

1.5. Obligaciones y contratos

Acuerdos novatorios sobre cláusulas suelo y renuncia de acciones a la luz de la última doctrina del TJUE y del Tribunal Supremo

Novatory agreements about floor clauses and waiver of actions according to the latest doctrine of the CJEU and the Supreme Court

por

BEATRIZ SÁENZ DE JUBERA HIGUERO

*Profesora Doctora de Derecho civil
Universidad de La Rioja*

RESUMEN: Tras la STS de 9 de mayo de 2013 muchas entidades bancarias comenzaron a desarrollar políticas de renegociación y novación de las cláusulas suelo incorporadas en sus contratos de préstamo hipotecario. Son estos acuerdos o contratos novatorios el objeto de este estudio; y particularmente, la doctrina jurisprudencial que sobre su validez o eficacia se ha ido desarrollando en los últimos años, tanto por el Tribunal Supremo como por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), que una vez más ha debido pronunciarse a raíz de varias cuestiones prejudiciales planteadas por un juzgado español. Se analizará críticamente la evolución de esa doctrina desde la STS número 558/2017, de 16 de octubre, que vino en cierto modo contradicha poco después por la STS número 205/2018, de 11 de abril (que cuenta con un voto particular), hasta las más recientes SSTS números 580/2020 y 581/2020, de 5 de noviembre, y número 589/2020, de 11 de noviembre, dictadas con posterioridad a la STJUE de 9 de julio de 2020 (XZ e Ibercaja, C-452/18) que ha marcado las pautas de ese control y enjuiciamiento de la validez y eficacia de esos «acuerdos» novatorios y las renunciaciones en ellos incluidas.

ABSTRACT: After the STS of May 9, 2013, many banking entities began to develop renegotiation and novation policies for the floor clauses incorporated into their mortgage loan contracts. These new agreements or contracts are the object of this study; and particularly, the jurisprudential doctrine that on its validity or effectiveness has been developed in recent years, both by the Supreme Court and the Court of Justice of the European Union (CJEU), which once again had to rule as a result of several preliminary questions raised by a Spanish court. The evolution of this doctrine from STS no. 558/2017, of October 16, which was somewhat contradicted shortly after by STS no. 205/2018, of April 11 (which has a private vote), up to the most recent SSTS nos. 580/2020 and 581/2020, of November 5, and no. 589/2020, of November 11, issued after the STJUE of July 9, 2020 (C-452/18) that has set the guidelines for that control and prosecution of the validity and effectiveness of these new «agreements» and the disclaimers in them included.

PALABRAS CLAVE: Cláusula suelo. Consumidor. Novación. Préstamo. Renuncia. Transacción.

KEY WORDS: *Floor clause. Consumer. Novation. Loan. Waiver. Transaction.*

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. NOTAS GENERALES SOBRE LA NOVACIÓN, LA TRANSACCIÓN Y LA RENUNCIA.—III. EFICACIA DE LOS ACUERDOS NOVATORIOS Y DE RENUNCIA A ACCIONES A TENOR DE LAS SSTs DE 16 DE OCTUBRE DE 2017 Y DE 11 DE ABRIL DE 2018: 1. LA STS NÚMERO 558/2017, DE 16 DE OCTUBRE. 2. LA STS NÚMERO 205/2018, DE 11 DE ABRIL: A) *Hechos y fundamentos jurídicos.* B) *Voto particular.* C) *Consideración crítica sobre el carácter transaccional del acuerdo.* D) *Consideración crítica sobre la transparencia del acuerdo.*—IV. ACUERDOS NOVATORIOS Y DE RENUNCIA A ACCIONES SEGÚN LA STJUE DE 9 DE JULIO DE 2020: 1. HECHOS DEL LITIGIO PRINCIPAL Y CUESTIONES PREJUDICIALES PLANTEADAS. 2. FUNDAMENTOS DEL TJUE: ANÁLISIS CRÍTICO.—V. DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO TRAS LA STJUE DE 9 DE JULIO DE 2020: SSTs DE 5 Y DE 11 DE NOVIEMBRE DE 2020.—VI. CONCLUSIONES.—VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.

I. PLANTEAMIENTO

Con la STS de 9 de mayo de 2013 por la que se declaró una cláusula suelo nula por abusiva ante su falta de transparencia material (control este acuñado precisamente por esta sentencia) se sucedieron paralelamente dos situaciones: una, la de concretar de modo más definitivo qué efectos temporales y económicos tenía esa declaración de nulidad de las cláusulas suelo y el desarrollo efectivo de la aplicación de ese control de transparencia material en cada proceso (y no solo sobre cláusulas suelo sino también sobre otras cláusulas de préstamos hipotecarios respecto de las que recayó asimismo esa sombra de posible nulidad por abusividad y falta de transparencia); y la segunda, la celebración de pactos novatorios de esos préstamos hipotecarios por los bancos y los prestatarios (o con más rigor y cercanía a la realidad práctica: ofrecimiento de los bancos a los prestatarios de contratos de novación de tales préstamos) en los que, además de reducir o en algunos casos eliminar la cláusula suelo incluida en el préstamo, se recogía una renuncia del prestatario a ejercer cualquier acción judicial por ese contrato y esa cláusula suelo.

Son estos acuerdos o contratos novatorios el objeto de este estudio; y particularmente, la doctrina jurisprudencial que sobre su validez o eficacia se ha ido desarrollando en los últimos años, tanto por el Tribunal Supremo como por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), que una vez más ha debido pronunciarse a raíz de varias cuestiones prejudiciales planteadas por un juzgado español.

Se analizará críticamente la evolución de esa doctrina desde la STS número 558/2017, de 16 de octubre, que vino en cierto modo contradicha poco después por la STS número 205/2018, de 11 de abril (que cuenta con un voto particular), hasta las más recientes SSTs números 580/2020 y 581/2020, de 5 de noviembre, y núm. 589/2020, de 11 de noviembre, dictadas con posterioridad a la STJUE de 9 de julio de 2020 (XZ e Ibercaja, C-452/18) que ha marcado las pautas de ese

control y enjuiciamiento de la validez y eficacia de esos «acuerdos» novatorios y las renunciaciones en ellos incluidas.

II. NOTAS GENERALES SOBRE LA NOVACIÓN, LA TRANSACCIÓN Y LA RENUNCIA

Cuando hablamos de novación nos referimos a una modificación de una relación obligatoria o su extinción (en este caso sería novación extintiva). La novación modificativa puede afectar a los sujetos (novación subjetiva) o al objeto (novación objetiva) de esa relación o contrato. Viene fundamentado por el principio de la autonomía de la voluntad privada (art. 1255 CC) y la intención de las partes de voluntariamente alterar algún elemento de su relación o extinguirla. En el ámbito de los préstamos hipotecarios existe una norma específica reguladora de la novación que es la Ley 2/1994, de 30 de marzo, que en su artículo 4.2 dispone: «Cuando el prestamista sea una de las entidades a que se refiere el artículo 1 de esta Ley, las escrituras públicas de modificación de préstamos hipotecarios podrán referirse a una o varias de las circunstancias siguientes: i) la ampliación o reducción de capital; ii) la alteración del plazo; iii) las condiciones del tipo de interés inicialmente pactado o vigente; iv) el método o sistema de amortización y cualesquiera otras condiciones financieras del préstamo; v) la prestación o modificación de las garantías personales». Además, cabe tener en cuenta en orden a la validez de la cláusula nueva lo señalado en el artículo 1208 del Código civil: «La novación es nula si lo fuere también la obligación primitiva, salvo que la causa de nulidad solo pueda ser invocada por el deudor, o que la ratificación convalide los actos nulos en su origen».

Por su parte, la transacción es un acuerdo negociado por las partes en orden a tratar de poner fin a una controversia existente entre las partes y evitar el pleito judicial (art. 1809 CC), con la intención de ambas partes de que una situación dudosa se convierta en otra cierta y clara, con recíprocas concesiones entre las partes (que no tienen por qué ser paritarias o iguales) y viéndose estas vinculadas a lo transigido y a esa nueva relación cierta (entre otras, STS de 30 de noviembre de 2009). Realmente se basa en el principio de libertad y autonomía contractual del artículo 1255 del Código civil, exigiéndose una previa situación litigiosa, que el objeto de la transacción sea disponible y que no se vulnere el orden público.

Una norma imperativa reguladora de una materia no determina *per se* que esa materia sea indisponible: lo que habrá que atender es que la transacción no vulnere esa norma imperativa en cuanto resulte aplicable ni tampoco el orden público, que es uno de los límites legales a la autonomía de la voluntad.

El concepto de orden público no coincide con el de norma imperativa (entre otras, SSTs de 26 de septiembre de 2006 y de 7 de julio de 2006). El orden público es un concepto jurídico indeterminado que debe concretarse en el caso específico, pero que en general podemos afirmar que viene referido a la atención a unos intereses generales, unos principios generales inspiradores del ordenamiento jurídico y a los derechos fundamentales reconocidos por nuestro ordenamiento; son principios estructurales, fundamentales, que inspiran y protegen a las personas, la sociedad y un orden económico, social y jurídico a los que se refieren esos principios; por su carácter fundamental es por lo que formalmente se configuran como normas imperativas.

Pero podemos ampliar este concepto también al ámbito del ordenamiento comunitario europeo y hablar de un orden público comunitario¹ configurado por los principios y derechos reconocidos y presentes en el ordenamiento jurídico comunitario; y concretamente en el ámbito de la protección de los consumidores, el TJUE en sus Sentencias de 21 de diciembre de 2016 (*Gutiérrez Naranjo y otros*, C-154/15, C-307/15 y C-308/15) y de 26 de enero de 2017 (*Banco Primus*, C-421/14) advirtió del carácter imperativo como norma de orden público de la Directiva 93/13/CEE, particularmente su artículo 6.1 («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 y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si este puede subsistir sin las cláusulas abusivas»)².

En este marco, un principio y derecho fundamental que cabe entender comprendido en ese concepto de orden público, por lo que a la materia de este trabajo interesa, puede señalarse el artículo 24 de la Constitución española (CE) y el derecho a la tutela judicial efectiva, además del principio general de la buena fe (especialmente relevante en el marco de los contratos), y las normas nacionales y comunitarias (y su interpretación jurisprudencial) relativas a la protección de los consumidores en relación con las cláusulas abusivas (incluida la exigencia de transparencia en los contratos).

Transacción y novación como tal no son figuras excluyentes entre sí. Puede haber transacción sin novación y novación no transaccional; pero también en una transacción puede existir a su vez una novación modificativa de un contrato previo porque así lo hayan acordado las partes en el marco de esa transacción (cfr. SSTs de 10 de julio de 2002 y de 21 de febrero de 2015).

Por lo que se refiere a la renuncia, esta figura jurídica supone un acto unilateral de un sujeto por el que voluntariamente decide abandonar un derecho que tiene reconocido (no caben renunciaciones anticipadas a derechos futuros); hace dejación del mismo sin transmitírselo a nadie. Una renuncia también puede afectar, más concretamente, a las acciones que se derivan de un derecho del sujeto renunciante. Como tal, puede afirmarse que se trata de un acto de disposición del derecho por su titular, y por ello este tiene que tener capacidad para ello y poder de disposición reconocido al respecto.

La renuncia como he indicado es un acto voluntario y se exige que esa voluntad sea manifestada de forma clara e inequívoca; además es preciso para que sea válida y tenga efectos que esa renuncia no implique perjuicios para terceros ni sea contraria al interés u orden público (art. 6.2 CC). Y en relación con esto último, es preciso advertir que también es necesario que el derecho o las acciones a que se renuncian sean efectivamente renunciabiles. Nuestro ordenamiento jurídico prevé a este respecto algunos casos de irrenunciabilidad de derechos: así, entre otros, artículos 151, 652, 653, 806 y 1102 CC; artículo 3 LO 1/1982, de 5 mayo, de protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen; y artículo 10 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGU: «La renuncia previa a los derechos que esta norma reconoce a los consumidores y usuarios es nula, siendo, asimismo, nulos los actos realizados en fraude de ley de conformidad con lo previsto en el art. 6 CC»).

III. EFICACIA DE LOS ACUERDOS NOVATORIOS Y DE RENUNCIA A ACCIONES A TENOR DE LAS SSTs DE 16 DE OCTUBRE DE 2017 Y DE 11 DE ABRIL DE 2018

Entre la STS número 558/2017, de 16 de octubre y la STS del Pleno número 205/2018, de 11 de abril (que cuenta con un voto particular del magistrado Sr. Orduña Moreno) no medió mucho tiempo, pero se contienen doctrinas distintas sobre una situación similar al existir un acuerdo previo entre las partes que se concretaba en la novación del préstamo suscrito y la renuncia de acciones. Las diferencias de trato como se verá a continuación vienen justificadas por el Tribunal Supremo, conforme indica en la Sentencia de 11 de abril de 2018, en la naturaleza y calificación del acuerdo controvertido: mientras que en el caso de la Sentencia de 16 de octubre de 2017 se trataba de una novación, en el de la Sentencia de 11 de abril de 2018 se trata, según el Tribunal Supremo, de una transacción, y las consecuencias deben ser distintas, según se expone por nuestro alto tribunal.

Esta última resolución de 11 de abril de 2018 (cuya doctrina en pro de la eficacia validadora de la negociación de cláusulas que serían nulas por abusivas fue posteriormente reiterada en las SSTs número 205/2018, de 11 de abril, número 489/2018, de 13 de septiembre, número 548/2018, de 5 de octubre, y número 101/2019, de 18 de febrero) recibió muy diversas críticas a nivel doctrinal³ y entre la jurisprudencia menor con resoluciones posteriores que no seguían tal postura⁴, lo que hacía presagiar precisamente el planteamiento de cuestiones prejudiciales que interpelasen al TJUE en relación con estos asuntos. Y así tuvo lugar poco después en junio de 2018 dando pie a la STJUE de 9 de julio de 2020 (asunto C-452/2018) que se analizará posteriormente. Antes, procederé a comentar estas dos Sentencias de 16 de octubre y de 11 de abril de 2018, especialmente esta última, para así contextualizar la situación jurisprudencial existente en España en el momento de elevarse las cuestiones prejudiciales.

1. LA STS NÚMERO 558/2017, DE 16 DE OCTUBRE

El préstamo hipotecario objeto del litigio en este caso se suscribió en febrero de 2009 y contenía una cláusula suelo de un 3%, pero la entidad bancaria no les había informado de ello a los demandantes ni había entregado oferta vinculante previa con las condiciones del préstamo. Los prestatarios formularon queja y posterior comunicación en noviembre de 2009 a la entidad al respecto, protestando por la existencia de esa cláusula suelo y exigiendo que se redujera el suelo al 2,5 % por ser lo que se fijaba en los préstamos hechos al resto de vecinos de la misma promoción de viviendas que ellos adquirieron con ese préstamo hipotecario. Se accedió a la reducción por la entidad, pero solo se aplicó en 2010 y 2011, volviendo en 2012 la entidad bancaria a aplicar el suelo del 3%.

Es en junio de 2013 cuando los prestatarios demandaron a la entidad bancaria interesando la declaración de nulidad de la cláusula suelo, y la devolución de las cantidades pagadas de más por intereses al aplicarse esa cláusula. Subsidiariamente, interesaban que se aplicara el suelo del 2,5%.

El juzgado de primera instancia, partiendo del incumplimiento por la entidad bancaria de la obligación de información sobre las condiciones del contrato y esta cláusula en concreto, desestimó la pretensión principal por considerar que nos encontramos ante una situación de anulabilidad del contrato por

error vicio de consentimiento y al haberse negociado un nuevo suelo del 2,5% los propios demandantes sanaron el vicio inicial e hicieron válida la cláusula (art. 1208 CC).

Presentado recurso de apelación por los prestatarios, este fue desestimado por cuestiones procesales, planteándose posteriormente recurso ante el Tribunal Supremo que se resuelve por STS de 16 de octubre de 2017, quien advierte que la falta de transparencia de la cláusula suelo determina su carácter abusivo, y, en consecuencia, no la anulabilidad, sino la nulidad absoluta de la referida cláusula; y esa nulidad puede y debe ser apreciada de oficio por los jueces.

A este respecto, sigue señalando nuestro alto tribunal, siendo nula de pleno derecho tal cláusula, y apreciable de oficio, el consumidor no puede quedar afectado por ella, ni puede ser objeto de convalidación o subsanación (cfr. art. 1208 CC).

Pero en todo caso, en el supuesto objeto de esta sentencia, no puede apreciarse la existencia de voluntad inequívoca de los prestatarios de convalidar o confirmar el contrato. Se trata solamente, según se señala en esta STS de 16 de octubre de 2017, «de una solicitud dirigida a reducir en lo posible las consecuencias negativas que la cláusula cuestionada tenía para los prestatarios, que no les impide posteriormente solicitar la declaración de nulidad absoluta de tal cláusula y la restitución de lo que el banco ha percibido indebidamente por su aplicación» (fundamento jurídico sexto, apartado 9).

2. LA STS NÚMERO 205/2018, DE 11 DE ABRIL

A) *Hechos y fundamentos jurídicos*

En este caso, los demandantes suscribieron en 2007 dos préstamos en los que se incluía una cláusula suelo de 4,25% y 4,50%. Pero posteriormente en enero de 2014 firmaron sendos contratos privados denominados como de «novación modificativa» por los que, sujetándose a la Ley 2/1994, se modificaban los préstamos indicados y concretamente esa cláusula suelo, reduciéndola al 2,25%, y recogiendo además una estipulación tercera con el siguiente tenor: «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 parte que traiga causa de su formalización y clausulado, así como por las liquidaciones y pagos realizados hasta la fecha, cuya corrección reconocen». Además, se incluye en los documentos una transcripción a mano de los prestatarios, y su firma, de este texto: «Soy consciente y entiendo que el tipo de interés de mi préstamo nunca bajará del 2,25 % nominal anual».

Posteriormente presentaron demanda interesando la nulidad por falta de transparencia de esa cláusula suelo incluida tanto en las primeras escrituras como en los posteriores contratos privados, además de la restitución de las cantidades pagadas de más por la aplicación de la referida cláusula suelo.

En primera instancia se estimó la demanda y declaró la nulidad de la cláusula suelo por apreciar falta de transparencia y entendiendo el acuerdo privado como una novación del contrato de préstamo. Presentado recurso de apelación, la Audiencia Provincial desestimó el recurso y confirmó la nulidad por falta de transparencia de las cláusulas suelo y la ineficacia de las cláusulas modificativas de ese suelo y de renuncia de acciones advirtiendo de la imposibilidad de convalidar la cláusula nula, pese a su sustitución por otra más favorable o la renuncia a acciones.

Presentado recurso de casación por la entidad bancaria el Tribunal Supremo en esta STS de 11 de abril de 2018 lo estima con base en los siguientes argumentos principales:

a) Los acuerdos privados de enero de 2014 no son meras novaciones sino transacciones, cuya causa reside en el ánimo de evitar la controversia judicial sobre la validez de las cláusulas suelo y sus efectos, tras haberse dictado la STS de 9 de mayo de 2013.

b) Se diferencia este supuesto del caso de la STS de 16 de octubre de 2017 en que en esta última no se apreció la voluntad de realizar concesiones recíprocas para evitar el pleito, de modo que no podía considerarse como transacción.

c) Cabe la transacción porque es una materia disponible y la imperatividad de las normas no impide tal posibilidad, siempre que se respete el ordenamiento jurídico. Ello determina que también a ese acuerdo transaccional se le aplique el control de transparencia, dado que se trata de unas cláusulas predispuestas por la entidad bancaria. Y el Tribunal Supremo estima que se acredita el cumplimiento de los deberes de transparencia en cuanto que en el momento de celebrarse ya era notoriamente conocida la existencia de las cláusulas suelo, su incidencia en los intereses y que podían ser nulas, pero los demandantes prestatarios aceptaron la propuesta del banco de reducir la cláusula suelo y renunciar a futuras reclamaciones. Y «aunque no necesariamente la transcripción manuscrita de la cláusula [de declaración de ser consciente y entender en qué consiste esa cláusula suelo] equivale a su comprensibilidad real por el consumidor que la transcribe, es indudable que contribuye a permitir la constatación de su propia existencia y a resaltar su contenido».

d) Las partes se encuentran vinculadas por lo transigido (efecto vinculante que no debe confundirse con un efecto de cosa juzgada).

B) Voto particular

En esta sentencia del Pleno de la Sala Primera, no obstante, se emite un voto particular que se fundamenta en razón a una discrepancia sobre la calificación del contrato en sede casacional, los hechos probados y la literalidad de los documentos controvertidos, el carácter predispuesto de las cláusulas, las propias cláusulas, la abusividad y la transparencia en el marco de las cláusulas suelo y el orden público comunitario. En este voto particular se advierte que:

i. Está acreditado en ambas instancias el carácter predispuesto de los acuerdos privados (pese a lo previsto en el exponendo quinto de los documentos de que se suscribían por deseo de la parte prestataria), sin que hubiera negociación, por lo que resulta plenamente aplicable la Directiva 93/13/CEE.

ii. Cabe apreciar incumplimiento por la entidad de ese plus informativo sobre el alcance del contenido de esos acuerdos privados y por tanto de falta de transparencia, y, en consecuencia, abusividad y nulidad de pleno derecho; lo que emitió la entidad bancaria fue una oferta engañosa con el fin de afectar al comportamiento de los prestatarios en relación con la situación controvertida existente sobre esta materia a raíz de la STS de 9 de mayo de 2013, de cuyos efectos y trascendencia sí que cabe afirmar era consciente la entidad, mientras que a un consumidor medio no se le puede presuponer ni exigir un conocimiento propio de la situación que aún estaba sujeta a distintos «vaivenes jurisprudenciales impredecibles».

iii. Por otro lado, no procedía en sede casacional variar la calificación de los documentos como novación efectuada por las dos anteriores instancias judiciales, no habiéndose acreditado que fuera una calificación ilógica o arbitraria o contraria al Derecho. Además, el carácter novatorio se deriva del propio contenido de los documentos, mientras que no se advierte de la existencia de una litigiosidad previa que justifique la transacción para evitar un pleito. Asimismo, la calificación como transacción resulta improcedente pues vulnera la regla de interpretación «contra proferentem».

iv. Habiéndose confirmado la calificación como abusiva de las cláusulas suelo contenidas en los préstamos, no puede entenderse sanada o convalidada su nulidad por los acuerdos posteriores; y ello con base en el carácter imperativo como norma de orden público de la Directiva 93/13/CEE y por la doctrina del Tribunal Supremo (Sentencias de 19 de noviembre de 2015 y de 16 de octubre de 2017). El régimen de ineficacia absoluta de la cláusula suelo declarada abusiva se «extiende» también a aquellos actos o negocios que traigan causa directa de las cláusulas declaradas abusivas y, por ende, traten de «moderar», «integrar» o «convalidar» la ineficacia resultante.

v. La renuncia de acciones contenida en los acuerdos privados no puede vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva de los prestatarios, concretado en este caso en el control judicial de oficio de las cláusulas suelo.

C) Consideración crítica sobre el carácter transaccional del acuerdo

En el caso objeto de enjuiciamiento por la STS de 11 de abril de 2018, a la vista del contenido de los contratos privados firmados por las partes que se recoge al completo en el voto particular, cabe advertir que en el mismo se contiene una novación de parte de los contratos de préstamo en relación con la cláusula suelo, que se ve reducida en su tipo porcentual; y, además, se recoge una renuncia a acciones, pero no solo que puedan derivar de esa cláusula suelo, sino en relación con todo el clausulado del contrato.

Efectivamente, en el propio título del contrato se acoge la denominación de que se trata de una «novación modificativa»; además en la estipulación quinta se señala expresamente que las partes hacen constar que el documento se trata de una novación sujeta a la Ley 2/1994, «al convenirse una mejora del tipo de interés». Realmente novación existe, sin duda, por cuanto hay un cambio en la cláusula suelo, reduciéndose su tipo porcentual con respecto al inicialmente señalado en los préstamos; el resto de clausulado y condiciones financieras se mantiene como se preveía inicialmente, sin variación ninguna, advirtiéndose expresamente que seguirán en vigor a todos los efectos (estipulación segunda).

También es clara la existencia formal de una renuncia de acciones pues los términos en que se recoge en la estipulación tercera son claros en tal sentido: «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». Cláusula de renuncia expresa es, pero cabe poner en duda, que realmente sea voluntaria y consciente por parte de los prestatarios en cuanto a su verdadero alcance, y el que no contravenga el orden público concretado en el derecho a la tutela judicial efectiva de los prestatarios, todo ello teniendo en cuenta además que se acreditó que fue una cláusula predispuesta por la entidad bancaria.

En cuanto a la existencia de transacción como insiste y califica el Tribunal Supremo en esta Sentencia de 11 de abril de 2018, realmente no creo que haya datos suficientes para considerarlo así; en todo caso, que se califique o no como transacción no tendría tanta relevancia si no fuera por el esfuerzo e insistencia de este Tribunal en esta sentencia de contraponer la transacción a la novación como justificación de la decisión de no seguir la postura acogida en su Sentencia de 16 de octubre de 2017. En este sentido, entiendo muy oportuna la advertencia contenida en el voto particular de que habiéndose calificado en las anteriores instancias el documento como de novación, el Tribunal Supremo no debería haber cambiado tal calificación sin ni siquiera haber justificado o fundamentado que esa apreciación y valoración de las instancias inferiores era arbitraria, ilógica, errónea o contraria a Derecho (SSTS de 28 de noviembre de 2003 y de 27 de noviembre de 2007, entre otras); máxime cuando además en el propio documento se insiste expresamente por las partes (y concretamente por la entidad bancaria teniendo en cuenta que es un hecho probado el que se trata de un documento con cláusulas predisuestas por esta entidad) en que se trata de un contrato de novación modificativa: así se advierte en el título del contrato, los exponendos VI y VII y las estipulaciones primera (al concretar la «sustitución» del tipo de interés suelo), segunda y tercera (en cuanto determinan que no hay variaciones en el resto de cláusulas) y quinta (con expresa indicación de que el documento «constituye una novación sujeta a la Ley 2/1994»).

Por otro lado, de una transacción cabe entender que hay cierta negociación, pues atiende al hecho de que se hagan concesiones recíprocas con el fin de evitar un litigio: pero aquí no se ha acreditado que hubiera ninguna negociación; más bien al contrario: el carácter predisuesto de los contratos privados ha sido hecho declarado probado en todas las instancias. De hecho, el propio Tribunal Supremo en esta Sentencia de 11 de abril de 2018 advierte de esa predisposición y habla de una propuesta del banco a los prestatarios (fundamento jurídico tercero, apartado 8), lo cual por otra parte contradice el tenor del documento privado novatorio que en su exponendo V señala que «es deseo de la parte prestataria rebajar el tipo de interés mínimo pactado y del banco atender dicha solicitud»: realmente la propuesta no partió de los prestatarios, sino del banco.

Pero al margen de esto, debemos partir de que el Tribunal Supremo entiende en este caso que hay transacción (y no mera novación obligacional, aunque hay algo de novación) por considerar que la intención de las partes era poner fin a una controversia, que la entiende como materia disponible, y para ello se hacen recíprocas concesiones (que serían reducir el tipo del suelo y además renunciar al ejercicio de acciones). Analicemos estos presupuestos:

a) Por lo que se refiere a esa intención de evitar un pleito judicial y dar certeza a una situación controvertida, en primer lugar, del contenido de los documentos privados no cabe deducirla. En ningún momento en esos contratos se alude a ninguna controversia, ni a reclamación previa de los prestatarios, ni a la STS de 9 de mayo de 2013, ni a las diferentes interpretaciones y decisiones jurisprudenciales sobre sus efectos económicos. De hecho, se indica expresamente como justificación del documento la diferente coyuntura económico-financiera del momento en que se firma este contrato privado con respecto al momento en que se firmaron las escrituras de préstamo (exponendo V). Hay que tener en cuenta que está acreditado que el contrato fue prerreducido y predisuesto por la entidad bancaria; el propio Tribunal Supremo lo señala en su Sentencia de 11 de abril de 2018, e incluso habla de que fue una propuesta del banco (fundamento jurídico

tercero, apartado 8); con seguridad esta entidad sí que tenía pleno conocimiento del contenido de la STS de 9 de mayo de 2013 y las consecuencias al respecto para los préstamos suscritos por dicha entidad; presumir que los prestatarios en enero de 2014 conocían y comprendían el alcance de esa STS plenamente y la situación judicial al respecto, teniendo en cuenta que seguramente no se habrán leído esa resolución, que las informaciones efectuadas por los medios de comunicación no siempre son exactas y que no consta que fueran informados al respecto por la entidad antes de la firma de estos documentos, creo que es mucho presumir, y mucho menos exigir. Puestos a tratar de obtener indicios de la actuación de las partes, es más factible entender que la entidad a partir de la STS de 9 de mayo de 2013 contactó con los clientes (el propio Tribunal Supremo habla de que fue una propuesta del banco, fundamento jurídico tercero, apartado 8) para tratar de subsanar los defectos y vicios que ella sí era consciente que existían en relación a la cláusula suelo de sus préstamos previamente concertados y especialmente la falta de transparencia, ofreciéndoles una reducción del tipo de interés mínimo a pagar (oferta siempre atractiva) a cambio de firmar también un documento en el que ya se trata de constituir prueba de esa información aportada, transparencia, y conocimiento del prestatario del alcance de la cláusula y renunciar a las acciones de declaración de nulidad y reclamación de las cantidades abonadas de más como intereses. ¿En qué podríamos basarnos para entender esto?: i) en el carácter predispuesto de los contratos; ii) en la falta total de información y referencia a la situación controvertida jurisprudencial sobre las cláusulas suelo; iii) en la causa expresa de estos contratos novatorios indicada en los mismos (cambios de la coyuntura económica financiera); y iv) en que, como advierte el propio Tribunal, por la mayoría de las entidades bancarias se han llevado a cabo prácticas de este tipo tras la STS de 9 de mayo de 2013 para dejar constancia del cumplimiento de transparencia (así, declaraciones manuscritas, referencia a explicaciones reiteradas y con ejemplos sobre el funcionamiento y alcance de la cláusula), es decir, prácticas con las que la entidad trata de cumplir con unas obligaciones de información que antes no cumplía y era consciente de ello (además de incluir cláusula de renuncia a acciones). La cuestión estriba en que prácticas tendentes a cumplir con el deber de transparencia, ciertamente muy habituales tras la STS de 9 de mayo de 2013, si se llevan a cabo en contratos de préstamo nuevos son un avance y de acreditarse que efectivamente se han llevado a cabo y que se supera el control de transparencia pues podrán atenderse; pero en supuestos en los que prácticas como estas lo que tratan es de subsanar y convalidar una falta de cumplimiento de deberes informativos previos, hay que ser estrictos en la valoración y enjuiciamiento, porque una actuación abusiva y nula de pleno derecho no puede convalidarse ni sanarse sin más. En este caso no se acredita negociación, ni transacción, ni intención de evitar controversia; se acredita predisposición unilateral de las cláusulas por la entidad bancaria, con un contenido que precisamente encaja terminológicamente con las nuevas exigencias que la STS de 9 de mayo de 2013 impuso (conocimiento del alcance de la cláusula, ejemplos representativos...), y con los que la entidad se pretende «salvar» y evitar, ella sí, los pleitos, pero sin que se acredite que evitar el pleito fuera la intención de los prestatarios; de hecho, del contenido de la parte positiva de los documentos privados la única intención de los prestatarios que se deduce tiene que ver con la intención de que se reduzca el tipo de interés a abonar, y por lo tanto, novar la cláusula de intereses y suelo prevista inicialmente (mientras que la cláusula de renuncia a acciones no se les representa en modo alguno más que como algo accesorio e inocuo).

b) En cuanto a las supuestas contraprestaciones o concesiones recíprocas, puede afirmarse que esa reducción del tipo de interés suelo beneficia al prestatario ciertamente, pero también beneficia (y mucho más, en mi opinión) a la entidad, porque seguirá contando con un «colchón» mínimo de interés a cobrar por ese préstamo a pesar de la previsible ya en ese momento continua bajada del euríbor como índice de referencia, y a pesar de que ese tipo porcentual es muy superior al tipo del interés legal del dinero, y ello, además, bajo la «seguridad» que le proporciona el resto del contrato en el que se recoge una renuncia de los prestatarios a reclamar en relación con esta cláusula suelo (y del resto de cláusulas del préstamo); y con respecto a esta «contraprestación transaccional», por mucho que en la estipulación tercera se indique que «las partes... renuncian expresa y mutuamente a ejercitar cualquier acción frente a la otra...», es notorio y evidente que los sujetos renunciantes y más afectados por la renuncia son los prestatarios y no la entidad. Hay un evidente desequilibrio prestacional en esta «transacción»: atendida la supuesta situación controvertida que se quería cubrir y dar certeza con esta transacción, lo cierto es que la que sale totalmente beneficiada es la entidad bancaria, pero en cambio los prestatarios, siguen con una cláusula suelo y debiendo seguir abonando más intereses que los correspondientes a una referencia simple al euríbor; y además renuncian a las acciones derivadas de cualquier cláusula del contrato...; en relación con el anterior presupuesto analizado, dudo mucho de que pueda considerarse acreditado que por parte de los prestatarios hayan comprendido y hayan tenido la voluntad de que estas cláusulas fueran contraprestaciones para una transacción resolutoria de un litigio previo existente.

D) Consideración crítica sobre la transparencia del acuerdo

Dado el carácter predispuesto y no negociado de las cláusulas contenidas en esos documentos privados objeto de controversia en la STS de 11 de abril de 2018, resulta necesario asimismo analizar su validez y la transparencia de sus cláusulas, especialmente la novatoria y la de renuncia⁵.

El propio Tribunal Supremo en esta sentencia con respecto a la transacción advierte de que «por el modo predispuesto en que se ha propuesto y aceptado la transacción es preciso comprobar, también de oficio, que se hayan cumplido las exigencias de transparencia en la transacción». Y concluye que efectivamente se cumplen esas exigencias en el caso con base en: a) el contexto temporal en que se ha celebrado, cuando ya era notoriamente conocida la existencia de esas cláusulas y su incidencia, y que podían haber sido nulas por falta de transparencia; y b) la declaración manuscrita de conocimiento sobre el funcionamiento de la cláusula suelo, que aunque no equivale a la comprensibilidad real por el prestatario «es indudable que contribuye a permitir la constatación de su propia existencia y a resaltar su contenido».

Ahora bien, como ya indiqué anteriormente, presumir que los prestatarios en enero de 2014 conocían y comprendían el alcance de esa STS plenamente y la situación judicial al respecto, es algo excesivo y sin base suficiente en atención a un consumidor medio. De hecho si fuera tan notoriamente conocido y causa de la firma de estos contratos en enero de 2014 la situación originada con la STS de 9 de mayo de 2013: a) no se entiende por qué no se alude a ello en los exponendos de los contratos; y b) no se entiende cómo se aceptó por los prestatarios la simple reducción de la cláusula y además una renuncia a todas las acciones, cuando a partir de esa STS de 9 de mayo de 2013 lo que más se difundía entre los medios

de comunicación era precisamente que las cláusulas suelo eran nulas, que los bancos hacían prácticas abusivas y poco transparentes y que tenían que devolver las cantidades, aunque eso sí, quedaba pendiente de concretar, pues eso era lo más controvertido de la sentencia de 2013, qué cantidades exactamente; lo notorio era precisamente la nulidad de las cláusulas suelo en el marco de la generalización con la que este tipo de cuestiones se suelen difundir más rápidamente entre los medios de comunicación y la opinión pública, pero no eran notorios los matices jurídicos de la sentencia de 2013 y del tipo de control de transparencia que se configuraba, el hecho de que las cláusulas suelo no siempre son abusivas, etc... En cualquier caso, la comprensibilidad del sujeto prestatario no debe ser objeto sin más de un examen y análisis tan genérico e indiciario: debemos atender al sujeto concreto y determinar su efectiva comprensibilidad real de lo que firma.

Al margen de la calificación del documento y acto como transacción o mera novación, lo cierto es que novación existe, y como se ha indicado, es preciso analizar su validez, el cumplimiento de las exigencias y controles legales de incorporación, contenido y transparencia y los efectos del artículo 1208 del Código civil. En este sentido, puede afirmarse que se puede considerar cumplido el control de incorporación en cuanto la nueva cláusula es accesible y formalmente comprensible en los términos indicados en los artículos 5 y 7 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (LCGC).

Pero en cuanto a la transparencia, no aparece dentro de los hechos declarados probados en las diversas sentencias que se hubiera aportado efectivamente información precontractual a los prestatarios en relación con esa cláusula suelo y su funcionamiento; sí consta en el propio documento las manifestaciones de los prestatarios sobre la recepción de información, ejemplos representativos, e incluso declaración manuscrita sobre su comprensibilidad, pero es que se tratan de cláusulas prerredactadas y predispuestas por la propia entidad; no se ha acreditado la entrega de la información oportuna y el cumplimiento efectivo de esos deberes de información y transparencia que tiene la entidad bancaria, y cuya carga de probar le corresponde precisamente a ella, no siendo suficientes esas manifestaciones prerredactadas contenidas en el contrato novatorio. Y si no puede considerarse transparente, debe considerarse nula por abusiva; una nulidad absoluta.

Igual falta de transparencia y abusividad debe predicarse también de la cláusula suelo original.

Y en relación con esto debe insistirse en lo previsto en el artículo 1208 del Código civil y lo indicado en la STS de 16 de octubre de 2017. Una novación no sana situaciones de nulidad absoluta anteriores en casos como la cláusula suelo y otras posibles cláusulas abusivas, siendo esa abusividad y nulidad apreciable de oficio. La novación no puede sanar la falta de transparencia anterior (STS de 16 de octubre de 2017).

Ahora bien, como se expondrá a continuación, aunque la cláusula suelo original no quede sanada, de acuerdo con lo señalado por el TJUE en su Sentencia de 9 de julio de 2020, esa nulidad (potencialmente a declarar) no impide que dicha cláusula pueda ser objeto de novación y que esa cláusula nueva pueda ser válida si cumple todos los requisitos para ello, incluidas las exigencias de transparencia si se trata de una cláusula no negociada individualmente.

Por último, en cuanto a la renuncia de acciones, hay que destacar la imprecisión y generalidad con la que se concibe esa renuncia. En el contexto de la novación, e incluso de la transacción, vinculada a la cláusula suelo, la renuncia que se plantea excede de ese ámbito, extendiéndose a acciones relacionadas con

el resto de clausulado del préstamo original, que se ratifican como válidas, admitiéndose adecuadas y correctas todas las liquidaciones y pagos realizados. Una renuncia así en una cláusula acreditada como predispuesta debe ser; asimismo, objeto de control y, en este caso, cabe afirmar que no supera el control de transparencia y de contenido, pues no cabe entender acreditado que los prestatarios fueran conscientes plenamente del alcance real de esa renuncia tan genérica. Pero, además, esa cláusula determina también una renuncia previa a acciones pendientes de concretarse en la esfera de los prestatarios, una falta de buena fe por la entidad al incluir unilateralmente una cláusula de renuncia total y genérica en un contrato novatorio de cláusula suelo, y, en todo caso, es contraria a un orden público nacional y comunitario que determina la imperatividad de las normas de protección de los consumidores en relación con la ineficacia de las cláusulas abusivas y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva como derecho irrenunciable (cfr. arts. 10, 82 y 86.7 TRLCU).

IV. ACUERDOS NOVATORIOS Y DE RENUNCIA A ACCIONES SEGÚN LA STJUE DE 9 DE JULIO DE 2020

1. HECHOS DEL LITIGIO PRINCIPAL Y CUESTIONES PREJUDICIALES PLANTEADAS

Como he comentado antes, tras esa STS de 11 de abril de 2018 que generó tanta crítica y controversia, así como incertidumbre sobre cómo deberían entonces calificarse esos numerosos acuerdos suscritos por las entidades bancarias y los clientes prestatarios y cómo se debería responder judicialmente ante ellos en el marco de los diferentes controles a los que debiera someterseles (incorporación, transparencia, abusividad...) y la protección que debe dispensarse al prestatario como parte débil de la relación contractual, especialmente siendo consumidor; era muy previsible que se llegaría a instar la intervención del TJUE para tratar de aclarar esta situación en el marco de la correcta y oportuna aplicación de la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas.

Y así, por Auto de 26 de junio de 2018, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 3 de Teruel planteó una petición de decisión prejudicial por el TJUE con respecto a cinco cuestiones prejudiciales en el marco de un litigio principal presidido por los siguientes hechos:

a) El demandante prestatario había adquirido un inmueble de un promotor, subrogándose en la posición deudora de este en el préstamo hipotecario concedido por una entidad bancaria, en el que se contenía una cláusula suelo del 3,25% anual (previéndose también una cláusula techo del 9,75% anual).

b) El 4 de marzo de 2014 ese préstamo hipotecario fue objeto de modificación por medio de un contrato de novación en el que: i) se reducía ese «suelo» al 2,35%; ii) se incluía una cláusula indicando que «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»; y iii) se recogía la expresión manuscrita del prestatario afirmando que era consciente y entendía que «el tipo de interés del préstamo nunca bajaría del 2,35% nominal anual».

c) El prestatario presentó posteriormente demanda instando la declaración de abusividad y de nulidad de esa cláusula suelo y a que se le devolvieran todas

las cantidades indebidamente abonadas como consecuencia de dicha cláusula. Ante tal pretensión la entidad prestamista hizo valer y esgrimió ese contrato de novación, frente a lo que la parte demandante interesó del juez que se precisara si ese contrato novado y sus cláusulas no estarían viciados también de nulidad por abusividad de la cláusula novada, atendiendo al carácter no vinculante de las cláusulas abusivas y nulas *ex* artículo 83 TRLCU.

d) Ante tal controversia y analizadas distintas cuestiones el juez de primera instancia se planteó serias dudas sobre si la renegociación de una cláusula es compatible con el artículo 6 de la Directiva 93/13/CEE que advierte de la no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas; e incluso se planteó dudas sobre la adecuación a criterios de transparencia del contrato de novación, existiendo un desequilibrio importante en detrimento del consumidor. Por ello elevó petición de decisión prejudicial al TJUE sobre cinco cuestiones prejudiciales en las que se evidenciaban las serias dudas que tenía el juez remitente en relación a la eficacia y validez de la renegociación de una cláusula nula por abusiva y del propio contrato de novación; cinco cuestiones prejudiciales cuyo objeto cabe concretar en los siguientes aspectos:

i) Si es posible la renegociación y novación válida y eficaz de una cláusula abusiva o si debiera considerarse que, con base en el artículo 6 de la Directiva 93/13/CEE ese contrato de novación no es vinculante y se debe considerar asimismo como inexistente e ineficaz por el hecho de derivar de una cláusula, como la cláusula suelo del litigio principal, que sería abusiva por falta de transparencia y, por ello, nula (en definitiva, si esa falta de transparencia alcanzaría también a ese acuerdo novatorio).

ii) Si las cláusulas contenidas en los acuerdos novatorios pueden considerarse y calificarse como condiciones generales de la contratación o cláusulas no negociadas individualmente a los efectos del artículo 3 de la Directiva 93/13/CEE, afectándoles las mismas causas de nulidad que a los contratos originales.

iii) Si la renuncia de acciones contenida en el contrato de novación debe considerarse nula por no superar el control de transparencia material al no proporcionarse información por la entidad bancaria al prestatario acerca de la nulidad de la cláusula novada ni sobre las cantidades económicas a las que tenía derecho por esa nulidad.

iv) Si la nueva cláusula suelo derivada del contrato de novación debe someterse al control de transparencia y si podría considerarse nula por falta de transparencia al apreciarse que la entidad bancaria no cumplió con los deberes de información previa al prestatario acerca del verdadero coste económico de esa cláusula novatoria.

v) En relación con la cuestión prejudicial tercera indicada se plantea en quinto lugar (y a este respecto cabe advertir que el TJUE las resuelve conjuntamente) si las cláusulas de ese contrato de novación relativas a la renuncia de acciones con base en derechos que puedan surgir en el futuro, pueden considerarse nulas por abusivas.

2. FUNDAMENTOS DEL TJUE: ANÁLISIS CRÍTICO

Concretados los antecedentes de hecho y contextualizadas las cuestiones prejudiciales planteadas, procedamos a examinar y analizar los argumentos y la doctrina establecida por el TJUE en esta Sentencia de 9 de julio de 2020⁶.

A) Con respecto a la primera cuestión, el TJUE advierte en primer lugar que una cláusula declarada nula por abusiva debe entenderse que nunca existió y por ello no puede vincular al consumidor (cfr. STJUE de 21 de diciembre de 2016, *Gutiérrez Naranjo y otros*, C-154/15, C-307/15 y C-308/15). Ahora bien, también señala que la protección que la Directiva 93/13/CEE dispensa a los consumidores puede ser voluntariamente rechazada por este, renunciando a hacer valer sus derechos si así lo consiente de modo libre e informado (cfr. STJUE de 21 de febrero de 2013, *Banif Plus Bank*, C-472/11; STJUE de 14 de abril de 2016, *Sales Sinués y Drame Ba*, C-381/14 y C-385/14; STJUE de 26 de marzo de 2019, *Abanca Corporación Bancaria y Bankia*, C-70/17 y C-179/17; y STJUE de 3 de octubre de 2019, *Dziubak*, C-260/18, que atendían principalmente a supuestos en los que la declaración de nulidad de la cláusula litigiosa implicaba la nulidad de todo el contrato⁷⁾).

Y atendiendo a esto último, entiende el TJUE que, por analogía, es posible la renuncia a la protección especial reconocida por la Directiva 93/13/CEE y a hacer valer la nulidad de una cláusula abusiva a través de un contrato de novación de dicha cláusula, siempre que el consumidor preste consentimiento libre e informado a tal novación y a la exclusión (renuncia) de tales efectos derivados de la declaración de esa nulidad.

Por tanto, para que una renegociación o novación de una cláusula nula pueda considerarse válida y eficaz debe contar con los siguientes presupuestos: i) que el consumidor sea consciente de que esa cláusula que se nova no es vinculante para él pues es abusiva y nula; y ii) que preste un consentimiento libre e informado a la renuncia a la aplicación de los efectos de esa declaración de nulidad de dicha cláusula y, también, un consentimiento libre e informado a la novación y aplicación de la cláusula nueva. Y a los efectos de entender que el consumidor prestó ese consentimiento libre e informado, el TJUE considera necesario que en el momento de hacer esa renuncia y novarse la cláusula el consumidor debe ser «consciente del carácter no vinculante de esa cláusula y de las consecuencias que ello conllevaba».

Así pues, el TJUE con este pronunciamiento contradice lo indicado por nuestro Tribunal Supremo en su Sentencia de 16 de octubre de 2017, advirtiendo que, pese a la nulidad de la cláusula novada, la novación realizada y la nueva cláusula puede ser válida (en contra, repito, de lo que decía esa STS número 558/2017, de 16 octubre); pero para ello, advierte el TJUE, es necesario que el consumidor sea consciente de esa nulidad y sus consecuencias para poder renunciar a ellas, siendo esa consciencia, asimismo, presupuesto del consentimiento libre e informado también requerido. Esa consciencia requiere certeza sobre esa nulidad y sobre las consecuencias de la misma: y cabe afirmar que hasta la STJUE de 21 de diciembre de 2016 (*Gutiérrez Naranjo y otros*, C-154/15, C-307/15 y C-308/15) no hubo tal certeza pues se vino a confirmar la nulidad de las cláusulas suelo no transparentes y se concretó definitivamente el alcance de esa nulidad en cuanto a las cantidades a devolver al consumidor; en el momento de la firma de ese documento novatorio al que hace referencia el litigio principal del que deriva el planteamiento de esta cuestión prejudicial (marzo de 2014) no cabe hablar a ese respecto de certezas sino de incertidumbres tanto en el plano jurisprudencial como en el normativo. Ahora bien, esa certeza también puede proporcionarse al consumidor a través de información pertinente aportada por la propia entidad bancaria, que reconozca que esa cláusula es nula y así se lo comunique, incluyendo información sobre los efectos de esa nulidad; o incluso, como señala CÁMARA LAPUENTE, si un juez entra de oficio a controlar la abusividad de la cláusula

y la declara nula, aunque en este punto y dada la litigiosidad e incertidumbre jurisprudencial existente, la certeza, a mi juicio, vendría dada con la firmeza de esa resolución judicial⁸.

Con carácter general cabe afirmar que esas «certezas» no concurren en los distintos acuerdos novatorios que se han venido celebrando en relación con las cláusulas suelo. En general en este tipo de acuerdos no se alude siquiera a la STS de 9 de mayo de 2013 ni a la posible nulidad de esa cláusula, y la información proporcionada al respecto por la entidad bancaria se evidencia escasa, si bien habrá que atender a cada caso concreto y al contexto en que se desarrolló esa novación.

Por otro lado, esa exigencia de consentimiento libre e informado debe ponerse en relación con la respuesta dada por el TJUE al resto de cuestiones prejudiciales planteadas. Y es que ¿puede entenderse que existe un consentimiento libre e informado en un acuerdo de adhesión, predispuesto no negociado sino impuesto, y no transparente? Evidentemente no: si falta transparencia no hay consentimiento libre e informado, claramente; de ahí la importancia del resto de cuestiones prejudiciales planteadas, cuya resolución se comenta a continuación. Y a este respecto, cabe criticar que el TJUE no haya puesto en relación oportunamente esta decisión sobre esta cuestión prejudicial y el planteamiento de la tercera cuestión prejudicial sobre la renuncia a las acciones derivadas de la cláusula suelo inicial, pues al no haberse hecho así se han establecido criterios y parámetros de valoración al resolver cada cuestión prejudicial que en cierto modo chocan entre sí, como se comentará al final de este apartado al analizar esa resolución de la cuestión prejudicial tercera.

B) Por lo que se refiere a la cuestión de si las cláusulas contenidas en el acuerdo novatorio podrían considerarse o no como cláusulas predispuestas no negociadas individualmente y por ello poder ser consideradas como abusivas, el TJUE recuerda que el control de abusividad se refiere a cláusulas no negociadas individualmente, sean o no condiciones generales (es decir, redactadas para su uso generalizado y ser incluidas en una pluralidad de contratos) y que ese tipo de cláusulas se caracterizan por ser prerredactadas por el profesional, impuestas en el contrato y en cuyo contenido no ha podido influir el consumidor. Y dicho esto, nada impide que una cláusula novatoria cumpla con esos requisitos: partiendo de que el contrato de novación es un contrato distinto al del préstamo inicialmente celebrado, lógicamente el TJUE advierte que tal contrato y su clausulado puede y debe ser igualmente objeto del oportuno control y comprobación de si se trata o no de cláusulas predispuestas, impuestas y en cuyo contenido el consumidor no haya podido influir. Si efectivamente se comprueba que es así, entonces estaremos ante una cláusula no negociada individualmente y respecto de ella se podrá y deberá aplicar los oportunos controles de transparencia y contenido (abusividad) por parte del juez nacional, por lo que llegado el caso sí que se podrá declarar como abusiva esa cláusula novatoria.

¿Cómo concretar si el consumidor pudo o no influir en el contenido de ese acuerdo o cláusula novatoria? De acuerdo con el TJUE debe ser valorado por el juez nacional atendido el conjunto de circunstancias en que esa cláusula se presentó al consumidor: lo cual implica atender al caso concreto.

A este respecto, cabe recordar que en el Derecho español el artículo 82.2 TRLCU señala: «El empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba».

¿Qué circunstancias podrían valorarse concretamente en esta materia? El TJUE hace referencia a tres circunstancias que realmente se reproducen en la mayoría de litigios relacionados con estos acuerdos novatorios de cláusulas suelo:

i) Que dicho acuerdo se enmarque en una política de renegociación llevada a cabo por la entidad prestamista con respecto a préstamos hipotecarios con cláusulas suelo. Esto evidencia que fue la propia entidad bancaria la que propuso esa novación y, como advierte el TJUE, es un claro indicio de que el prestatario no pudo influir en el contenido de la nueva cláusula; e incluso cabe afirmar que es un indicio de que ese tipo de cláusulas se incluyeran de modo generalizado en los mismos términos en todos los acuerdos de renegociación desarrollados dentro de esa política de renegociación llevada a cabo por la entidad.

ii) Que no se facilitara al prestatario una copia del contrato ni se le permitiera llevárselo consigo: este sería otro indicio de que el consumidor no pudo influir en el contenido de ese contrato novatorio.

iii) Y por último el TJUE alude a una concreta circunstancia, que en los últimos años en España se vino a consolidar como práctica con el fin de evidenciar un consentimiento libre, un conocimiento y comprensión claros y una negociación individual por el prestatario, e incluso se refrendó normativamente en el artículo 6 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo (precepto derogado por la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario), pero que ahora el TJUE claramente rechaza como elemento de valoración o indicio que permita por sí sola llegar a tal conclusión: me refiero a la expresión manuscrita del prestatario contenida en el contrato con la mención de que comprende qué supone la cláusula suelo y acepta esa novación de tal cláusula en los términos reflejados en la nueva cláusula. Esta mención y expresión de puño y letra del prestatario en el contrato, según el TJUE, no sirve por sí sola para acreditar y concluir que ese contrato y esas cláusulas fueran negociadas individualmente ni que pudo el consumidor influir en su contenido⁹.

Dicho esto, cabe observar en este caso concreto, y ya puesto en relación con otros asuntos similares en los que la misma entidad bancaria Ibercaja ha sido demandada (como son los casos de las SSTS números 580/2020 y 581/2020, ambas de 5 de noviembre, que serán objeto de comentario *ut infra*), que ese acuerdo novatorio, con reducción de la cláusula suelo original e inclusión de una renuncia a acciones judiciales, es prácticamente idéntico en todos ellos; por lo que el carácter predispuesto, impuesto y general de estas cláusulas es evidente.

C) Siguiendo el *iter* resolutivo de la STJUE de 9 de julio de 2020, me detendré a continuación en el examen de la cuestión prejudicial planteada en cuarto lugar y la respuesta que a ella da el TJUE para después abordar conjuntamente, al igual que hace este tribunal, las cuestiones referidas al posible control de transparencia y de abusividad de la cláusula de renuncia a acciones.

En este caso lo que se plantea es si esa cláusula suelo nueva, derivada del contrato novatorio, puede ser sometida al control de transparencia y en tal caso si pudiera ser considerada abusiva por falta de transparencia y por ello nula, por entender que no se cumplió con los deberes de información previa sobre las reales consecuencias económicas de esa novación.

Sobre la posibilidad de ser sometida a control de transparencia cabe recordar lo indicado en el apartado anterior y la resolución por el TJUE de la cuestión prejudicial segunda: de considerarse que es una cláusula no negociada individualmente, dicha cláusula novatoria deber ser objeto de control de transparencia y de abusividad, tratándose de un prestatario consumidor.

El TJUE recuerda el significado y fin de ese control y requisito de transparencia evidenciado en muchas de sus resoluciones: las cláusulas deben ser transparentes no solo desde el punto de vista formal y gramatical, sino también

de forma que el consumidor pueda conocer efectivamente las consecuencias económicas de la firma de ese contrato, y poder así valorarlas y decidir de forma libre y consciente la oportunidad de esa firma: «la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender también como una obligación de 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, *Andriciuć y otros*, C-186/16, EU:C:2017:703, apartado 45)».

Para efectuar ese control de transparencia el juez nacional debe atender a todos los elementos de hecho y circunstancias concurrentes en el caso, y particularmente, deberá comprobarse qué información se proporcionó al consumidor antes de la celebración del contrato, sobre las condiciones de ese contrato y las consecuencias de dicha celebración (cfr. STJUE de 21 de diciembre de 2016, *Gutiérrez Naranjo y otros*, C-154/15, C-307/15 y C-308/15).

Pero en este punto el TJUE introduce una matización sobre esa información a proporcionar por el prestamista que hasta ahora no se había puesto de relieve. Aun refiriéndose a doctrina anterior señalada en la Sentencia de 20 de septiembre de 2017 (*Andriciuć y otros*, C-186/16) de que «la apreciación del carácter abusivo de una cláusula contractual debe realizarse en relación con el momento de la celebración del contrato en cuestión, teniendo en cuenta el conjunto de las circunstancias que el profesional podía conocer en ese momento y que podían influir en la ulterior ejecución del contrato, ya que una cláusula contractual puede entrañar un desequilibrio entre las partes que únicamente se manifieste mientras se ejecuta el contrato», el TJUE en esta Sentencia de 9 de julio de 2020 insiste en que, al comprobar que el profesional haya cumplido con esos deberes de transparencia exigidos por los artículos 4.2 y 5 de la Directiva 93/13/CEE, se deben tomar como referencia los elementos de que disponía en la fecha en que se celebró el contrato y, particularmente, con respecto a las cláusulas suelo «procede hacer constar que las repercusiones económicas de un mecanismo por el que se establece un límite inferior a las fluctuaciones del tipo de interés dependen necesariamente de la evolución del índice de referencia a partir del cual se calcula ese tipo».

Es decir, el TJUE basa el cumplimiento del control de transparencia en la información previa suministrada al consumidor pero exigiendo únicamente ahora con respecto a las cláusulas suelo una información referida únicamente a la evolución en el pasado de los índices de referencia, sin exigir información sobre la previsible (con datos existentes en ese momento) evolución futura de esos índices, atendiendo a distintos escenarios que pudieran plantearse en el futuro: «no cabe exigir a un profesional que facilite información precisa acerca de las consecuencias económicas asociadas a las variaciones del tipo de interés durante la vigencia del contrato, ya que esas variaciones dependen de acontecimientos futuros no previsibles y ajenos a la voluntad del profesional. En particular, la aplicación de un tipo de interés variable conlleva, a lo largo del tiempo, por su propia naturaleza, una fluctuación de los importes de las cuotas futuras, de forma que el profesional no está en condiciones de precisar el impacto exacto de la aplicación de una cláusula “suelo” sobre tales cuotas».

Información precisa y exacta tal vez no, pero hipótesis, valoraciones y datos con los que sí cuenta la entidad bancaria que a nivel de hipótesis pudieran per-

mitir al consumidor a su vez valorar la posible evolución de los índices, aunque sea a corto o medio plazo, pues no estaría de más. Y es que cabe advertir que esas hipótesis de evolución futura pueden llevarse a cabo sin muchos problemas por las entidades bancarias, como profesionales y expertos que cuentan con diversidad de datos y analistas; de hecho, su propia actividad, competitividad y solvencia en el tráfico económico financiero y bancario les obliga a hacer esas previsiones futuras, y así lo hacen. Cabe recordar, además, que desde la STS de 9 de mayo de 2013, la jurisprudencia posterior comunitaria (entre otras, STJUE de 20 de septiembre de 2017, *Andriciuc*, C-186/16) y distinta normativa bancaria y crediticia española han incidido, en el marco de las exigencias de cumplimiento de los deberes de transparencia por el prestamista y de un comportamiento leal y acorde con la buena fe contractual, en el deber de este de proporcionar, con carácter previo a la celebración del contrato, información al consumidor sobre los escenarios posibles de evolución de los índices de referencia en caso de préstamos a tipos de interés variable (así, en el artículo 26.2 de la Orden EHA/2899/2011 y en el artículo 14.1.c) de la Ley 5/2019, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario), y en esos escenarios se ha venido entendiendo que se incluía una valoración y previsión también a futuro, a corto o medio plazo, por cuanto las entidades bancarias disponían de ellas.

Trasladar esa información, aun como meras hipótesis, al consumidor, sin duda completaría mejor la información y conocimiento del prestatario de las consecuencias económicas reales que se derivarían del contrato que firma y sí que se produciría una mayor simetría informativa y de conocimiento entre ambas partes contratantes, cumpliéndose así de modo efectivo las exigencias de transparencia material que en los últimos años han venido acuñándose y defendiéndose tanto desde instancias europeas como nacionales.

Pero lo cierto es que el TJUE ahora centra el ámbito de esa información en la evolución pasada. Y, tal conclusión, en lo que respecta a la valoración de la transparencia de la cláusula novatoria, lleva al TJUE a concluir que para predicar tal transparencia el consumidor debe haber sido informado previamente de las consecuencias económicas de tal cláusula, atendiendo a datos de la evolución pasada del índice de referencia.

Y concretamente, con respecto a esas consecuencias económicas de la novación de la cláusula suelo, en relación con las cantidades a las que por esa modificación de la cláusula suelo el prestatario renunciaría (con referencia a cantidades que, de no existir esa cláusula suelo, debiera pagar), el TJUE entiende que un consumidor medio puede llegar a calcular esas cantidades fácilmente «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».

¿Cuáles serían esos datos necesarios? Habrá que estar al caso concreto para valorar si los datos proporcionados fueron suficientes para ese cálculo; pero lo cierto y que remarca bien el TJUE es que esos datos los debe proporcionar la entidad bancaria, y cabe afirmar que se trata de datos técnicos y no tan sencillos, por la propia referencia del TJUE a la cualificación y conocimientos profesionales del prestamista, y porque es un hecho conocido que las fórmulas acogidas por las entidades bancarias para establecer los sistemas de amortización y el cálculo de los intereses variables no son sencillas (tanto es así que ni los propios juzgados realizan esos cálculos de oficio cuando condenan a la restitución de cantidades derivadas de una cláusula suelo declarada nula, sino que exigen el previo recálculo efectuado por la entidad bancaria)¹⁰.

D) Por último, debe analizarse las resoluciones de las cuestiones prejudiciales tercera y quinta que aluden a la renuncia de acciones incluida en ese contrato novatorio, planteándose si pueden y deben quedar sometidas al control de transparencia y de contenido.

Con respecto al sometimiento a estos controles el TJUE recuerda lo ya advertido con respecto a la cláusula novatoria, en cuanto a que una cláusula quedará sujeta a tales controles y a lo previsto en el artículo 3 de la Directiva 93/13/CEE en la medida que se trate de una cláusula no negociada individualmente. Y, aparte de la comprobación por el juez nacional del cumplimiento de las exigencias de buena fe, equilibrio y transparencia, el TJUE advierte del contenido del apartado 1.q) del anexo de la Directiva 93/13/CEE que prevé como cláusula que podría ser abusiva aquella que tiene por objeto o por efecto «suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor», lo que será este caso.

Y de cara a concretar ese carácter abusivo, el TJUE distingue entre dos supuestos: i) la renuncia a las acciones derivadas de la cláusula suelo original ahora novada; y ii) la renuncia a las acciones derivadas de la nueva cláusula suelo.

Ahora bien, atendida la redacción de la cláusula en el contrato novatorio, cabe advertir que la renuncia de acciones no se especifica en relación a la cláusula suelo, sino que es de tal punto genérica que se habla de renuncia a cualquier acción derivada del clausulado del préstamo (no solo del pacto novatorio) y por las liquidaciones y pagos realizados hasta la fecha, que se reconocen correctos; no es solo por la cláusula suelo, sino que se concibe como un «blindaje» a futuro de la entidad prestamista que puede hacerlo valer frente a cualquier reclamación del prestatario, oponiéndole esa renuncia. Pero el TJUE se centra específicamente en atender a las acciones derivadas de la cláusula suelo.

Respecto de la renuncia a acciones que puedan surgir de la nueva cláusula suelo, el TJUE con total claridad y lógica advierte que no se puede renunciar válidamente al ejercicio de acciones por controversias futuras y eventuales que pudieran surgir, pues en el momento de la renuncia desconoce el alcance de la misma y sus consecuencias. Una renuncia previa a la tutela judicial y a los derechos y protección que a futuro le puede brindar la Directiva 93/13/CEE no puede vincular al consumidor pues ello supondría ir contra el carácter imperativo del artículo 6 de la referida Directiva y pondría, según el TJUE, en peligro la eficacia de este sistema de protección del consumidor.

Esta misma conclusión cabe entender que debe aplicarse con respecto a la genérica renuncia a acciones que se deriva de la cláusula contenida en el pacto objeto de la sentencia: al desconocer el alcance del objeto de esa renuncia genérica no puede admitirse su validez con respecto a cualquier futura acción que pueda plantearse por el clausulado de ese préstamo hipotecario o su formalización.

Y con respecto a la renuncia de acciones derivadas de la cláusula suelo original novada, el TJUE incide a mi juicio en dos cuestiones criticables:

a) En primer lugar, al calificar el acuerdo en que se incardina esa cláusula de renuncia como una transacción. Cabe traer aquí las mismas consideraciones críticas señaladas *ut supra* en este trabajo con respecto a la calificación de transacción que hizo el Tribunal Supremo en su Sentencia de 11 de abril de 2018: habrá que atender lógicamente a cada caso concreto, pero no puede afirmarse genéricamente que en este tipo de prácticas que se hicieron frecuentes tras la STS de 9 de mayo de 2013 haya un acuerdo transaccional (con voluntad de ambas partes de poner fin a una controversia o evitar un litigio), sino mera novación

de cláusulas. Un concepto ese de «transacción» que, además como tal, presupone ya cierta negociación individual de su clausulado¹¹, al menos por cuanto de su propia naturaleza como transacción se derivan unas concesiones recíprocas entre las partes, y en estos casos realmente cabe dudar de que exista tal voluntad transaccional en estos acuerdos; voluntad de novar y conseguir que se reduzca o elimine la cláusula suelo inicialmente prevista sí hay, sin duda; pero en cuanto a la renuncia de acciones, no creo que esa renuncia se hubiera previsto como real concesión de los prestatarios, sino que se incluyó en el acuerdo, a único beneficio de la entidad prestamista y predisponente, pero siendo una cuestión que para los prestatarios se les representó como algo accesorio e inocuo en ese momento.

En todo caso, el TJUE prevé y establece las reglas de aplicación del control de transparencia y el de abusividad en relación con esta renuncia a acciones, al menos en el caso planteado; y esto lo hace porque este Tribunal parte realmente de que no ha habido negociación individual, sino que se trata de una cláusula predispuesta e impuesta por el empresario, al igual que la cláusula novatoria y nueva cláusula suelo, contenida en el mismo contrato, como ya advirtió en los apartados 36 a 38 de esta Sentencia de 9 de julio de 2020 al resolver la segunda cuestión prejudicial planteada.

b) Por otro lado, al igual que señaló al resolver la primera cuestión prejudicial en los apartados 28, 29 y 30 de la sentencia, el TJUE viene a exigir también al resolver la tercera cuestión prejudicial el consentimiento libre e informado del consumidor para que la renuncia a acciones tenga validez; y eso conlleva por tanto el presupuesto de que el consumidor sea plenamente consciente de las consecuencias de su renuncia.

Sin embargo, a diferencia de lo indicado en los apartados anteriores 28 a 30 al resolver la primera cuestión prejudicial, ahora el TJUE centra la necesaria consciencia y conocimiento del consumidor para renunciar válidamente, con un consentimiento libre e informado, no en el conocimiento de todas las consecuencias, sean jurídicas o económicas (cuya relevancia para el consumidor precisamente había puesto de relieve el TJUE en los apartados 45 y siguientes, al resolver la cuarta cuestión prejudicial planteada), sino solo en el conocimiento de las consecuencias jurídicas. El TJUE señala ahora que cabría reputar esa renuncia a acciones judiciales por la cláusula suelo original como abusiva si el consumidor no hubiera podido disponer de información suficiente para poder comprender las consecuencias «jurídicas» derivadas de esa renuncia: el TJUE solo habla aquí de consecuencias jurídicas, pero vinculadas a ellas no deben obviarse las consecuencias económicas de esa renuncia, manifestadas en las cantidades cuya devolución pudieran haberse pedido a través de esas acciones a las que con ese contrato novatorio se renuncia.

Considero que debe unificarse la doctrina contenida en esta sentencia en relación a la primera y tercera cuestión prejudicial para así concluir que el consumidor debe ser plenamente consciente de a qué renuncia para así entender que ha prestado un consentimiento libre e informado: renuncia a determinadas acciones sí, como consecuencia jurídica procesal, pero también renuncia al objeto de esas acciones, que también es una consecuencia jurídica en cuanto a que supone la extinción de las pretensiones del derecho de reclamación que ostenta; y para concretar ese objeto de renuncia es preciso determinar asimismo a qué cantidades económicas va a renunciar; y sobre ello es esencial la información previa que se le proporcione al consumidor.

Sobre esa información necesaria para el consumidor, en este caso en los apartados 70 y siguientes de la Sentencia de 9 de julio de 2020, el TJUE viene a

advertir que, en virtud de las exigencias de transparencia, es la entidad bancaria quien debe proporcionar tal información al consumidor: y es lógico pues, desde luego, la entidad bancaria cuenta sobre esa situación con más datos e información jurídica y económica que el prestatario (la asimetría informativa es clara en estos asuntos). Pero el TJUE advierte a este respecto que el alcance y extensión de esa información deberá determinarse en atención a la situación jurídica existente en el momento de celebrarse ese contrato novatorio con la renuncia a acciones y el nivel de certidumbre existente en ese momento acerca del carácter abusivo de la cláusula suelo. Y a fecha del contrato novatorio objeto de esta resolución, marzo de 2014, señala el TJUE que, aunque existía una gran probabilidad de que se declarase abusiva y nula esa cláusula suelo en ese caso concreto, no existía certeza total, como tampoco se conocía que deberían devolverse íntegramente todas las cantidades, pues tal circunstancia se concretó a partir de la STJUE de 21 de diciembre de 2016 (*Gutiérrez Naranjo y otros*, C-154/15, C-307/15 y C-308/15).

Dicho esto, el que la situación no fuera totalmente cierta, eso no significa que no debiera haberse informado de cual era esa situación en el momento de la firma del contrato novatorio y de renuncia: debe acreditarse que la entidad prestamista cumplió con sus deberes de transparencia precisamente informando al consumidor de la situación existente sobre la eventual nulidad de esa cláusula por falta de transparencia, las posibilidades que tenía de pedir su nulidad y qué consecuencias tendría esa nulidad, y de que con la firma de ese contrato renunciaba a todo ello. Ya en apartados anteriores de esta STJUE de 9 de julio de 2020 se advierte de la necesaria consciencia del consumidor sobre la falta de vinculación de la cláusula suelo, sobre las consecuencias de ello y sobre las consecuencias de la firma del acuerdo novatorio para poder entender que su consentimiento fue libre e informado y por tanto ese acuerdo novatorio y sus cláusulas fuera válido y eficaz; advierte el TJUE que el alcance de la información no puede llevar a exigir de la entidad valoraciones a futuro, pero al menos sí que se le podrá exigir que aporte los datos y toda la información que tuviera disponible sobre la materia a fecha del contrato (información que será en todo caso superior a la que tendría el consumidor); debe acreditarse que se aportó información suficiente de forma previa al contrato para que el consumidor pudiera comprender las consecuencias de la firma de ese contrato novatorio y de renuncia a acciones.

V. DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO TRAS LA STJUE DE 9 DE JULIO DE 2020: SSTS DE 5 Y DE 11 DE NOVIEMBRE DE 2020

En noviembre de 2020 el Tribunal Supremo se hizo eco de esta doctrina contenida en la STJUE de 9 de julio de 2020 para resolver varios recursos de casación planteados sobre la validez y eficacia de acuerdos novatorios con renuncia de acciones.

A) En las SSTS números 580/2020 y 581/2020, ambas de 5 de noviembre se resuelven sendos litigios en los que la demandada (y recurrente en casación) era la misma entidad que fue parte en la STJUE de 9 de julio de 2020 (Ibercaja) con unos acuerdos novatorios objeto de litigio prácticamente idénticos entre sí.

En ambos casos el préstamo de los demandantes se celebró por la subrogación de estos en el préstamo anterior del promotor que contenía la cláusula suelo. Tras la STS de 9 de mayo de 2013, se celebró en marzo de 2014 un contrato de novación en el que se rebajaba la cláusula suelo del 3,25% al 2,25% en el primer caso y del 4,25% al 2,75% en el segundo caso, y también se acogió una cláusula

genérica de renuncia a cualquier acción que se pudiera derivar del contrato de préstamo en cuanto a su formalización y clausulado, así como por liquidaciones y pagos hechos hasta ese momento.

El Tribunal Supremo en estos casos, amparándose en lo indicado por el TJUE en su Sentencia de 9 de julio de 2020, reitera lo que ya señaló en las SSTs número 205/2018, de 11 de abril, número 489/2018, de 13 de septiembre, número 548/2018, de 5 de octubre, número 101/2019, de 18 de febrero y número 361/2019, de 26 de junio, en cuanto a que es posible la novación (o transacción) de una cláusula nula (y que así puede declararse) siendo la nueva cláusula válida si fue negociada, y, en caso de no haberse negociado individualmente, si cumple con los criterios y exigencias de transparencia. Y en este punto, el Tribunal constata que en los casos analizados no hubo negociación, y por ello debe entrar a comprobar que se cumplieron los deberes de transparencia: y al respecto pone de manifiesto lo resuelto por el TJUE el 9 de julio de 2020 en relación con la cuestión prejudicial cuarta, transcribiendo los apartados 51 a 55 de esa resolución, y concluye que en ambos casos la cláusula de novación es transparente.

Parte del análisis del caso concreto y las circunstancias concurrentes en ellos, concluyendo que en ambos casos los prestatarios conocían de la posible nulidad de su cláusula suelo y sobre su incidencia. Atiende el Tribunal Supremo a que debe tenerse en cuenta el conocimiento generalizado que surgió tras la STS de 9 de mayo de 2013 sobre la eventual nulidad de la cláusula suelo y el efecto de esa nulidad a partir de esa sentencia; conocimiento que se concretaba también en los prestatarios de los casos examinados¹². Asimismo, advierte el Tribunal Supremo que la expresión manuscrita firmada por los prestatarios en el contrato de novación sobre que son conscientes y entienden que el tipo de interés de su préstamo ahora sería como mínimo de un 2,25% o un 2,75% respectivamente, aunque no sirva por sí sola para acreditar la negociación individual, sí que permite junto con otros elementos e indicios apreciar que se cumplieron las exigencias de transparencia. Y, por último, en atención a la necesaria información a suministrar al prestatario consumidor para que pueda conocer las consecuencias económicas de esa novación, informando sobre la evolución pasada del índice de referencia, tal y como advierte el TJUE, concluye que este criterio de transparencia se habría cumplido en ambos casos, pues «consta el conocimiento de esta evolución del índice y sus concretas consecuencias económicas, por la incidencia práctica que había tenido esta evolución en la concreción de la cuantía de la cuota periódica que había venido pagando, y en el propio documento se especifica el valor del índice en ese momento».

Así pues, el Tribunal Supremo concluye la validez de la nueva cláusula suelo prevista en ambos casos, determinando que producirá efectos desde la fecha del contrato de novación. Pero también declara la nulidad de la cláusula suelo inicial, de modo que condena a la entidad prestamista a devolver todas las cantidades percibidas indebidamente en virtud de esa cláusula hasta la fecha de la novación.

Por lo que se refiere a la renuncia a las acciones judiciales, en ambas sentencias el Tribunal Supremo entiende que no puede apreciarse su validez por cuanto, habiendo sido predisuelta por la entidad bancaria y no negociada individualmente con el prestatario, para poder reputarse válida, según advierte el TJUE en su Sentencia de 9 de julio de 2020 el consumidor debiera haber tenido información suficiente para comprender las consecuencias jurídicas de esa renuncia. Pero en estos casos la renuncia se planteaba de modo genérico a cualquier acción, abarcando cuestiones ajenas a la controversia sobre cláusulas suelo, que es lo que sería objeto del pretendido acuerdo transaccional, y por ello según el Tribunal Supremo no puede reputarse válida, y la declara nula.

B) En la STS número 589/2020, de 11 de noviembre, al igual que en las anteriores resoluciones comentadas se consideró válida la novación efectuada, pero también la renuncia a acciones contenida en el acuerdo transaccional analizado (que en este caso sí parece contar con más elementos que en casos anteriores para ser considerado y calificado como tal). Pero en este caso existen algunos aspectos que difieren de los de las Sentencias número 580/2020 y 581/2020.

En primer lugar, en el documento de 9 de septiembre de 2015 en que se formalizó esa novación y renuncia a acciones expresamente se hacía referencia a la situación problemática y tendencia jurisprudencial favorable a la eliminación de las cláusulas suelo como motivo y justificación de la oferta de novación realizada por la entidad Caja Rural de Navarra. La cláusula suelo existente se preveía en un 2%. Además, esa oferta consistía en varias opciones presentadas previamente al prestatario con el fin de que las valorase y decidiera cuál de ellas quería que se acogiera; opciones diversas que consistían en el mantenimiento de las condiciones existentes o en la eliminación de la cláusula suelo para siempre pero con una nueva previsión de tipo de interés bajo cuatro variantes: establecer un tipo fijo por 5 años por el 1,90%, y el resto con el diferencial existente en el momento de firma de la novación; un tipo fijo por 20 años del 2,25% y mantenimiento después del mismo diferencial actual; un tipo fijo del 1,90% durante 2 años, y el resto de años aumentando el diferencial actual en 0,15 puntos; o bien simplemente eliminar la cláusula suelo y aumentar el diferencial actual en 0,15 puntos; y el prestatario eligió la eliminación de la cláusula suelo y el tipo fijo durante 5 años del 1,90%. Por tanto, en este caso no se volvió a incluir una cláusula suelo sino que se eliminó ya para toda la vigencia del contrato.

Y ante estas circunstancias el Tribunal Supremo califica este acuerdo como una transacción pues así se calificó por la Audiencia Provincial y no hubo contradicción por las partes; además entiende que se celebró para evitar un litigio posterior; aportar certeza o seguridad a la situación incierta existente, y hubo concesiones recíprocas en el marco concreto de la cláusula sobre el tipo de interés aplicable.

Con respecto a esta cláusula novatoria el Tribunal Supremo reitera su doctrina ya indicada en este trabajo reconociendo la posibilidad de que una novación o acuerdo transaccional pueda ser válido pese a que la cláusula novada fuera nula (SSTS número 205/2018, de 11 de abril, número 489/2018, de 13 de septiembre, número 548/2018, de 5 de octubre, número 101/2019, de 18 de febrero y número 361/2019, de 26 de junio); doctrina que, también advierte, ha venido a ser refrendada por la STJUE de 9 de julio de 2020.

Advierte el Tribunal Supremo que en este caso el convenio aparece redactado de modo claro y comprensible para un consumidor medio, se entregó una oferta previa a la suscripción del convenio novatorio, incluyendo distintas opciones a elección del prestatario, y el convenio se celebró tras esa opción y en atención a ella. Además, la STS de 9 de mayo de 2013 había tenido ya una amplia repercusión mediática y era de conocimiento generalizado, si bien existía una doble incertidumbre en cuanto a la efectiva nulidad de la cláusula suelo del concreto contrato y a los efectos temporales de la restitución de cantidades. Por otro lado, con respecto a la información y conocimientos del prestatario sobre las consecuencias y efectos económicos de la renuncia, advierte nuestro alto tribunal en este caso que la cláusula suelo inicial ya se había aplicado durante los dos años anteriores y sus características y efectos económicos eran por ello conocidos por el prestatario a través de los documentos de liquidación de las cuotas periódicas del préstamo.

Con base en estas circunstancias concurrentes en el caso, y dado que tampoco se había alegado ningún tipo de vicio de consentimiento contractual, estima el Tribunal que esa novación y esa nueva cláusula relativa al tipo de interés a abonar por el prestatario es válida.

Por lo que respecta a la renuncia de acciones, en este caso la cláusula contenida en el contrato sobre este aspecto no era genérica como en los casos previstos en las SSTS número 580/2020 y 581/2020, así como en la STJUE de 9 de julio de 2020, refiriéndose a cualquier acción sobre cualquier cláusula del contrato o cualquier liquidación y pago ya hecho. No: en este caso la renuncia de acciones se concretaba a las que tuvieran por objeto la cláusula suelo. La estipulación segunda del contrato señalaba: «Con la firma del Acuerdo, ambas partes declaran que nada más tienen que reclamarse entre sí respecto de la cláusula suelo. Por tanto, el prestatario renuncia a reclamar cualquier concepto relativo a dicha cláusula, así como a entablar reclamaciones extrajudiciales o acciones judiciales con dicho objeto, tanto en acciones individuales como en las derivadas de cualquier acción de carácter general o difuso».

Y ante esto, el Tribunal Supremo en esta Sentencia de 11 de noviembre de 2020 concluye que es una cláusula válida en cuanto que «la renuncia contenida en el documento cuestionado reúne las condiciones de concreción, claridad y sencillez, es específica y exclusiva sobre las reclamaciones que tengan por objeto la cláusula suelo suprimida y, en consecuencia, no se proyecta genéricamente sobre las partes del contrato del préstamo hipotecario no afectadas por la novación, ni sobre futuras controversias distintas a la transaccionada». Y la declara válida, sin perjuicio del mantenimiento de la declaración de nulidad de la cláusula suelo original, pues esta no se impugnó en casación.

VI. CONCLUSIONES

Una novación no sana situaciones de nulidad absoluta anteriores en casos como la cláusula suelo y otras posibles cláusulas abusivas, siendo esa abusividad y nulidad apreciable de oficio. La novación no puede sanar la falta de transparencia anterior (STS de 16 de octubre de 2017 y art. 1208 CC).

Ahora bien, aunque la cláusula suelo original no quede sanada, de acuerdo con lo señalado por el TJUE en su Sentencia de 9 de julio de 2020, y que refrenda lo ya indicado por el Tribunal Supremo en jurisprudencia anterior indicada en este trabajo y también en las más recientes resoluciones de noviembre de 2020, esa nulidad no impide que dicha cláusula pueda ser objeto de novación y que esta nueva cláusula pueda ser válida si cumple todos los requisitos para ello, incluidas las exigencias de transparencia si se trata de una cláusula no negociada individualmente.

Para entender superadas las exigencias de transparencia con respecto a la novación y la renuncia de acciones por la cláusula inicial (siempre que tal renuncia se acote a esa concreta controversia por cláusula suelo objeto de la novación) es esencial que el consumidor haya prestado un consentimiento libre e informado, lo cual determinará que en tal caso sea consciente de a qué se vincula, a qué renuncia y las consecuencias tanto jurídicas como económicas de ello. Y para comprobar que existe tal consentimiento libre, consciente e informado deberá atenderse a las circunstancias concurrentes en el caso concreto, en el momento de celebración del acuerdo novatorio y bajo ese contexto determinar el alcance de las obligaciones de información de la entidad prestamista.

Con respecto a la renuncia de acciones, si se trata de una renuncia planteada de modo genérico, sin concretar su alcance a la específica cláusula objeto del acuerdo novatorio pretendidamente transaccional y con respecto a futuras controversias no existentes y desconocidas en el momento de la celebración de ese acuerdo que contiene la renuncia, no es válida tal renuncia pues iría contra lo previsto en el artículo 6 de la Directiva 93/13/CEE, haciendo ineficaz el sistema de protección al consumidor en ella previsto; es contraria a un orden público nacional y comunitario que determina la imperatividad de las normas de protección de los consumidores en relación con la ineficacia de las cláusulas abusivas y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva como derecho irrenunciable (cfr. arts. 10, 82 y 86.7 TRLCU), además de suponer tal actuación de la prestamista un comportamiento contrario a la buena fe contractual al incluir en su único beneficio una cláusula tan genérica de renuncia a acciones por cualquier controversia surgida del préstamo.

VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES

- STJUE de 21 de febrero de 2013 (*Banif Plus Bank*, C-472/11).
- STJUE de 21 de diciembre de 2016 (*Gutiérrez Naranjo y otros*, C-154/15, C-307/15 y C-308/15).
- STJUE de 14 de abril de 2016 (*Sales Sinués y Drame Ba*, C-381/14 y C-385/14).
- STJUE de 26 de enero de 2017 (*Banco Primus*, C-421/14).
- STJUE de 20 de septiembre de 2017 (*Andriuciuc y otros*, C-186/16).
- STJUE de 26 de marzo de 2019 (*Abanca Corporación Bancaria y Bankia*, C-70/17 y C-179/17).
- STJUE de 3 de octubre de 2019 (*Dziubak*, C-260/18).
- STJUE de 9 de julio de 2020 (*XZ e Ibercaja*, C-452/18).
- STS de 9 de mayo de 2013.
- STS de 16 de octubre de 2017.
- STS de 11 de abril de 2018.
- STS de 13 de septiembre de 2018.
- STS de 5 de octubre de 2018.
- STS de 18 de febrero de 2019.
- STS de 26 de junio de 2019.
- SSTs de 5 de noviembre de 2020.
- STS de 11 de noviembre de 2020.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- CÁMARA LAPUENTE, S. (2020). La STJUE de 9 de julio de 2020 (C-452/18) sobre novaciones y renunciaciones relacionadas con las cláusulas suelo: ¿negociar o consentir? *Almacén de Derecho*, 10 de julio de 2020 [disponible en <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, Á. (2018). Validez de las novaciones transaccionales de préstamos hipotecarios con cláusula suelo. Una buena sentencia de casación. *Centro de Estudios de Consumo (CESCO)*, publicaciones jurídicas, 13 de abril de 2018 [disponible en http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Validez_de_las_novaciones_transaccionales_de_préstamos_hipotecarios_con_clausula_suelo.pdf].

- CASTILLO MARTÍNEZ, C. del C. (2020). La validez de los acuerdos novatorios sobre la cláusula suelo. Doctrina consolidada del TJUE (STJUE de 9 de julio de 2020) y su incidencia sobre el criterio jurisprudencial de nuestro Tribunal Supremo (SSTS de 11 de abril de 2018 y de 13 de septiembre de 2018). *Actualidad Civil*, núm. 10, octubre de 2020.
- MATE SATUÉ, L.C. (2018). La expresión manuscrita en relación a las cláusulas suelo de los préstamos hipotecarios, en Albiez Dohrmann y Moreno-Torres Herrera (dirs.). *Los contratos de crédito inmobiliario*, Madrid: Aranzadi, 461-473.
- (2019). Transparencia material en la contratación de los préstamos hipotecarios. De la expresión manuscrita de la Ley 1/2013 a los mecanismos llamados a cumplir la misma función en la LCCI, *Revista de Derecho Civil*, vol. VI, núm. 1, enero-marzo 2019, 335-360 [disponible en <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/379>].
- 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. *Centro de Estudios de Consumo (CESCO)*, publicaciones jurídicas, 28 de abril de 2018 [disponible en http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Novacion_prestamo_hipotecario.pdf].
- (2019). *El acuerdo novatorio sobre la cláusula suelo del préstamo hipotecario. Un análisis desde la Directiva 93/13/CE de cláusulas abusivas*. Madrid: Reus.
- PÉREZ DAUDI, V. (2018). *La protección procesal del consumidor y el orden público comunitario*. Barcelona: Atelier.
- SÁNCHEZ GARCÍA, J. (2017). El orden público comunitario y su incidencia en el procedimiento civil en materia de consumidores. *Revista de Derecho VLex*, núm. 158 [disponible en <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/orden-publico-comunitario-incidencia-685540513>].

NOTAS

¹ Sobre el ordenamiento jurídico comunitario y la protección de los consumidores, *vid.* SÁNCHEZ GARCÍA, J. (2017). El orden público comunitario y su incidencia en el procedimiento civil en materia de consumidores. *Revista de Derecho VLex*, núm. 158 [disponible en <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/orden-publico-comunitario-incidencia-685540513>]; y PÉREZ DAUDI, V. (2018). *La protección procesal del consumidor y el orden público comunitario*. Barcelona: Atelier.

² A este respecto, la STJUE de 21 de diciembre de 2016 (*Gutiérrez Naranjo y otros*, C-154/15, C-307/15 y C-308/15) advirtió en sus considerandos 53 a 58 que: «A tenor del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, 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. Esta disposición debe considerarse una norma equivalente a las disposiciones nacionales que, en el ordenamiento jurídico interno, tienen la naturaleza de normas de orden público (véase, en este sentido, la Sentencia de 30 de mayo de 2013, *Asbeek Brusse y de Man Garabito*, C-488/11, apartado 44). Por otro lado, se trata de una norma imperativa que pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre estas (Sentencia de 14 de junio de 2012, *Banco Español de Crédito*, C-618/10, apartado 63). Dada la naturaleza y la importancia del interés público que constituye la protección de los consumidores, los cuales se encuentran en una situación de inferioridad en relación con los profesionales, y tal como se desprende del artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13, en relación con su

vigesimocuarto considerando, esta Directiva impone a los Estados miembros la obligación de prever medios adecuados y eficaces «para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores» (Sentencia de 30 de abril de 2014, *Kásler y Káslerné Rábai*, C-26/13, apartado 78). Para lograr tal fin, incumbe al juez nacional, pura y simplemente, dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que esta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultado para modificar el contenido de la misma (véase, en este sentido, la Sentencia de 14 de junio de 2012, *Banco Español de Crédito*, C-618/10, apartado 65). En este contexto, por una parte, el juez nacional debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 y, de este modo, subsanar el desequilibrio que exista entre el consumidor y el profesional, desde el momento en que disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios al efecto».

Por su parte la STJUE de 26 de enero de 2017 (*Banco Primus*, C-421/14) en sus considerandos 40 a 43 indica: «A este respecto, procede recordar que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el sistema de protección que establece la Directiva 93/13 se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, tanto en lo relativo a la capacidad de negociación como al nivel de información (véase, en particular, la Sentencia de 17 de julio de 2014, *Sánchez Morcillo y Abril García*, C-169/14, apartado 22 y jurisprudencia citada). Habida cuenta de esta situación de inferioridad, el artículo 6, apartado 1, de la citada Directiva prevé que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor. Se trata de una disposición imperativa que pretende 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 estas (véanse, en particular, las Sentencias de 17 de julio de 2014, *Sánchez Morcillo y Abril García*, C-169/14, apartado 23, y de 21 de diciembre de 2016, *Gutiérrez Naranjo y otros*, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, apartados 53 y 55). Según reiterada jurisprudencia, esta disposición debe considerarse una norma equivalente a las disposiciones nacionales que, en el ordenamiento jurídico interno, tienen rango de normas de orden público (véanse las Sentencias de 6 de octubre de 2009, *Asturcom Telecomunicaciones*, C-40/08, apartados 51 y 52, y de 21 de diciembre de 2016, *Gutiérrez Naranjo y otros*, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, apartado 54). En este contexto, el Tribunal de Justicia ha declarado en varias ocasiones que el juez nacional deberá apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 y, de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional, tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello (Sentencias de 14 de marzo de 2013, *Aziz*, C-415/11, apartado 46 y jurisprudencia citada, y de 21 de diciembre de 2016, *Gutiérrez Naranjo y otros*, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, apartado 58)».

³ Así, crítico con esta sentencia se mostró 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. *Centro de Estudios de Consumo (CESCO)*, publicaciones jurídicas, 28 de abril de 2018 [disponible en http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Novacion_préstamo_hipotecario.pdf], e igualmente en MARÍN LÓPEZ, M.J. (2019). *El acuerdo novatorio sobre la cláusula suelo del préstamo hipotecario. Un análisis desde la Directiva 93/13/CE de cláusulas abusivas*. Madrid: Reus. Sin embargo, a favor de esta resolución se mostró CARRASCO PERERA, Á. (2018). Validez de las novaciones transaccionales de préstamos hipotecarios con cláusula suelo. Una buena sentencia de casación. *Centro de Estudios de Consumo (CESCO)*, publicaciones jurídicas, 13 de abril de 2018 [disponible en http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Validez_de_las_novaciones_transaccionales_de_préstamos_hipotecarios_con_clausula_suelo.pdf].

⁴ Al margen del voto particular discrepante contenido en la propia STS de 11 de abril de 2018, con posterioridad a esta resolución fueron varias las resoluciones dictadas en juzgados y tribunales de primera y segunda instancia que no siguieron esa doctrina del Pleno del Tribunal Supremo, sino que atendieron a lo previsto en el voto particular o bien a lo anteriormente indicado en la STS de 16 de octubre de 2017: entre otras, SJPI núm. 4.º Burgos de 17 de abril de 2018, SJPI núm. 3 Albacete de 19 de abril de 2018 y SAP Badajoz de 26 de abril de 2018.

⁵ A este respecto, *vid.* MARÍN LÓPEZ, M.J. (2018). Novación de préstamos hipotecarios..., *op. cit.*

⁶ A este respecto, *cfr.*, entre otros, CASTILLO MARTÍNEZ, C. del C. (2020). La validez de los acuerdos novatorios sobre la cláusula suelo. Doctrina consolidada del TJUE (STJUE de 9 de julio de 2020) y su incidencia sobre el criterio jurisprudencial de nuestro Tribunal Supremo (SSTS de 11 de abril de 2018 y de 13 de septiembre de 2018). *Actualidad Civil*, núm. 10, octubre de 2020; y CÁMARA LAPUENTE, S. (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, [disponible en <https://almacendederecho.org/la-stjue-9-julio-2020-c-452-18-sobre-novaciones-y-renunciaciones-relacionadas-con-las-clausulas-suelo-negociar-o-consentir>].

⁷ Estas SSTJUE citadas a este respecto por el TJUE en la Sentencia de 9 de julio de 2020, como bien advierte CÁMARA LAPUENTE, preveían la posibilidad de que el consumidor renunciara a la protección de la Directiva 93/13/CEE en el marco de procesos en los que la declaración de nulidad de la cláusula supondría la nulidad de todo el contrato (y para evitarlo, se podría atender a la voluntad del propio consumidor) o vienen el contexto de un control de nulidad y abusividad de oficio por el juez: circunstancias que no concurrían en ese acuerdo novatorio del litigio principal del que derivan las cuestiones prejudiciales resueltas por el TJUE en esta Sentencia de 9 de julio de 2020. *Vid.* CÁMARA LAPUENTE, S. (2020). La STJUE de 9 de julio de 2020 (C-452/18) sobre novaciones..., *op. cit.*

⁸ *Vid.*, a este respecto, CÁMARA LAPUENTE, S. (2020). La STJUE de 9 de julio de 2020 (C-452/18) sobre novaciones..., *op. cit.*

⁹ Respecto a esta expresión manuscrita y su incidencia en la controversia sobre los préstamos hipotecarios con cláusulas suelo, *Vid.* MATE SATUÉ, L.C. (2018). La expresión manuscrita en relación a las cláusulas suelo de los préstamos hipotecarios, en Albiez Dohrmann y Moreno-Torres Herrera (dirs.). *Los contratos de crédito inmobiliario*, Madrid: Aranzadi, 461-473; y de la misma autora, el trabajo, Transparencia material en la contratación de los préstamos hipotecarios. De la expresión manuscrita de la Ley 1/2013 a los mecanismos llamados a cumplir la misma función en la LCCI, *Revista de Derecho Civil*, vol. VI, núm. 1, enero-marzo 2019, 335-360 [disponible en <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/379>].

¹⁰ *Vid.*, a este respecto, CÁMARA LAPUENTE, S. (2020). La STJUE de 9 de julio de 2020 (C-452/18) sobre novaciones..., *op. cit.*

¹¹ Lo cual, por otro lado, como advierte CÁMARA LAPUENTE, determinaría que las cláusulas de ese acuerdo se consideraran como negociadas, y, en consecuencia, no podría aplicarse ese control de transparencia ni de contenido o abusividad, ni las previsiones de la Directiva 93/13/CEE; estaríamos hablando de un contrato negociado y en cuanto tal los controles de validez o no de ese acuerdo vendrían vinculados a la posible nulidad o anulabilidad del mismo atendiendo a las reglas generales de los contratos (inexistencia de requisitos esenciales, falta o defecto de capacidad, vicios de consentimiento...), pero no puede sujetarse a las reglas y exigencias especiales sobre transparencia acunadas en protección del consumidor ante contratos de adhesión y cláusulas no negociadas individualmente (CÁMARA LAPUENTE, S. (2020). La STJUE de 9 de julio de 2020 (C-452/18) sobre novaciones..., *op. cit.*).

¹² Concretamente, advierte, que en el caso de la STS núm. 580/2020 que fueron los demandantes quienes acudieron ellos mismos a la entidad a pedir la supresión de la cláusula suelo, a la vista de las noticias que surgían de los medios de comunicación sobre este tema y advertir que ellos mismos estaban afectados, pero la entidad se negó aunque al día siguiente les ofrecieron la reducción del tipo de interés suelo y lo aceptaron; y en el caso de la STS núm. 581/2020, aunque fue la propia entidad la que contactó con la prestataria ofreciéndole esa novación, se estima que esta (con formación universitaria de economista) conocía de la situación y cómo le había repercutido la cláusula suelo originaria anteriormente, habiéndosele puesto además a su disposición la evolución del índice de referencia para el cálculo del tipo de interés.