



**SENTENCIA EUROPEA INTRANSPARENTE SOBRE UNA TRANSACCIÓN
TRANSPARENTE DE UNA CLÁUSULA SUELO SUPUESTAMENTE
INTRANSPARENTE. LA “JERGA” DE LA STJUE 9 JULIO 2020***

*Ángel Carrasco Perera***
Catedrático de Derecho Civil
Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha

Fecha de publicación: 11 de julio de 2020

1. Una sentencia irrelevante. Mi discípula y ejemplar jurista, Alicia Agüero, publica en la presente edición de CESCO un comentario a la STJUE 9 julio 2020, sobre validez de una cláusula “novatoria” de renuncia a ejercitar una acción de nulidad de cláusula abusiva a cambio de una rebaja en el suelo de referencia del préstamo hipotecario. Su detallada exposición me exime a mí de reiterar hechos y fundamentos. No quiero con estas notas breves completar el trabajo de difusión, definitivo, de Alicia, sino acometer una crítica directa al modo y fondo de pronunciarse el TJUE en esta (pero también en muchas anteriores) sentencia. El texto de la resolución es un espiguelo de *solecismos jurídicos*, que, como los gramaticales, se caracterizan por el mal uso de las formas técnicas existentes. Todo está mixtificado y el discurso jurídico no tiene referencias precisas en realidades jurídicas.

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación PGC2018-098683-B-I00, del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades (MCIU) y la Agencia Estatal de Investigación (AEI) cofinanciado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) titulado “Protección de consumidores y riesgo de exclusión social” del que soy Investigador Principal con la profesora Encarna Cordero Lobato y en el marco de la Ayuda para la financiación de actividades de investigación dirigidas a grupos de la UCLM Ref.: 2020-GRIN-29156, denominado “Grupo de Investigación del Profesor Ángel Carrasco” (GIPAC) y a la Ayuda para la realización de proyectos de investigación científica y transferencia de tecnología, de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha cofinanciadas por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) para el Proyecto titulado “Protección de consumidores y riesgo de exclusión social en Castilla-La Mancha” (PCRECLM) con Ref.: SBPLY/19/180501/000333 del que soy Investigador Principal con la profesora Ana Isabel Mendoza Losana, en base a la Propuesta de Resolución Definitiva de la Consejería de Educación, Cultura y Deportes, Dirección General de Universidades, Investigación e Innovación de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha de 10 de marzo de 2020.

** ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-3622-2791>



Con la salvedad de los extremos a los que nos vamos a referir aquí, creemos que el resto de la STJUE carece de novedad e interés, y el juez proponente redundante en viejas cuestiones que o ya han sido resueltas o son improcedentes para el presente asunto. Por lo demás, y en conjunto, la sentencia es irrelevante, porque los diferentes pronunciamientos del fallo se revelan incongruentes entre sí, ya que el Tribunal no se percató de que está jugando con el equívoco de referir el concepto de “cláusula” tanto a la cláusula suelo subyacente como a la (distinta) cláusula de transacción, renuncia o novación. Es decir, el Tribunal no reparó en que unas veces está tratando la “cláusula” novatoria como una novación, otras como una renuncia, otras como una transacción y otras, en fin, *como si se tratara de una nueva cláusula suelo*. Remito a los puntos 3) y 4) del fallo, bien embrollados en este extremo.

2. Primer solecismo. Ya empezamos mal cuando, en su natural simpleza, el TJUE se traga el sapo que le echa el juez proponente de la cuestión. En efecto, la primera cuestión prejudicial es una trampa, y haber caído en ella da muestra de la ingenuidad y superficialidad del Tribunal. El juez consultante, con engaño y malicia, pregunta si una cláusula en un contrato con consumidores, *cuyo carácter abusivo puede ser declarado judicialmente, puede válidamente ser objeto de un contrato de novación mediante el cual el consumidor renuncia a los efectos que pudieran derivarse de la declaración de carácter abusivo*. Claro, así formulada, la respuesta es obviamente negativa, sin más que remitirnos al art. 1208 CC: si la cláusula es “abusiva”, la novación por la que el consumidor renuncia a los efectos de la nulidad es también abusiva. Y si la cláusula es sin más una “renuncia” (transparente o no), ya queda calificada como abusiva, por tratarse del supuesto estrella de cláusula *negra* en la lista de la Directiva y de la LGDCU. De Perogrullo.

La trampa es evidente. Estamos refiriéndonos a la cláusula suelo. Bien sabe el juez proponente (no sé si lo sabe el TJUE) que esta cláusula no es abusiva, según más de cien sentencias del TS, porque la cláusula suelo afecta al objeto del contrato y no es susceptible de control de abusividad. Puede ser, con todo, no transparente. Y, si tal es el caso, se la podrá declarar abusiva por derivación. Entonces la cuestión es muy otra. Se trata de saber si un contrato que contiene una cláusula (eventualmente) no transparente – porque todavía no ha sido así calificada- puede “novarse” de modo que la cláusula deje de ser no transparente. Aquí no hay comunicación de la abusividad del contrato a la novación, sino puro dilema de hecho: habrá que ver si la novación se ha negociado o no de forma que la cláusula de renuncia sea transparente. Es decir, la “intransparencia abajo” nada dice de la “intransparencia arriba”, y la cuestión incidental no tenía siquiera que haberse planteado. Pues la respuesta *debió* ser obvia: *no hay ninguna objeción a “intransparencia abajo” y “transparencia arriba”; resuelvan esa cuestión de hecho ustedes, los jueces de España,*



y no presenten este quid pro quo como una cuestión relativa a la interpretación de la Directiva.

Como luego diremos, este contrato “novatorio” es una *transacción sobre la acción de nulidad de una cláusula suelo*, no una *nueva cláusula suelo rebajada acordada con fines “transaccionales”*. Al formular la Cuarta cuestión, el juez *a quo* prueba que no lo sabe o no lo quiere saber. Y el TJUE *se come el sapo* al desarrollar un discurso peregrino en los §§ 46-56. Veámoslo.

Como, según la sentencia, parece que la cosa va de “novación”, el contrato de arriba es un espejo del contrato de abajo. Abajo se pactó una cláusula suelo, arriba se pactó una cláusula suelo (más benevolente con el cliente, pero cláusula suelo al fin). Si abajo se exige X e Y para que la cláusula sea transparente, arriba habrá que exigir también X e Y para que la nueva cláusula suelo sea transparente.

Este procedimiento es producto del nulo dominio sobre los instrumentos técnicos del Derecho. “Arriba” no hay una cláusula suelo, sino *una renuncia parcial del banco a la cláusula suelo* a cambio de un compromiso del cliente de no impugnar la cláusula suelo. Arriba no se exigen condiciones de transparencia que sean propias de la cláusula suelo original, sino las que son propias de un intercambio transaccional. De la cláusula suelo, el cliente *sólo ha de saber arriba* que, con una probabilidad casi rayana en la certeza, la cláusula suelo es nula: el cliente transige sobre la incertidumbre de que esa cláusula sea nula, y para eso *no necesita saber de nuevos los factores X e Y que en origen hubieran hecho que la cláusula suelo resultara transparente y no nula*. Por tanto, como arriba no se está pactando una cláusula suelo, es irrelevante todo el discurso que se despliega en estos apartados, cuyo precitado en el punto 3) del fallo de la sentencia.

Imaginemos que un tribunal hubiera de declarar la nulidad de la cláusula suelo “abajo”. No podría hacerlo, sin destruir el título transaccional. No es que la nulidad de la cláusula suelo “abajo” arrastrara la nulidad de la transacción como un contrato accesorio, sino que sólo la nulidad de una transacción arrastraría la nulidad de la cláusula suelo subyacente que ha devenido *quid pro quo* del paquete transaccional. Pero la transacción no puede someterse al mismo control de validez al que se sometería el material transigido, pues, si así fuera, el instituto transaccional deviene inútil. El *quid* de la transacción no es la cláusula suelo que se nova, sino su rebaja como tal. Cierto que la transacción puede ser no transparente, pero porque no reúna sus propias condiciones de transparencia, no las de la cláusula suelo.

2. Segundo solecismo. Aunque el TJUE parece en principio librarse de la trampa tendida por el interesado juez proponente, lo tiene que hacer con un discurso forzado, que se



desarrolla en los §§ 25-29. Según el Tribunal, si el consumidor es consciente de que la cláusula no le vincula, por ser abusiva, y, a pesar de ello, “es contrario a que se excluya”, la cláusula abusiva sobrevivirá; corresponde al juez local determinar si para ello ha existido un consentimiento libre e informado. De forma que, con la novación, el cliente “renuncia a los efectos que conllevaría la declaración del carácter abusivo de esta cláusula”.

También aquí el discurso está desencajado, por irreal. Recordemos que estamos en sede de cláusula suelo. El cliente puede haber “novado” (como era el caso del supuesto de hecho *a quo*) antes de que se hiciera la luz con la jurisprudencia europea que obligaba a devolver todos los pagos indebidos, sin barreras temporales arbitrarias, o podía haber “novado” cuando esto ya se sabía. Pero lo que en cualquier caso no se sabía es si la cláusula de Pedro o de Juan resultaría declarada no transparente. Era posible, era probable, que sí. Pero también podía ocurrir lo contrario, y ejemplos hay cada vez con más presencia en los tribunales. Esto nunca se puede saber antes del pleito y de la sentencia. Por tanto, Pedro nunca hubiera estado en condiciones de conocer, fuera del velo de la ignorancia, que su contrato contenía una cláusula abusiva. No hay posibilidad de conocimiento “libre e informado” de tal extremo, y, por ende, menos aún, conocimiento de cuánto dinero tendría que devolverle el banco. En cualquier caso, es contrafáctico exigir que Pedro estuviera “plenamente” informado de la nulidad de la cláusula, por la sencilla razón de que, si Pedro hubiera estado informado de tal forma, no hubiera transigido.

Dice el Tribunal que es esencial para calibrar la abusividad de la cláusula si “la situación jurídica en el momento de la celebración del contrato de novación (no) parecía permitir que Ibercaja Banco supiera que la existencia de una cláusula «suelo» abusiva justificaba la devolución íntegra de las cantidades indebidamente satisfechas en virtud de esa cláusula” (§ 73). Esta inquisición está fuera de lugar. Para empezar, porque no se trata de lo que el banco sabía, sino de lo que sabía el cliente. Segundo, porque, aunque la “transacción” se hubiera concluido después de la “revelación de la luz” producida por la STJUE 21.12.2016, cuando se conoció que los prestatarios podrían tener derecho a la restitución de las cantidades con carácter retroactivo, volvía a ser incierto *para todo el mundo si la cláusula en cuestión sería o no declarada transparente*. Tercero, porque si de verdad importaba esa información – que de hecho no importaba- era una información que por naturaleza habría devenido pública. Es absurdo exigir a la contraparte que instruya al cliente de una información abiertamente disponible y de un cálculo de cuánto dinero tendría que pagarle al cliente si, con esa información disponible, el cliente hubiera demandado la nulidad de la cláusula. No forma parte del deber de información del banco instruir al cliente de cuánto hubiera debido devolverle aquél si el cliente hubiese instado y obtenido la nulidad retroactiva de la cláusula suelo; todo lo más, rendir cuentas de



cuánto ha cobrado por intereses en cada amortización y en cuál de ellas aplicó el banco una cláusula suelo.

En consecuencia, la “descolocada” respuesta que se da a la cuestión tercera en el § 77 está fuera de lugar. Según el Tribunal la cláusula de renuncia sería “abusiva” (sic) cuando “el consumidor no haya podido disponer de la información pertinente que le hubiera permitido comprender las consecuencias jurídicas que se derivaban para él de tal cláusula”. Mas es *imposible de todo punto, dada la naturaleza transaccional, que el consumidor pudiera tener ese conocimiento cierto, pues, por esencia, el objeto de la cláusula es “res dubia” y no puede dejar de serlo*. Si el consumidor *estuviera plenamente informado de cuánto le iba a devolver exactamente un tribunal y de cuánto comportaría de ahorro en el futuro la bajada transaccional del suelo*, no hubiera novado, porque tendría entonces toda la información existente, y, por ende, o nadie podría querer “venderle duros por cuatro pesetas” o la transacción carecería de causa, porque operaba sobre *res non dubia*.

Bajo tales condiciones, el cliente acuerda con el banco una rebaja del tipo de interés a cambio de la renuncia a plantear la nulidad de la cláusula suelo. Dice el TJUE, ilusamente, que es muy probable que el consumidor y el banco no hubieran pactado seriamente, porque la novación del caso es una expresión de una estrategia más global del banco. Es otro absurdo. No se trata de averiguar si el banco tiene una estrategia global de “rebaja por renuncia” para protegerse de pleitos con quebranto, sino de (1) si en este momento – en todo caso, un momento en que el cliente ya sabía del calvario de los bancos con estas cláusulas-, *al menos en este momento*, la cláusula suelo del contrato original llegó a ser transparente para el cliente y (2) si en ese momento era transparente para él que estaba transigiendo renuncia por rebaja.

Es notorio para cualquier que no embarulle las palabras que, como poco a la fecha en que el TJUE dicta su sentencia sobre la retroactividad de la nulidad en la cláusula suelo, *todos los interesados están perfectamente informados de qué iba eso de la cláusula suelo y de la saga subsiguiente*. Es humanamente imposible que la cláusula suelo del contrato originario siguiera siendo intransparente en el momento de la novación. Queda por saber si era transparente la cláusula de renuncia transaccional. Y esto es una cuestión de hecho, que no debería haber llegado a Luxemburgo. En mi opinión lo era indiscutiblemente, porque las cláusulas de este tipo (una vez que se sabe qué es una cláusula suelo) no pueden formularse, aunque se quisiera, de un modo tal que no resulte naturalmente transparente, porque las cláusulas transaccionales no están apenas rodeadas de “contexto” contractual en el que disimular el objeto del acuerdo. Difícilmente puede haber alguien que honestamente opine lo contrario. Difícilmente puede un cliente sostener que no sabía de



qué cosa se estaba transigiendo. En cualquier caso, se trata de cuestión de hecho, ajena al control del Tribunal europeo.

También pasa a ser cuestión de hecho la de saber si la cláusula novatoria en cuestión ha sido objeto de negociación individual. Y, de hecho, el Tribunal vuelve a remitir la respuesta, posible en uno u otro sentido, al juez local. La cuestión carece aquí de importancia. Si ha sido negociada, no se propondrá ni siquiera el control de transparencia. Si no ha sido negociada, veremos si es transparente; y lo es, como ya he sostenido.

3. Tercer solecismo. Esta vez va sacado de la propia doctrina del Tribunal, que en los apartados 67, 68, 75 y 76 hace gala de un deficiente manejo del aparato conceptual necesario para pronunciarse sensatamente sobre estas cosas.

En el § 67 está escrito que “es preciso distinguir la renuncia a ejercitar acciones judiciales cuando se pacta en el marco de un acuerdo, como una transacción, cuyo objeto es propiamente la solución de una controversia existente, de la renuncia previa al ejercicio de cualquier acción judicial incluida en un contrato”. Una cláusula *transaccional* de este tipo “puede constituir el objeto principal del acuerdo en el sentido del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, y, en consecuencia, quedar sustraída de la apreciación de su posible carácter abusivo, siempre que esté redactada de manera clara y comprensible”, siendo, una vez más, el juez nacional el que tiene que practicar este examen (§ 68). Ahora bien “un consumidor no puede comprometerse válidamente a renunciar para el futuro a la tutela judicial y a los derechos que le concede la Directiva. En efecto, por definición el consumidor no puede comprender las consecuencias de su adhesión a una cláusula de esa naturaleza por lo que se refiere a las controversias que puedan surgir en el futuro” (§ 75).

Todo es aquí confuso. ¿Se está sosteniendo que, de no ser una novación (parcial), las condiciones de transparencia de la transacción (sic) son distintas de las condiciones exigibles para la transparencia de una cláusula suelo? No soy capaz de avanzar la respuesta más probable. Pasemos entonces a la “renuncia”. Si las partes intercambian dos *res incertas* (a saber, si la cláusula suelo era nula y por cuanto y cuánto supondría la bajada transaccional en el “techo del suelo”), entonces es notorio que no se trata de una *renuncia*, sino de un negocio bilateral con prestaciones aleatorias correspondientes. El Tribunal habla en un lugar de “transacción”, término que introduce por primera vez, como equivalente, parece, al de novación. Sin duda, dada la naturaleza amplísima del concepto de *transacción* válido en Derecho español, el acuerdo en cuestión, siendo novatorio, era también transaccional, aunque no hubiese un *pleito actualmente pendiente* entre las partes. Si es transaccional, no es una “renuncia de derechos”, cláusula absolutamente *negra* en la Directiva y en la LGDCU española. Y si no es una renuncia de derechos, sobra la reflexión impertinente a las renunciaciones (nulas) de acciones futuras de nulidad. Eso



no quiere decir que la veste transaccional permita dar carta blanca a renunciaciones encubiertas de derechos futuros. La transacción tiene causa bilateral. Las partes acuerdan un horizonte de negociación y la “contraprestación” de cada cual se causaliza a la prestación adversa. Es evidente que una transacción de rebaja/renuncia no tiene soporte causal suficiente para amparar *una renuncia al resto de derechos que el consumidor pueda adquirir en el futuro*. La rebaja del suelo, que ahora me das como *quid pro quo*, no es patente de corso para que ya no pueda demandar en el futuro contra ti en defensa de mis derechos como consumidor.

4. Cierre. En consecuencia, si conforme a la calificación a realizar por el Derecho local, el acuerdo en cuestión debía conceptualizarse de *transacción*, y no como *cláusula suelo bis*, abocamos a una realidad en la que (1) con alguna probabilidad, la cláusula no fuera siquiera una cláusula no negociada; (2) la cláusula no era en ningún caso una “renuncia” de derechos; (3) con casi absoluta certeza, la cláusula en cuestión era transparente.