

## TRANSACCIONES SOBRE PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS CON CLÁUSULAS SUELO: LA OPINIÓN DEL ABOGADO GENERAL

*José María Martín Faba\**  
*Profesor Ayudante UAM*  
*Centro de Estudios de Consumo*  
*Universidad de Castilla-La Mancha*

*Fecha de publicación: 05 de marzo de 2020*

### 1. Introducción

Trataremos aquí de sintetizar las conclusiones del Abogado General, presentadas el 30 de enero de 2020, en el asunto C-452/18, concernientes al contrato de transacción acordado entre banco y consumidor por el que aquel reduce la cláusula suelo y este renuncia a instar el carácter abusivo de la misma, evitando así las partes un pleito sobre la afamada cláusula.

Las conclusiones son emitidas con ocasión de varias cuestiones prejudiciales formuladas por un Juzgado de Primera Instancia de Teruel en un litigio entre Ibercaja y un consumidor. Así, ambas partes formalizaron un préstamo hipotecario que contenía una cláusula suelo del 3,25 por ciento anual. El 4 de marzo de 2014, Ibercaja suscribió con el consumidor un “contrato de novación modificativa del préstamo”. En dicho contrato se estipulaba una rebaja al 2,35 % del tipo mínimo aplicable a dicho préstamo. Asimismo, en el contrato se estipuló una cláusula 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 que traiga causa de su formalización y clausulado, así como por las liquidaciones y pagos realizados hasta la fecha, cuya corrección reconocen.” Además, este mismo contrato contenía una manifestación manuscrita y firmada por el consumidor, copiada de un modelo facilitado por el banco, en la que aquel efectuaba la siguiente declaración: “Soy consciente y entiendo que el tipo de interés de mi préstamo nunca bajará del 2,35 % nominal anual”. El 1 de febrero de 2017 el consumidor interpuso una demanda ante el referido Juzgado

---

\* ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-4826-8140>



en la que solicitó que se declarase abusiva la cláusula suelo original y que se condenase a Ibercaja a devolver las cantidades abonadas con arreglo a dicha cláusula. El Juzgado de Primera Instancia decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia varias cuestiones prejudiciales.

## **2. Sobre la facultad de que dispone el consumidor para novar una cláusula potencialmente abusiva, confirmar su validez y/o renunciar a ejercitar acciones judiciales que traigan causa de la misma**

En primer lugar, el Juzgado plantea la cuestión de si el principio de no vinculación de las cláusulas nulas (art. 6 Directiva 93/13) debe extenderse también a los contratos y negocios jurídicos posteriores sobre esas cláusulas, como lo es el “contrato de novación modificativa del préstamo”. Es decir, si, dado que la nulidad radical implica que dicha cláusula nunca existió en la vida jurídico-económica del contrato, puede concluirse que los actos jurídicos posteriores y sus efectos sobre aquella cláusula, esto es, el “contrato de novación modificativa del préstamo”, también desaparecen de la realidad jurídica, debiendo considerarse como inexistente y sin ningún efecto. Con todo, la primera cuestión planteada queda reformulada por el abogado del siguiente modo: ¿se opone, por principio, el art. 6.1 de la Directiva 93/13 a que tal contrato de transacción tenga eficacia vinculante para el consumidor?

El Abogado General considera que de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que el consumidor puede renunciar a invocar el carácter abusivo de una cláusula determinada, siempre que dicha renuncia sea fruto de un consentimiento libre e informado. Cuestión distinta es que el consumidor no pueda renunciar con antelación a la protección que le brinda la Directiva 93/13 cuando compra un bien o recibe un servicio del profesional (*renuncia previa*). Una renuncia no puede intervenir con anterioridad al momento de establecimiento de la relación contractual entre el profesional y el consumidor, pues en este momento el consumidor no concibe o no atribuye suficiente importancia al hecho de que esa relación podría plantear conflictos. Esta es la renuncia que proscribe el art. 10 TRLGDCU. Pero cuando surge una controversia en dicha relación contractual, relativa al potencial carácter abusivo de una determinada cláusula, el consumidor puede renunciar a invocar la falta de efecto vinculante de dicha cláusula, pues está en condiciones de entender la importancia de la protección que le brinda la Directiva 93/13 y de comprender el alcance de dicha renuncia. El consumidor puede ejercer, en particular, su facultad de renuncia mediante la celebración, con el profesional, de una transacción amistosa relativa a dicha cláusula, ya sea por la vía judicial o extrajudicial. En suma: el art. 6.1 de la Directiva 93/13 no se opone, por principio, a que una transacción como la enjuiciada tenga eficacia vinculante respecto al consumidor.



### **3. Sobre el concepto de “cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente”**

Mediante su segunda cuestión prejudicial el órgano jurisdiccional remitente pretende obtener precisiones sobre el concepto de “cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente” que figura en el art. 3.1 de la Directiva 93/13, y ello al efecto de poder someter a control las cláusulas del “contrato de novación modificativa del préstamo” a la luz de las exigencias de transparencia, equilibrio y buena fe resultantes dicha Directiva.

Según el Abogado una cláusula es negociada individualmente cuando las partes hayan tratado específicamente de la cláusula en cuestión. No ocurriría así cuando el empresario haya redactado la cláusula de forma previa a cualquier negociación sobre la temática a la que se refiere. El criterio decisivo es determinar si el consumidor ha tenido o no la posibilidad de influir sobre el contenido de dicha cláusula. En el caso de cláusulas tipo redactadas de antemano —como parece ocurrir en el asunto principal— se presumirá la ausencia de tal negociación, de conformidad con el art. 3.2 de la Directiva 93/13, y corresponderá a Ibercaja aportar la prueba en contrario. Respecto a este particular, se entiende que el consumidor ha tenido la posibilidad de influir sobre el contenido de una cláusula determinada cuando dicha celebración ha estado precedida de un diálogo entre las partes que ha brindado a aquel efectivamente la oportunidad de hacerlo.

Por tanto, una cláusula no es negociada cuando el consumidor no ha tenido la posibilidad real de influir en su contenido, extremo que ha de apreciarse teniendo en cuenta el alcance del diálogo entre las partes en relación con el objeto de dicha cláusula.

### **4. Exigencias de transparencia, equilibrio y buena fe que deben cumplir las cláusulas de la transacción**

El abogado parte de que las dos cláusulas principales del “contrato de novación modificativa del préstamo”, esto es, la de renuncia al ejercicio de acciones judiciales y la nueva cláusula suelo, no han sido negociadas individualmente.

#### **4.1. Control de la cláusula de renuncia mutua al ejercicio de acciones judiciales**

Mediante sus cuestiones prejudiciales tercera y quinta, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el art. 3.1 de la Directiva 93/13, en relación con el punto 1, letra q), del anexo de esta misma Directiva, debe interpretarse en el sentido de que una cláusula de renuncia mutua al ejercicio de acciones judiciales, que no ha



sido negociada individualmente, es abusiva, en el sentido del citado artículo 3.1, por cuanto, por una parte, impide al consumidor ejercitar derechos que se han revelado después de la celebración del contrato, como la posibilidad de reclamar la restitución de las cantidades pagadas con arreglo a la cláusula suelo, y, por otra parte, no informa al consumidor acerca del potencial carácter abusivo de esta nueva cláusula o del importe a cuya restitución podría tener derecho.

Expone de nuevo el Abogado que hay que distinguir entre *renuncia previa* y *renuncia posterior*. La primera estaría proscrita por la Directiva 93/13, pero no así la segunda. Por ende, dicha Directiva no se opone, en principio, a las cláusulas contractuales de renuncia mutua al ejercicio de acciones judiciales cuando estas cláusulas estén incluidas en contratos, como una transacción, cuyo objeto mismo sea resolver un litigio existente entre un profesional y un consumidor.

La cláusula de renuncia al ejercicio de acciones judiciales puede considerarse incluida en el “objeto principal” de tal contrato, en el sentido del art. 4.2 de la Directiva 93/13. Las cláusulas incluidas en el “objeto principal del contrato” no están sujetas a una apreciación en cuanto a su posible carácter abusivo. Por consiguiente, una cláusula de renuncia al ejercicio de acciones judiciales no puede considerarse en sí misma abusiva. En este contexto particular tal cláusula tampoco es abusiva por el mero hecho de que pueda impedir al consumidor ejercer derechos que se han revelado después de la celebración del contrato que la contiene, que es lo que sucede en el caso enjuiciado. De conformidad con el art. 4.2 de la Directiva 93/13, la apreciación del carácter abusivo no se referirá a las cláusulas incluidas en el objeto principal del contrato, *siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible*. En cuanto atañe a una cláusula contractual de renuncia, un consumidor medio puede comprender las consecuencias jurídicas y económicas que comporta para él si, en el momento en que celebra el contrato, es consciente del posible vicio que afecta a esta nueva cláusula, de los derechos que podría hacer valer, del hecho de que es libre de celebrar dicho contrato o bien negarse a ello y recurrir a la vía judicial, y de que una vez convenida dicha cláusula ya no podrá hacerlo. En lo que alude a si el consumidor conocía del vicio del que podía adolecer la cláusula suelo, el abogado entiende que el banco no presentó al consumidor el acuerdo como una transacción, reveladora de la existencia de una situación litigiosa entre las partes en relación a este particular, sino como un contrato de novación destinado a adaptar el contrato de préstamo hipotecario a los cambios en la coyuntura económica. Por lo que respecta a si el consumidor conocía que era libre de celebrar dicho contrato o negarse a ello y de recurrir a la vía judicial y de que esto último no sería posible tras la celebración de la transacción, el abogado indica que el banco no facilitó al consumidor la propuesta de contrato antes de su celebración, por lo que este se obligó a tomar una decisión en el momento.



En caso de que el órgano jurisdiccional remitente confirmara la falta de transparencia de la cláusula de renuncia mutua al ejercicio de acciones judiciales estipulada en el “contrato de novación modificativa del préstamo”, ello tendría como consecuencia que dicho órgano jurisdiccional podría someter a control el carácter abusivo de esa cláusula, aun cuando estuviera incluida en el “objeto principal del contrato”, en el sentido del art. 4.2. de la Directiva 93/13. Tal falta de transparencia bastaría en el contexto concreto del acuerdo aquí controvertido para demostrar la incompatibilidad de la cláusula en cuestión con la citada Directiva, sin que sea necesario examinar siquiera los criterios de desequilibrio importante y de buena fe previstos en el art. 3.1 de la misma Directiva<sup>1</sup>. En efecto, debido a la falta de transparencia, no puede considerarse que la renuncia prevista en la cláusula referida resulte del “consentimiento informado” del consumidor. Por lo demás, dicha falta de transparencia y la asimetría en la información que implica permiten presumir que existe ese desequilibrio importante y apuntan a un incumplimiento de la exigencia de buena fe por parte de Ibercaja.

En suma, una cláusula de renuncia mutua al ejercicio de acciones no es abusiva cuando se estipula en un contrato cuyo objeto mismo es resolver una controversia entre el consumidor y el profesional. No obstante, incluso en este caso tal cláusula debe cumplir con el imperativo de transparencia. Se considerará que se cumple este requisito cuando un consumidor comprende las consecuencias jurídicas y económicas que derivan para él si, en el momento en que celebra dicho contrato, es consciente del posible vicio que afecta a esta nueva cláusula, de los derechos que podría hacer valer, del hecho de que es libre de celebrar dicho contrato o bien negarse a ello y recurrir a la vía judicial, y de que una vez convenida dicha cláusula ya no podrá hacerlo.

#### **4.2. Control de la nueva cláusula suelo**

Mediante su cuarta cuestión prejudicial el órgano jurisdiccional remitente pregunta si la nueva cláusula suelo estipulada en el “contrato de novación modificativa del préstamo” adolece de falta de transparencia, en el sentido de los artículos 4.2, y 5 de la Directiva 93/13, por cuanto la entidad bancaria no informó al consumidor del verdadero coste económico que implicaba la cláusula, de manera que este pudiera conocer el tipo de interés que tendría que pagar y la cuota resultante que habría de abonar en ausencia dicha cláusula.

Según el Abogado la nueva la cláusula suelo está incluida en el “objeto principal del

---

<sup>1</sup> Critica esta idea PANTALEÓN PRIETO, F., “A propósito de las Conclusiones del Abogado General en el asunto de las transacciones sobre las cláusulas suelo”, *el Almacén del Derecho*, 4 de febrero de 2020.



contrato”, en el sentido del art. 4.2 de la Directiva 93/13, con independencia de la calificación jurídica que reciba dicho contrato. Incluso una cláusula incluida en el “objeto principal del contrato” debe cumplir el imperativo de transparencia. Una cláusula contractual es transparente cuando un consumidor medio está en condiciones de comprender las consecuencias económicas que se derivan para él de dicha cláusula. Cuando se trata de una cláusula suelo, el contrato que la contiene debe exponer de manera transparente los motivos y las particularidades del mecanismo al que se refiere esa cláusula. A este respecto, deben cumplirse los requisitos que estableció el Tribunal Supremo en su sentencia de 9 de mayo de 2013, que representan una concreción del imperativo de transparencia establecido por el Tribunal de Justicia. Estos requisitos deben cumplirse en el caso de autos, independientemente del hecho de que el “contrato de novación modificativa del préstamo” no sea, en sí mismo, un contrato de préstamo. Sin embargo, es preciso abordar dos cuestiones concretas. Por un lado, no puede exigirse a la entidad bancaria que exponga, de cara al futuro, las cuotas que tendría que pagar el consumidor en ausencia de la cláusula suelo. En efecto, al depender el tipo de interés de las fluctuaciones de la economía, rara vez previsible, tal exigencia no es razonable. A lo sumo, como ha señalado el Tribunal Supremo en su jurisprudencia, el profesional debe indicar escenarios sobre el comportamiento previsible del tipo de interés en la fecha de contratar. Por otro lado, en lo que respecta a la cláusula manuscrita redactada por el consumidor, y a la que el Tribunal Supremo ha concedido, en su sentencia de 11 de abril de 2018, un peso determinante en la demostración del cumplimiento del imperativo de transparencia no puede ser, por sí sola, decisiva. Ciertamente, esta cláusula manuscrita demuestra que se han sometido a la atención del consumidor los efectos de la cláusula suelo. Sin embargo, no basta para acreditar el cumplimiento de los estrictos requisitos de transparencia exigidos por el Tribunal de Justicia y el Tribunal Supremo. Por lo tanto, el indicio que proporciona esta cláusula manuscrita debe completarse con otros datos concordantes.

Por ende, la nueva cláusula suelo es transparente cuando el consumidor está en condiciones de comprender las consecuencias económicas que se derivan para él de dicha cláusula. En particular, el contrato que la contiene debe exponer de manera transparente los motivos y las particularidades del mecanismo al que se refiere dicha cláusula. Con todo, no se puede exigir al profesional que exponga, de cara al futuro, las cuotas que tendría que pagar el cliente en ausencia de esa cláusula.

## 5. Comentarios

- 1º). Aunque la operación original careciera de transparencia en sentido material y fuese abusiva, la nulidad no se extiende a la novación-transacción, y esta tendrá que ser evaluada de nuevo en términos de transparencia y abusividad.



Ya lo dijo CARRASCO PERERA por activa<sup>2</sup> y por pasiva<sup>3</sup>. De un lado, cuando criticó razonadamente la jurisprudencia mayoritaria de primera y segunda instancia<sup>4</sup> que, aplicando el art. 1208 CC, consideraba que la nulidad de la cláusula suelo se propagaba a la novación transaccional. Postura que, en un primer momento, asumió nuestro Tribunal Supremo (STS núm. 558/2017, de 16 de octubre). Y de otro, cuando elogió que el Alto Tribunal cambiara de criterio en su STS núm. 205/2018, de 11 de abril (si bien mediante el procedimiento de establecer “diferencias” entre ese caso y el anterior), que finalmente entendió que un contrato como el enjuiciado en este asunto era una transacción válida, que no se contagiaba de la nulidad de la cláusula suelo inicial. En conclusión, parece que la justicia europea va asumiendo la idea de que la nulidad de la cláusula suelo originaria no supone la de la novación transaccional, desterrando pues al olvido la tesis contraria.

2º). Incluso aunque la cláusula suelo original fuese calificada como accesorio (y susceptible directamente del control de contenido), la cláusula suelo novada pasa a ser, en todo caso, una cláusula que define el objeto principal del contrato, porque la cláusula como tal es la entraña de un contrato de transacción, que se refiere precisamente a ella. Al convertirse la nueva cláusula suelo en el objeto por exclusiva del contrato transaccional, difícilmente esta se puede considerar como no transparente. Nótese que una transacción como la enjuiciada es un contrato que tiene “menos recorrido” que, por ejemplo, un préstamo hipotecario con cláusula suelo, porque es más sencillo entender de qué va lo primero. En el contrato transaccional lo principal es la nueva cláusula suelo, mientras que en el préstamo hipotecario había otros elementos más singulares. Esta distinción pone de manifiesto que la transparencia que requerimos a la cláusula suelo original no puede ser cualitativamente idéntica a la que requerimos a la cláusula suelo novada mediante la transacción. La segunda no debe centrarse en un tema de comprensión de las particularidades del mecanismo que supone la cláusula suelo y sus posibles escenarios, sino en el

---

<sup>2</sup> CARRASCO PERERA Á., “Sobre las novaciones de préstamos hipotecarios con cláusula suelo”, *Centro de Estudios de Consumo*, octubre de 2017.

<sup>3</sup> CARRASCO PERERA Á., “Validez de las novaciones transaccionales de préstamos hipotecarios con cláusula suelo: una buena sentencia de casación”, *Centro de Estudios de Consumo*, abril de 2018.

<sup>4</sup> SAP de Zaragoza (Sección 5ª) núm. 212/2017 de 27 abril (JUR\2017\118823); núm. 321/2017 de 2 junio (JUR\2017\171178); núm. 322/2017 de 5 junio (JUR\2017\171177); SAP de Badajoz (Sección 2ª) núm. 140/2017 de 27 abril (JUR\2017\142267); núm. 190/2017 de 29 mayo (JUR\2017\177299); núm. 213/2017 de 15 junio (JUR\2017\188443); núm. 232/2017 de 29 junio (JUR\2017\202049); SAP de Navarra (Sección 3ª) núm. 104/2016 de 29 febrero (JUR\2016\146886); SAP de Palencia (Sección 1ª) núm. 223/2016 de 14 noviembre (JUR\2016\259847); SJPI de Pamplona núm. 164/2017 de 13 junio (JUR\2017\149083) y SJPI de Vitoria núm. 2/2015 de 7 enero (JUR\2016\3075).



entendimiento que supone renunciar a un crédito restitutorio incierto a cambio de una remuneración o ventaja. No es, pues, acertado sostener, como sostiene el Abogado, que la cláusula suelo novada es transparente si se cumplen los requisitos que enumeró la STS de 9 de mayo de 2013 y otras posteriores, que aluden a una cláusula suelo original. Ni que por tanto es necesario que el banco informe al consumidor sobre el comportamiento previsible del tipo de interés en la fecha de contratar a efectos de que este comprenda la carga económica de la nueva cláusula suelo.

3º). Y lo mismo puede decirse de la cláusula de renuncia. Al ser el objeto por exclusiva del contrato transaccional, es complicado que dicha cláusula se pueda considerar como no transparente. Yo creo que la cláusula únicamente sería no transparente si el consumidor firmó la rebaja del suelo creyendo que no renunciaba a un crédito restitutorio incierto. Es decir, solo si el consumidor, desconocedor de que su contrato contenía una cláusula suelo que podía ser abusiva y de que por ello podía tener derecho a la restitución de un dinero pagado indebidamente, aceptó una oferta del banco de rebajar el tipo de interés, sin que aquel creyera dar nada a cambio de esta reducción. Lo que es cuestionable es que un consumidor no conociera la existencia de su cláusula suelo en su préstamo a interés variable. Y no solo por, como dice el Tribunal Supremo, la difusión en la opinión pública general del tema de las cláusulas suelo, sino porque es evidente que un consumidor, que me imagino sabía que su tipo de interés era variable, se cercioraría de que el tipo de interés de su préstamo no descendía en armonía con el Euribor.