razón de igual pronunciamiento en la materia.

Llegados a este punto y con una ratificación por parte del tribunal europeo sobre los acuerdos que afectan a la cláusula suelo, es oportuno revisar los puntos coincidentes de la Sentencia de 9 de julio de 2020 y el Auto de 3 de marzo de 2021.

5.3.1. SOBRE LA CLÁUSULA SUELO ORIGINARIA Y LA QUE NOVA LA ANTERIOR

En virtud del art. 6.1 de la Directiva 93/13, sobre las cláusulas en los contratos celebrados con consumidores, es cierto que:

(i) una cláusula declarada abusiva no vincula al consumidor, como ya se declaró en la Sentencia de 21 de diciembre de 2016, *Gutiérrez Naranjo y otros*, C-154/15,

C-307/15 y C-308/15, apartado 53. Así lo reitera la STJUE de 9 de julio de 2020 (apartado 22) y el Auto del TJUE de 3 de marzo de 2020 (apartado 29).

(ii) incumbe al juez nacional que conozca del asunto, abstenerse de aplicar cláusulas abusivas que no podrán vincular al consumidor. Como queda de manifiesto en la STJUE de 9 de julio de 2020 (apartado 24) y en el Auto del TJUE de 3 de marzo de 2020 (apartado 30).

(iii) el régimen de protección otorgado por la Directiva en beneficio del consumidor, no es obligatorio para este y puede ser renunciado por él, siempre que la renuncia proceda de un consentimiento libre e informado. El consumidor puede acogerse al sistema de protección de la Directiva pero tiene la facultad de renunciar a hacer valer sus derechos. Así, la cláusula abusiva que en principio no produce efectos frente al consumidor, le vinculará si consciente del carácter no vinculante, otorga un consentimiento libre e informado a seguir obligado por dicha estipulación. Expresamente en SSTJUE de 14 de abril de 2016, asunto *Sales Sinués*, apartado 25, de 26 de marzo de 2019, *Abanca*, apartado 52. Las anteriores han sido citadas tanto por la STJUE de 9 de julio de 2020, apartados 24 a 26 y en el Auto del TJUE de 3 de marzo de 2020 (apartados 30 a 32).

Lo que obliga a un análisis caso por caso, como ya se dijo en la Sentencia dictada en asunto *Banco Primus*. Así las cosas, no se entienden titulares en prensa económica y jurídica, en la que tras lo impuesto por Tribunal europeo se afirme que el Tribunal Supremo “vulnera”, o “se opondrá” a la doctrina del Tribunal de Luxemburgo. Si no caben novaciones o modificaciones de cláusulas suelo genéricas, preestablecidas sin la información pertinente, tampoco valen posturas oportunistas acerca de las respuestas dadas por el Tribunal Supremo, una vez que en las Sentencias objeto de este comentario, nuestro Tribunal superior ha resuelto analizado caso por caso. No me parece que en este punto se haya alejado de la doctrina del Alto Tribunal europeo.

5.3.2. SOBRE LA CLÁUSULA DE RENUNCIA A INVOCAR LA ABUSIVIDAD DE LA CLÁUSULA INICIAL

Lo puesto de relieve anteriormente nos llevará a plantearnos si admitido que, a pesar de la imperatividad de la Directiva 93/13, esta no lleva hasta el extremo de hacer obligatorio para el consumidor el sistema de protección frente a las cláusulas abusivas, y en consecuencia cabe plantearse **si existe la posibilidad de una renuncia a hacer valer sus derechos**. Al respecto, tanto la Sentencia de 9 de julio de 2021, como el Auto de 3 de marzo de 2021, entienden que:

(i) si la protección efectiva del consumidor comprende la facultad de este de renunciar a hacer valer sus derechos, a sabiendas del carácter no vinculante de la cláusula que no supera los estándares de la Directiva 93/13, nada obsta a

que renuncie a invocar el carácter abusivo de tal cláusula (apartado 28 STJUE de 9 julio de 2020, siguiendo los puntos 39 a 42 de la conclusiones del AG y apartado 34 del Auto de 3 de marzo de 2021).

(ii) si puede renunciar a invocar el carácter abusivo de una cláusula, según el Tribunal europeo, podría entenderse que por analogía puede modificarla. O –y añadido–, es posible acudir al principio a *maiore ad minus*, según el cual, “quien puede lo más puede lo menos”. Si el consumidor puede renunciar completamente a hacer valer sus derechos en cuanto a la tutela dispensada por la Directiva, no cabe impedirle que acuerde o modifique la cláusula en cuestión y que renuncie a hacer valer la abusividad originaria. En este punto, no tenemos ninguna duda, la renuncia a los efectos que produciría la declaración de abusividad ha de proceder de un consentimiento libre e informado, extremo este, que corresponde comprobar al juez nacional (apartado 30 de la STJUE 9 julio 2020 y apartados 34 y 35 del Auto de 3 de marzo de 2021).

5.3.3. LA RENUNCIA SOBRE LA NUEVA CLÁUSULA Y RENUNCIAS GENÉRICAS

En este punto, el problema aparece claramente expuesto en el apartado 65 de la Sentencia del TJUE de 9 de julio de 2020: “*Ibercaja Banco y XZ pactaron, por una parte, una reducción del tipo de la cláusula «suelo» que era aplicable en virtud del contrato de préstamo hipotecario y, por otra parte, una renuncia mutua a ejercitar acciones judiciales relativas a la antigua y a la nueva cláusula «suelo»*”. Con estos mimbres, y sin perder de vista la opinión de autores de prestigio (Aguilera Morales, 2020b y Marín López, 2019, entre otros), intentaremos vislumbrar este aspecto controvertido y objeto de varias cuestiones prejudiciales.

En este contexto, subrayando las valoraciones aportadas por el Tribunal europeo, teniendo en cuenta que la nueva cláusula que nova la anterior, va frecuentemente inserta en un contrato de transacción que incluye una renuncia a hacer valer sus derechos respecto a la nueva cláusula, procede diferenciar varios aspectos:

(i) por un lado, si la renuncia se pacta en el marco de un acuerdo, como una transacción, la cláusula de renuncia a hacer valer la abusividad, constituye el objeto principal del acuerdo en el sentido del art. 4.2 de la Directiva 93/13 (Muñoz García, en cualquiera de las publicaciones mencionadas al final del texto), y quedaría sustraída de la apreciación de abusividad, aunque sujeta a las exigencias de transparencia del mencionado art. 4.2 de la citada Directiva. Por lo que debiendo estar redactada de manera clara y comprensible para el consumidor, que deberá entender el alcance y contenido de lo que acuerda, el juez nacional deberá llevar a cabo la valoración caso a caso (apartado 68 de la STJUE 9 julio 2020).

(ii) por otro lado, también deja claro, y es compatible con el apartado anterior, que pudiendo el consumidor renunciar a derechos, la renuncia “puede ser califi-

cada 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” (apartado 77, primera parte, de la STJUE 9 julio 2020). Si no es el caso, la renuncia es válida y eficaz.

(iii) finalmente, la Sentencia anteriormente citada, en el apartado 77, segunda parte, excluye en cualquier caso la “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”, por contraposición a la renuncia que solventa una controversia presente (interesante el análisis detallado de la Sentencia del TJUE de 9 de julio de 2020 por Aguilera Morales, 2020b). Más clarificador el Auto de 3 de marzo de 2021 cuando admite que, cuando se celebra un contrato que incluye modificación de una cláusula potencialmente abusiva y la renuncia –que podríamos considerar de genérica en cuanto– “a ejercer cualquier acción judicial contra el profesional“, la interpretación de los arts. 3 a 5 de la Directiva 93/13 obliga a que se cumplan los parámetros de transparencia y que el consumidor esté “en condiciones de comprender las consecuencias jurídicas y económicas determinantes que para él se derivan de la celebración de ese contrato” (apartado 74 del Auto de 3 de marzo de 2021). Esto parece ya un tema de renuncia genérica.

5.4. Nueva Sentencia del TJUE de 29 de abril de 2021. El remedio ante el carácter abusivo de una cláusula

Antes de cerrar este comentario, el pasado 29 de abril de 2021, el TJUE ha vuelto a pronunciarse en la materia. No sin antes aclarar aspectos que seguían suscitando dudas.

Admitido que conforme art. 6.1 de la Directiva 93/13 las cláusulas abusivas no vincularan al consumidor y que incumbe al juez nacional abstenerse de aplicar dichas cláusulas, no es menos cierto que, y así lo expresó sin ambages la Sentencia de 9 de julio de 2020, el régimen normativo europeo de protección del consumidor, no tiene carácter de obligatorio para este, que podrá renunciar a su aplicación llegado el momento. Ahora bien, el consumidor tendrá que ser consciente de que la cláusula, si es abusiva, no le vincula, y que **es su decisión iniciar la controversia o renunciar a hacer valer los derechos que forman parte de su esfera como consumidor**. Esto último, le llevará probablemente a modificar la cláusula en el marco de un contrato de transacción para evitar el litigio. Así las cosas, la nueva Sentencia de 29 de abril de 2021, y por lo que concierne a la cláusula suelo, deja claro que **las partes pueden poner “remedio al carácter abusivo de una cláusula”**:

(i) la modificación de la cláusula que puede ser abusiva está dirigida a restablecer el equilibrio entre las obligaciones y derechos del profesional y el consumidor (apartado 45).

(ii) tanto la renuncia a invocar el carácter abusivo, que ha de provenir de un consentimiento libre e informado, como la nueva cláusula de modificación, que puede no ser abusiva según los parámetros de la Directiva 93/13 (apartado 49), deberá ser comprobada por el tribunal nacional remitente. Si el órgano jurisdiccional interno considera que el consumidor no era consciente de los efectos de la renuncia, dejará sin efecto la cláusula y restablecerá la situación que habría existido sin la cláusula inicial. Todo ello sin perjuicio de la validez del resto de cláusulas y la subsistencia del contrato.

(iii) prima la subsistencia del contrato cuando se declare la nulidad de una cláusula. Lo que no impide que el Tribunal interprete el art. 6.1 de la Directiva en el sentido de oponerse a que el juez nacional pueda integrar dicho contrato modificando el contenido de esa cláusula, y poner en peligro la consecución del objetivo del art. 7 de la Directiva 93/13. Tampoco cabe una conservación parcial de la misma (apartados 66 a 70, citando doctrina jurisprudencial precedente). La sustitución de una norma nacional por la cláusula abusiva no puede impedir el efecto disuasorio de la Directiva 93/13 (apartado 30).

(iv) el TJUE da un paso más cuando pone en relación el art. 6.1 de la Directiva 93/13, con el art. 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, en cuanto corresponde al juez nacional que declare el carácter abusivo de una cláusula en un contrato con un consumidor, informar a este, “en el marco de las normas procesales nacionales y a la luz del principio de equidad en los procedimientos civiles, de manera objetiva y exhaustiva las consecuencias jurídicas que pueda entrañar la supresión de la cláusula abusiva”. Tanto más cuando ante la inaplicación de la cláusula abusiva pueda derivarse la anulación del contrato, en cuyo caso, debe informar a este, “en el marco de las normas procesales nacionales y tras un debate contradictorio, de las consecuencias jurídicas que pueda entrañar la anulación de tal contrato, con independencia de que el consumidor esté asistido por un representante procesal profesional” (apartados 97 y 99).

5.5. *Conclusión*

La Sentencia del TJUE de 9 de julio de 2020, válida muchas de las Conclusiones del AG en el asunto *Ibercaja Banco*, en concreto, en los puntos 70 y ss., en los que el Sr. SAUGMANDSGAARD ØE entendía esencial hacerse eco de la Sentencia del TS de 11 de abril de 2018. En esta, a diferencia de lo que venía haciendo el TS en resoluciones anteriores, centradas en la mera novación, declaró que los contratos que se celebraban entre la entidad crediticia y los clientes eran contratos de transacción cuando existían concesiones recíprocas (en cuanto reducción o modificación del tipo de interés con renuncia de acciones para ambas partes), y que podían ser válidos y eficaces.

La razón fundamental para su admisión está justificada por la naturaleza y finalidad de estos acuerdos transaccionales, que operan como un mecanismo

alternativo para evitar la controversia judicial en situaciones de incertidumbre sobre la validez de las cláusulas suelo (Muñoz García, 2020 a, b y c). En concreto, estos pactos surgen tras la STS de 9 de mayo de 2013, que declaraba lícita la cláusula suelo pero admitía que sería abusiva y nula si no se ajustaba a las exigencias de transparencia material. La meritada Sentencia de 2013 incorporaba así a nuestro Derecho interno el control de transparencia del art. 4.2 de la Directiva 93/13, hasta entonces no transpuesto a nuestro ordenamiento interno, y que alcanzó a cambiar el rumbo de la jurisprudencia interna en la materia. Ahora bien, el efecto de la sentencia generaría incertidumbre acerca de la validez de las cláusulas suelo insertas en innumerables contratos de préstamo, y al albur de aquello se conciertan multitud de novaciones y transacciones entre las entidades crediticias y los consumidores. Estas transacciones se impulsan más si cabe, tras la Sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016 (*Gutiérrez Naranjo y otros*), que no sólo fijó la ineficacia de la cláusula que no supera el filtro de transparencia, sino que también impuso la obligación del predisponente a la restitución íntegra de las cantidades indebidamente pagadas por el consumidor mientras se aplicó la cláusula declarada abusiva por falta de transparencia. Esta última sentencia, además de impulsar nuevas transacciones, fue un detonante de cientos de demandas planteadas por prestatarios que pretendían, no ya solo que se declarara la nulidad de los acuerdos novatorios o de los contratos de transacción, con la consiguiente declaración de nulidad de las cláusulas iniciales y de las sustitutivas, sino también, la restitución de las cantidades abonadas a partir a partir de la aplicación de la cláusula originaria, y la nulidad, y la nulidad de la cláusula de la renuncia al ejercicio de acciones.

Podemos decir que la Sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016 supuso un cambio de rumbo en las resoluciones del TS, como quedó de manifiesto a partir de la Sentencia del TS 123/2017, de 24 de febrero, pero también es justo reconocer que, la Sentencia del TJUE de 9 de julio de 2020, el Auto de 3 de marzo de 2021 y la reciente Sentencia de 29 de septiembre de 2021, todas ellas del Tribunal de Luxemburgo, marcan otro hito fundamental en nuestra jurisprudencia interna, como ha quedado de manifiesto en las Sentencias del TS aquí comentadas. Sin duda, nuestros órganos jurisdiccionales internos deberán tener completamente en cuenta los criterios de interpretación de la Directiva 93/13, ya expresados a lo largo de esta publicación.

Sentado lo anterior y siguiendo la estela marcada por el TJUE, no está demás recordar la resolución de 9 de marzo de 1978 en el asunto *Simmmenthal*, que declaró la obligación de los jueces nacionales, como encargados de aplicar e interpretar el Derecho europeo, de “garantizar la plena eficacia de dichas normas dejando, si procede, inaplicadas, por su propia iniciativa, cualesquiera disposiciones contrarias de la legislación nacional, aunque sean posteriores, sin que estén obligados a solicitar o a esperar la derogación previa de éstas por vía legislativa o mediante otro procedimiento constitucional”. Como no podía ser de otra manera, el Tribunal Constitucional, en la línea antedicha, declara que es incuestionable la nulidad de las decisiones precedentes por infringir el prin-

cipio de primacía del Derecho europeo, que no se aplicó cuando debió hacerse, vulnerando con ello la tutela judicial efectiva. Así se expresa en la Sentencia 12/2021, de 25 de enero, que a su vez se hace eco de la Sentencia del Pleno del TC 31/2019, de 28 de febrero, una vez que el carácter imperativo de la Directiva 93/13, y la interpretación que de ésta hace el TJUE, son de obligado cumplimiento para salvaguardar derechos reconocidos a los consumidores en el acervo comunitario. No hay lugar para el desconocimiento y la inadecuada interpretación del Derecho europeo, como así puso de relieve la Sentencia del Tribunal europeo de 26 de enero de 2017, *Banco Primus*, que además obliga a examinar caso a caso la tan reiterada falta de transparencia, para que si esta, ha derivado en desequilibrio para el consumidor, poder proclamar su abusividad. La transacción y la renuncia no serán una cuestión menor en cuanto contengan cláusulas que, según ha reiterado el TJUE, deben reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y las obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas (apartado 83 STJUE de 29 de abril de 2021).

A pesar de los criterios interpretativos de la Directiva 93/13 dados por el Tribunal europeo, a la vista del análisis que se deriva de las Sentencias del Tribunal Supremo, no todas las resoluciones de juzgados y Audiencias responden aún a la armonización que era esperable por los consumidores. La evaluación caso por caso, primero sobre los parámetros de la transparencia tanto en la cláusula suelo como en la cláusula de renuncia propia de los contratos de transacción, y a continuación, sobre los parámetros de si a pesar de la falta de transparencia produce desequilibrio en el consumidor, está empezando a traer consigo sentencias que adoptan posturas que pueden ser o parecer discutibles con los criterios fijados por el Alto tribunal europeo. Ya hay publicaciones jurídicas recientes que muestran que la interpretación de las decisiones del Tribunal europeo no son acogidas por nuestra jurisprudencia menor como era esperable.

En cualquier caso, con los parámetros fijados anteriormente, parece incuestionable que lo fijado por el TJUE es lo siguiente: (i) que el régimen imperativo de la Directiva 93/13, en cuanto tuitivo del consumidor, es renunciable por este, que puede no hacer valer la abusividad y aceptar poner remedio a ésta; (ii) que, como consecuencia de lo anterior, se admite que una cláusula potencialmente nula como es la cláusula suelo, pueda ser modificada posteriormente si el consumidor, consciente del carácter no vinculante de la cláusula originaria, otorga un consentimiento libre e informado; (iii) que la cláusula creada *ex novo* para sustituir la anterior, si es predispuesta, debe cumplir también las exigencias de transparencia del art. 4.2 de la Directiva; (iv) que la renuncia al ejercicio de acciones derivadas de la norma europea debe serlo respecto de la cláusula objeto de transacción, sin que en ningún caso quepa una renuncia genérica.

Al fin y a la postre, la transacción opera como otro mecanismo alternativo a la resolución de conflictos, si bien debería estar sujeta a una validación judicial o notarial que advirtiera del conocimiento real sobre lo que el consumidor pacta, transige y renuncia. Se evitarían así controversias futuras acerca de lo pactado.

6. Advertencia final

Recibido este comentario para revisión de pruebas de imprenta, solo me queda añadir que, **en el último mes (entre junio/ julio de 2021), el Tribunal Supremo ha dictado más de una treintena de sentencias** sobre el acuerdo de modificación de cláusula suelo y cláusula de renuncia de acciones, y en todas ellas, se mantiene que, tras Sentencia del TJUE de 9 de julio de 2020 se admite lo siguiente: (i) la posibilidad de que una cláusula potencialmente nula, como la cláusula suelo, pueda ser modificada por las partes con posterioridad, pero si esta modificación no ha sido negociada individualmente, sino que la cláusula ha sido predispuesta por el empresario, en ese caso debería cumplir, entre otras exigencias, con las de transparencia, una vez que el Tribunal europeo presupone que “la información que debía suministrarse al prestatario consumidor debía permitirle conocer las consecuencias económicas derivadas del mantenimiento de la cláusula suelo”, y (ii) “La cláusula de renuncia al ejercicio de acciones, dentro de un acuerdo transaccional, puede ser válida siempre que no se refiera a controversias futuras y haya sido individualmente negociada y libremente aceptada. De no haber sido individualmente negociada, la cláusula de renuncia debería cumplir con las exigencias de transparencia, representadas porque el consumidor dispusiera de la información pertinente que le permitiera comprender las consecuencias jurídicas que se derivaban para él de tal cláusula”. Ahora bien, habrán de tenerse en cuenta aquellos casos en los que, “En la medida en que la cláusula de renuncia abarca a cuestiones ajenas a la controversia que subyace al pretendido acuerdo transaccional, no puede reconocerse su validez Incluye matizaciones sobre la cláusula de renuncia de acciones”. Todas las sentencias tienen como ponente a SANCHO GARGALLO (basta citar a modo de ejemplo, entre otras, una primera y una última: Roj: 2510/2021, de 22 de junio de 2021 y Roj: 2668/2021, de 6 de julio de 2021). Impecable la unificación de doctrina llevada a cabo, en línea con las resoluciones del TJUE.

7. Bibliografía

- AGUILERA MORALES, M. (2019). La cláusula de renuncia al ejercicio de acciones: entre la autonomía de la voluntad y los derechos del consumidor. En F. Jiménez Conde y R. Bellido Penadés (Dir.), *Justicia: ¿Garantías versus eficiencia?* Tirant lo Blanch (pp. 61-88).
- (2020a). “¿Es válida la cláusula de renuncia de acciones predispuesta frente al consumidor?” En M. Aguilera Morales (Dir.), *Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Justicia civil y derechos fundamentales*. Thomson Reuters, Aranzadi (pp. 19-45).

- (2020b). “El penúltimo capítulo sobre cláusulas abusivas: reflexiones al hilo de la Sentencia del TJUE Ibercaja Banco”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 75, Julio-Septiembre 2020 (pp. 103-120).
- ALFARO ÁGUILA-REAL, en “El consumidor puede transigir sobre el objeto principal del contrato. Si se emplean cláusulas predisuestas en la transacción, se someterán a control de transparencia”, *Almacén de Derecho*, 30 enero 2020.
- CÁMARA LAPUENTE, S. (2006), *El control de las cláusulas “abusivas” sobre elementos esenciales del contrato*, Editorial Aranzadi, 2006.
- (2020). “La STJUE 9 julio 2020 (C-452/18) sobre novaciones y renunciaciones relacionadas con las cláusulas suelo: ¿negociar o consentir?”, *Almacén de Derecho*, 10 de julio de 2020 <https://almacendederecho.org/la-stjue-9-julio-2020-c-452-18-sobre-novaciones-y-renunciaciones-relacionadas-con-las-clausulas-suelo-negociar-o-consentir>
- CARRASCO PERERA, A., “Validez de las novaciones transaccionales de préstamos hipotecarios con cláusula suelo. Una buena Sentencia de casación”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 13 de abril de 2018. Consultado en http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Validez_de_las_novaciones_transaccionales_de_prestamos_hipotecarios_con_clausula_suelo.pdf
- MARÍN LÓPEZ, M.J. (2018) «Novación de préstamos hipotecarios con cláusula suelo y renuncia al ejercicio de derechos. Nota crítica a la STS 205/2018, de 11 de abril», *Revista CESCO*, 28 de abril de 2018. Consultado en <http://centrodeestudiosdeconsumo.com/index.php/2-principal/3563-novacion-de-prestamos-hipotecarios-con-clausula-suelo-y-renuncia-al-ejercicio-de-derechos-nota-critica-a-la-sts-205-2018,-de-11-de-abril-2>
- (2019). «El acuerdo novatorio y/o transaccional sobre la cláusula suelo en un préstamo hipotecario. Argumentos que justifican el planteamiento de una cuestión prejudicial ante el TJUE», *Revista CESCO*, 13 de marzo de 2019. Consultado en <http://centrodeestudiosdeconsumo.com/index.php/2-principal/4013-el-acuerdo-novatorio-y-o-transaccional-sobre-la-clausula-suelo-en-un-prestamo-hipotecario-argumentos-que-justifican-el-planteamiento-de-una-cuestion-prejudicial-ante-el-tjue>
- MUÑOZ GARCÍA, C. (2018a). “Falta de transparencia, posible ineficacia y acuerdo transaccional válidos”, *RDBB*, núm. 152 (pp. 165-200).
- (2018b). “¿Novación o contrato de transacción? Solución a la posible falta de transparencia en la cláusula suelo. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2018” en *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil)*, dirigidos por Yzquierdo Tolsada, M., vol. 10º (pp. 73-88). Ed impresa por Dykinson. Ed. on line en www.boe.es.
- (2020a). “Integración y sustitución de cláusulas nulas por abusivas en contratos bancarios”, *RCDI*, núm. 778, marzo-abril 2020.
- (2020b). “La renuncia a la acción de nulidad. Eficacia de la transacción frente a posibles cláusulas abusivas”, *RCDI*, núm. 779, mayo-junio 2020.
- (2020c). “Transacción sobre cláusulas que pueden ser abusivas. Mecanismo alternativo para evitar el litigio entre banco y consumidor”, presentado en noviembre de 2019 a concurso en premio Secciones del ICAM, premiado en la Sección Derecho Bancario 10 de marzo de 2020, publicado en *Anuario Jurídico Secciones del ICAM* (pp. 93-104).

- PANTALEÓN PRIETO, C. (2020a), “A propósito de las Conclusiones del Abogado General en el asunto de las transacciones sobre las cláusulas suelo”, *Almacén de Derecho*, de 4 de febrero de 2020 <https://almacenederecho.org/a-proposito-de-las-conclusiones-del-abogado-general-en-el-asunto-de-las-transacciones-sobre-las-clausulas-suelo>
- (2020b), “Las transacciones sobre cláusulas suelo”, *Almacén de Derecho*, de 13 de julio de 2020 <https://almacenederecho.org/las-transacciones-sobre-clausulas-suelo>
- REDONDO TRIGO, F., «Transacción, novación y nulidad respecto de cláusulas suelo en la STS de 11 de abril de 2018», *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, núm. 94, 2018, pp. 2346 a 2366.