



Universidad de Valladolid



icava

Ilustre Colegio de
Abogados de Valladolid

Facultad de Derecho

Máster en Abogacía

**Acuerdos de novación de cláusulas
suelo y renuncia de acciones**

Presentado por:

Rodrigo Maroto Izquierdo

Tutelado por:

Pedro José Rubio Vicente

Valladolid, 11 de enero de 2020

RESUMEN

En España, actualmente, la inclusión de cláusulas suelo en los contratos de préstamo hipotecario esta prohibida, debido a su carácter abusivo, y a la no negociación de su inclusión entre las partes; pero esto no ha sido así siempre. Por esta razón, en nuestro país se generó una gran controversia, que ha tardado en resolverse siete años, necesitando de varios pronunciamientos del Tribunal Supremo, y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sin embargo, las entidades bancarias, siguen buscando fórmulas para evitar devolver las cantidades conforme lo impuesto por nuestro Alto Tribunal. Así, nos encontramos con los acuerdos de novación, de eliminación, y de renuncia de acciones judiciales, que han necesitado de un estudio y tratamiento personalizado para determinar su validez. El punto final, siendo siempre el objetivo la protección del consumidor, es determinar si estos tres tipos de acuerdos son válidos, o en su defecto, nulos como la cláusula que modifican o eliminan. La resolución de la controversia planteada implicará una inmensa ola de reclamaciones, y la devolución de cantidades que acabarán contándose por millones de euros.

PALABRAS CLAVE

Cláusulas suelo, préstamo hipotecario, acuerdos de novación, renuncia de acciones judiciales, nulidad, eliminación, entidades bancarias y consumidores.

ABSTRACT

Nowadays, in Spain, the inclusion of ground clause in mortgage loan contracts is forbidden, this is due to its abusive nature, and the non-negotiation of its inclusion between the parts; but this has not always been the case. For this reason, in our country there was a big controversy, which needed seven years to be solved, and there were required several pronouncements from the Supreme Court, and the Court of Justice of the European Union. Nevertheless, the bank entities were still looking for methods to avoid the return of the amounts imposed by our High Court. Thus, we met with novation or elimination agreements, and resignation of judicial share, which have needed a study and a personalized treatment to determinate its validity. The end point, being always the consumer protection our objective, is to determine if these three types of agreements are valid, or on the contrary, null as the clause they modify or delete. The solution of this controversy will imply a huge wave of claims, and the refunds will reach millions of euros.

KEYWORDS

Ground clause, mortgage loan, novation agreement, resignation of judicial share, invalidity, elimination, bank entities and consumer.

ABREVIATURAS

Art. – Artículo

AP – Audiencia Provincial

BBVA. - Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA

BOE- Boletín Oficial del Estado

CC - Código Civil

CE – Constitución Española

CEE- Comunidad Económica Europea

Cit.- Citada

LEC – Ley de Enjuiciamiento Civil

Nº- Número

Pág. – Página

SAP - Sentencia de la Audiencia Provincial

SA - Sociedad Anónima

STJUE – Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

STS – Sentencia del Tribunal Supremo.

TJUE – Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

TS – Tribunal Supremo

TRLGDCU – Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios.

UE - Unión Europea.

SUMARIO

1.	<i>SUPUESTO DE HECHO</i>	5
2.	<i>ANTECEDENTES DE HECHO</i>	7
	2.1.- La controversia de las cláusulas suelo.	7
	2.2.- La evolución de la regulación: las STS de mayo de 2013, de abril de 2015 y la respuesta del TJUE.	9
3.	<i>FUNDAMENTOS DE DERECHO</i>	17
	3.1.- La importancia de la declaración de nulidad frente a la eliminación de la cláusula suelo.....	17
	3.2.- La problemática de la novación y el acuerdo de renuncia de acciones. ..	20
	3.3.- La falta de transparencia como consecuencia de la asimetría de posiciones jurídicas.	28
	3.4.- La alegación de cosa juzgada por los bancos.	34
4.	<i>CONCLUSIONES</i>	37
5.	<i>BIBLIOGRAFÍA Y WEBGRAFÍA</i>	41
6.	<i>LEGISLACIÓN Y RELACIÓN JURISPRUDENCIAL</i>	44
	6.1.- Legislación	44
	6.2.- Relación jurisprudencial.	45

1. SUPUESTO DE HECHO.

En fecha de 13 de abril de 2008, Doña Bianca Ramírez, soltera, que desempeñaba su actividad laboral como veterinaria en una reconocida clínica Vallisoletana, suscribe con la entidad de crédito “CAJAMAR CAJA RURAL” un contrato de préstamo hipotecario con un tipo de interés variable por valor de 87.000 €, que iban a ser íntegramente destinados por esta para la adquisición de una vivienda en C/ Vía N°3 4ºD, Valladolid.

En este Contrato de Préstamo Hipotecario, la entidad bancaria, sin proporcionar una explicación diáfana a la clienta, ni llevar a cabo una negociación individualizada con ella, incluye una disposición que posteriormente ha sido entendida y limitada como “cláusula suelo”; y que supone que, desde la firma del contrato hasta la extinción de este, se le va a aplicar un interés mínimo del 3,45%, siendo este porcentaje la cifra más baja de aplicación posible, independientemente de que el tipo de interés de referencia (en este caso EURIBOR) baje de ese guarismo.

En el año 2014, y tras haber perdido su empleo, nuestra clienta no puede hacer frente al pago de una serie de cuotas hipotecarias, motivo por el cual, “CAJAMAR CAJA RURAL”, promueve una acción judicial de ejecución hipotecaria, que se resuelve con un pacto entre las partes que trae como consecuencia el recalcule de la cantidad que se deberá pagar en las cuotas posteriores, a cambio de no ejecutar la hipoteca, siempre y cuando, Doña Bianca firme un documento que supone la eliminación y novación de la cláusula suelo incluida por el banco y un contrato por el que se compromete a renunciar al ejercicio de acciones para la reclamación de las cantidades abonadas en exceso por este motivo; puesto que, en el momento de firmar este acuerdo, el banco era conocedor de: (i) que anteriormente no había cumplido los estándares de transparencia, (ii) que otras entidades hacían lo mismo, (iii) que el coste que las cláusulas suelo implicaban para nuestra hoy clienta, y (iv) conocer que la abusividad implicaba eliminar la cláusula del contrato, que no es lo mismo que reducirla.

Nuestra hoy clienta, bajo la dirección letrada de otro compañero, y sin conocer con certeza la novedosa jurisprudencia que se había publicado recientemente sobre esta materia, accede a firmar la eliminación de la cláusula suelo, así como la renuncia de acciones judiciales futuras.

En fecha 17 de enero de 2019, y tras haber sido informada de la posibilidad de solicitar la nulidad de las cláusulas suelo en los contratos de préstamo hipotecarios, acude a nuestro despacho en busca de asesoramiento. En ese mismo instante, se la orienta sobre la significativa diferencia existente entre la eliminación que la hizo firmar en su día el banco, con sus respectivas consecuencias para las partes, y la nulidad de la cláusula, que traería consigo la devolución de las cantidades indebidamente percibidas por el banco, y no solo cesar en su cobro.

Tras ser asesorada, entendiendo la situación real y comprendiendo así el engaño y la ilegalidad en el que tanto ella como muchos otros ciudadanos habían caído, pone en manos del despacho el caso y nos solicita promover el proceso judicial correspondiente para que se la reintegren las cantidades ilícitamente cobradas, no sin antes haber sido intentado por esta parte resolver el conflicto de manera extrajudicial, con un acuerdo que supusiera la declaración de nulidad de la cláusula incluida, entendida como abusiva, así como la restitución a Doña Bianca de las cantidades que el banco recibió inapropiadamente de ella, dejando pues sin efecto la eliminación que habían firmado las partes con anterioridad.

2. ANTECEDENTES DE HECHO.

2.1.- La controversia de las cláusulas suelo.

Para poder comprender por qué ha tenido una repercusión tan perjudicial para las entidades bancarias la declaración de nulidad de este tipo de cláusulas, hay que delimitar con precisión previamente qué es una cláusula suelo. Para ello, acostumbro a recurrir con frecuencia a la definición que aportó Lucia Moreno García en 2015, cuando dijo que *“son aquellas estipulaciones que, en atención a los cambios fluctuantes que pueden afectarle, limitan el tipo de interés de referencia aplicable. Así pues, aunque el tipo de interés de referencia fijado en el contrato de préstamo hipotecario sea inferior al interés establecido como «cláusula suelo», el prestatario resulta vinculado por la cláusula limitativa de intereses (tope mínimo), de forma que no se beneficia de las oscilaciones del interés de referencia que resulten a la baja.”*¹.

Así pues, y como ha pasado en el caso traído a cuenta, el banco fija el interés en una cifra concreta, siendo la nuestra un 3,45 %, de manera, que, si el interés se situara por debajo de esta, nuestra clienta Doña Bianca, estaría pagando siempre por encima del porcentaje válido, por imposición obligatoria del banco, sin haberle sido consultado, y, sobre todo, sin haber sido explicado con claridad los efectos directos de su aplicación al cliente.

Sin embargo, no siempre que se apliquen estas disposiciones tan concretas van a poder ser consideradas abusivas e ilegales, sino que la ley exige que se den unas circunstancias en todos los casos en los que posteriormente a su inclusión en el contrato quieran considerarse abusivas, y consecuentemente se restituyan las cantidades indebidamente cobradas. Estos requisitos son los mismos que para el resto de las cláusulas abusivas, como por ejemplo las comisiones de apertura o los gastos hipotecarios, es decir: (1) que su inclusión en el contrato no haya sido negociada individualmente con el cliente, sino que el banco la haya introducido de manera unilateral; (2) que no sean expresamente consentidas y aceptadas por el

¹ MORENO GARCÍA, L. *“Cláusulas suelo y control de transparencia. Tratamiento sustantivo y procesal”*. Pág. 49. Madrid. 2015. <https://app.vlex.com/#/search/jurisisdiction:ES/luc%C3%ADa+moreno/sources/21748>

consumidor; y (3) que cause un grave desequilibrio de los derechos y obligaciones del consumidor, es decir, que le cause un perjuicio grave su inclusión.

Los requisitos, estipulados en el artículo 82 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (en adelante TRLGDCU), han supuesto una gran herramienta, a la par que muy justa, ya que han abierto la puerta a la mayoría de reclamaciones en esta materia, trayendo al ordenamiento español un escudo capaz de proteger a unos consumidores azotados hasta ese momento por el privilegio que tenían las entidades de crédito; pero a su vez, ha traído a colación un instrumento de control para poder fijar un límite entre cláusulas lícitas e ilícitas, conteniendo una desmesurada avalancha de reclamaciones que tuvieran como fin único un lucro indebido.

Con todo, nuestro ordenamiento, limita de nuevo, y desde mi punto de vista injustamente, la posibilidad de reclamar estas, ya que impone que solo pueden reclamarlas todas aquellas personas que puedan ser entendidas por la ley como consumidores y usuarios, a saber, según el TRLGDCU, *“son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial”*².

Así pues, y aunque sigue produciéndose con la nueva regulación de estas cláusulas, un beneficio en aras del ciudadano de a pie; no permitiéndose la consideración de consumidor o usuario de las personas físicas en el ejercicio de una actividad comercial, y de las personas jurídicas con ánimo de lucro, es decir empresas, se da una desigualdad de trato, debido a que no por ser empresario, cuando firmas con esta condición por ejemplo un contrato de préstamo, vas a tener un conocimiento avanzado en materia hipotecaria.

Puedo afirmar con rotundidad en última instancia que el daño al cliente con la inclusión de estas en los contratos es real, cuantificable y tangible, ya que si el

² Artículo 3, 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 y otras leyes complementarias, (TRLGDCU).

interés anual, tomando como referencia el EURBOR es el 2 % de media durante la duración de todo el contrato, y el banco fija su variabilidad, con un tope mínimo del 3,45%, estas corriendo casi con el doble de gastos en concepto de intereses de los que realmente te corresponden, obteniendo la financiera un lucro bastante superior al que debería si el proceder hubiera sido el correcto.

En consecuencia, la solución más precisa, y que ha sido la elegida por el TJUE, así como el TS, y en el día a día, los órganos provinciales, es la de condenar al banco a la restitución al cliente de esas cantidades con efectos retroactivos ilimitados mediante la declaración de nulidad de estas, prohibiendo de la misma manera su cobro en un futuro.

2.2.- La evolución de la regulación: las STS de mayo de 2013, de abril de 2015 y la respuesta del TJUE.

Pese a que parece claro que la ley 5/2019, de 15 de marzo, de contratos de crédito inmobiliario, prohíbe la inclusión de cláusulas suelo en este tipo de acuerdos, la realidad pasada es radicalmente opuesta.

No es hasta 2013, año en el que nuestro TS se pronuncia al respecto por primera vez, cuando empezamos a vislumbrar algo de luz en este asunto, puesto que, hasta ese momento, toda esta materia se encontraba rodeada por una espesa niebla de incertidumbre jurídica, que se vio intensificada por las constantes críticas a la regulación sobre las limitaciones de los tipos de intereses, y por una crisis económica que afectaba ferozmente a la economía y sociedad española, exigiendo grandes cambios.

De esta manera, la diferencia normativa y de regulación con la mayoría de los países de la UE, la posición del TJUE en contra de la inclusión de estas cláusulas; así como la situación jurídica española, absolutamente cargada de sentencias al respecto poco similares entre ellas y con una disparidad de opiniones asombrosa, llevaron a un cambio de opinión y reglamentación, que vino de la mano de la jurisprudencia que emana de las sentencias del TS, pudiendo asegurar con rotundidad que han sido fundamentalmente dos sentencias las que han dado forma y delimitado este cambio

de perspectiva, y que han precisado de una STJUE para llegar a lo que debería considerarse el final del camino.

La primera de ellas es la STS 241/2013, de 9 de mayo de 2013³, que emana de un conflicto en primera instancia que se inicia tras la interposición de una demanda por parte de AUSBANC CONSUMO, (Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios), organización creada para la cesación de las condiciones generales de contratación, contra varias entidades bancarias, entre las que figuraba Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA (BBVA), que tenían por costumbre incluir en sus contratos de préstamo una serie de condiciones generales de la contratación, caracterizadas por ser cláusulas abusivas; interponiendo la demanda con el objetivo de eliminar estas condiciones mediante la solicitud al Juzgado de lo Mercantil de Sevilla de que decretara su nulidad.

Tras fallar este órgano a favor de los intereses de la asociación demandante, fundando su decisión en que tales cláusulas son condiciones generales de la contratación, puesto que están incorporadas en una pluralidad de contratos, habiendo sido elaboradas e incluidas de manera unilateral por los bancos; la representación legal de las entidades bancarias interpuso el correspondiente recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Sevilla, basándose en 3 puntos:

1. La falta de legitimación de “Ausbanc Consumo” para el ejercicio de acciones colectivas e interposición de la demanda.
2. Considerar que las cláusulas suelo carecen de carácter de condición general de la contratación al entender que regulan un aspecto esencial de estos contratos como es el interés.
3. El carácter no abusivo de las cláusulas concretamente impugnadas y objeto de debate en el procedimiento.

Para nosotros, y para el futuro desarrollo de esta materia , tiene una vital importancia ese segundo apartado; ya no solo por que indica el principio del camino; sino por que el 07 de mayo de 2011, la Audiencia provincial de Sevilla falla a favor

³ STS 241/2013, de 9 de mayo de 2013, id: 28079119912013100009, consultada online 02.11.2020; <http://www.poderjudicial.es/stfls/poderjudicial/jurisprudencia/fichero/20130509%20tsc%20rec%20485.2012.pdf>

de las entidades recurrentes, admitiendo la apelación, dejando sin efectos la sentencia de primera instancia, justificándose principalmente en que consideraban que “Ausbanc Consumo” no tiene capacidad para el ejercicio de estas acciones judiciales; y sobretodo, por que consideran que no puede haber nulidad debido a una triple fundamentación:

1. No tiene las cláusulas impugnadas naturaleza de condición general de la contratación, ya que el tipo de interés es un elemento esencial decisivo a la hora de decantar la voluntad de adquirir el préstamo con una determinada entidad bancaria u otra.
2. Todas esas cláusulas han sido incorporadas a los respectivos contratos respetando las normas de transparencia que impone la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994.
3. Los contratos de préstamo hipotecario, en base a su propia esencia, tienen carácter unilateral.

Tras esta decisión judicial, interpone recurso de casación y recurso extraordinario por infracción procesal “Ausbanc Consumo”, por considerar que la AP de Sevilla ha infringido la doctrina del Tribunal Supremo sobre condiciones generales de la contratación y sobre la posibilidad de control judicial de la abusividad. El Ministerio Fiscal hace lo mismo al creer que hay una inaplicación del art.82.4.c) TRLGDCU, el cual expone que se entenderá por abusiva las cláusulas que *“determinen la falta de reciprocidad en el contrato”*⁴.

Así, llegamos a la parte más importante de este procedimiento, no solo por solucionar un caso tan complejo, sino por sentar jurisprudencia y ser la base de la transformación en esta materia; fundamentalmente por que en el fallo a favor de las recurrente, el Alto Tribunal manifiesta *“en contra de lo sostenido en la sentencia recurrida en el sentido que las cláusulas contractuales limitativas de la fluctuación del tipo de interés a la baja no deben considerarse condiciones generales de la contratación porque versan sobre los elementos esenciales de los contratos y, por tanto, se presume que han sido negociadas y libremente aceptadas; considera que si tienen el carácter de condiciones generales porque en las mismas concurren todos los*

⁴ Art. 82.4.c) Texto Refundido de la Ley de Condiciones Generales para la Defensa de Consumidores y Usuarios (TRLGDCU), consultado online el 04.02.2020 <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-20555#a82>

requisitos propios de las condiciones generales de la contratación indicados en el epígrafe anterior, especialmente el de falta de una auténtica negociación.”⁵

Sin embargo, y pese a que la idea recién mencionada abre la puerta a un tremendo cambio de sentido y regulación, el fallo de esta sentencia no es perfecto, puesto que no cierra la puerta de manera total en esta materia; por lo tanto, es cierto que no deja duda alguna respecto de que estas cláusulas son nulas de por sí, sin anular por ello el contrato entero; pero solo obliga al banco a dejar de aplicar las cláusulas suelo cuando el contrato ya esté firmado, y a no volver a incluirlas en contratos futuros, pero nada dice de la restitución de las cantidades a los clientes, encontrándose ahí la diferencia con la siguiente sentencia importante de Alto Tribunal en esta materia, la de 25 de marzo de 2015.

Esta STS 1280/2015, de 25 de marzo de 2015, podría ser definida coloquialmente como la continuación de la STS 241/2013, convirtiéndose en el paso posterior necesario tras la sentencia anterior. Aun así, debo decir que no son idénticas, ya que hay dos diferencias que hacen su fondo muy distinto, puesto que, en esta segunda, nos encontramos ante el ejercicio de una acción individual, y no colectiva; así como sobretodo, se lleva a debate la devolución de las cantidades indebidamente percibidas, y consecuentemente, el alcance temporal de los efectos de la nulidad.

En síntesis, siempre que las comparo o hablo de la evolución normativa y jurisprudencial en este tema, afirmo que la primera abre el camino y decreta la nulidad de las cláusulas suelo, para que la segunda diga cuales son las cantidades por devolver, no siendo otras que las que se han pagado desde la fecha de publicación de la STS 241/2013, y no como era de suponer, desde la suscripción del contrato entre las partes.

⁵ “Comentario de la Sentencia el Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 (1916/2013)” Ángel Valero Fernández-Reyes. Online, consultado el 27 de octubre de 2019. https://www.boe.es/publicaciones/comentarios_sentencias_unificacion_doctrina_civil_y_mercantil/abrir_pdf.php?id=COM-D-2013-9 Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina Civil y Mercantil Consumidores: Condiciones Generales Abusivas. Cláusula Suelo en los Préstamos Hipotecarios. Efectos de su Nulidad

En este segundo caso, se litiga también contra la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA (BBVA), si bien esta vez la parte demandante es una pareja de personas físicas que ha formalizado con el banco un contrato de préstamo hipotecario, estableciéndose aquí la primera diferencia con la sentencia de 2013 estudiada. En este caso, además, el objeto a debatir no es otro que declarar la nulidad de una cláusula del contrato de préstamo por considerarlo como una condición general de la contratación abusiva, buscando que se condene a la entidad bancaria a eliminar la disposición debatida del contrato, y a devolver a los demandantes las cantidades indebidamente pagadas, incrementadas en el interés legal correspondiente, siendo esta la segunda diferencia fundamental entre ambos casos.

Interpuesta la demanda frente al Juzgado de lo Mercantil nº1 de Victoria-Gasteiz, éste falla el 02.07.2013 estimando las pretensiones de los demandantes, y declarando que la cláusula que trae causa es una condición general de la contratación abusiva, y consecuentemente nula, basando su razonamiento en el fallo del TS en la sentencia de 9 de mayo de 2013. Además, y correspondiéndose con la resolución del objeto secundario del procedimiento, declara la devolución de las cantidades desde la suscripción del contrato hasta el momento de adquisición de firmeza de la sentencia, momento en el que se considerará nula esa cláusula.

No conformes con el fallo, los representantes legales de la entidad bancaria interpusieron Recurso de Apelación ante la Audiencia Provincial de Álava, alegando carencia sobrevinida del objeto del proceso, al considerar que este, era idéntico al que supuso tan mencionada STS 241/2013, encontrándonos consecuentemente según su opinión ante un claro ejemplo de “cosa juzgada”.

Tras el estudio de la apelación, el 21 de noviembre de 2013, la AP de Álava desestima este recurso, confirmando de esta manera la sentencia de 1ª Instancia razonando que pese a que si que hay una identidad en relación con la declaración de abusividad de una cláusula que es condición general de la contratación; no existe la triple identidad de que exige la cosa juzgada, por que en el anterior procedimiento no se debate ni solicita la devolución de las cantidades, así como que aquí nos encontramos ante una acción individual, y anteriormente una acción colectiva.

Siguiendo el cauce procesal oportuno, esta vez la parte demandada interpone un recurso de casación ante el TS, junto al recurso extraordinario por infracción procesal correspondiente. En este momento, el TS vuelve a fallar confirmando la sentencia de primera instancia, ya que considera que no existe cosa juzgada por no darse la triple identidad, pero, sin embargo, no da una sorpresa respecto de la irretroactividad de la nulidad que decretaba la sentencia de 2013. Ahora, nos confirman y justifican que la nulidad tiene lo que se conoce como retroactividad limitada, es decir, no tiene efectos plenos, sino que solo se van a poder reclamar las cantidades pagadas desde un determinado momento, siendo este que desde la adquisición de firmeza de la STS 241/2013, que es el 9 de marzo de 2013⁶.

Así pues, *“el Tribunal Supremo considera, a la vista de la diversidad de fallos en los distintos Tribunales en cuanto a la eficacia irretroactiva de la sentencia del Pleno de 9 de mayo de 2013, que es preciso revisar la doctrina sentada en ella y aclararla en lo que se refiere a la existencia y extensión de una obligación de devolver las cuotas percibidas por las entidades prestamistas en aplicación de las cláusulas suelo declaradas abusivas, con la finalidad de unificar criterios.”*⁷.

Siguiendo esta evolución, llegamos a un momento crucial para los prestatarios españoles, por que a partir de la STS de 2013 las entidades de crédito comienzan a acordar con sus clientes dos situaciones distintas: (i) por un lado eliminar las cláusulas suelo de sus contratos de manera total, sin cobrarles cantidad alguna al respecto por ello en el futuro, siempre y cuando firmen una renuncia expresa a la reclamación de la devolución de las cantidades ya cobradas; o (ii) por otro lado acudir a acuerdos de novación que suponen una reducción del tipo de interés pactado en la cláusula suelo (por ejemplo del 6 % al 2,5%) a cambio de una renuncia también al ejercicio de acciones judiciales futuras por este motivo. En definitiva, comienzan los bancos a tratar de evitar la devolución de las cantidades mediante la novación de las cláusulas suelo.

⁶ Sobre esta cuestión véase ACHÓN BRUÑEN. M^a J., “La retroactividad parcial de la declaración de nulidad de la cláusula suelo: los discutibles argumentos de la STS de 25 de marzo de 2015”, en *Diario la ley*, 2015, n^o 8561.

⁷ NÁJERA PASCUAL, A. “Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2015. Cláusulas suelo: el alcance temporal de los efectos de la nulidad”. Online. Consultado el 28 de octubre de 2020. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/comentarios_sentencias_unificacion_doctrina_civil_y_mercantil/abr_ir_pdf.php?id=COM-D-2015-19_Comentarios_a_las_Sentencias_de_Unificacion_de_Doctrina__Civil_y_Mercantil__Cláusulas_suelo:_el_alcance_temporal_de_los_efectos_de_su_nulidad

Por último, llegamos así a la última fase jurisprudencial, que remata esta evolución, a favor de los consumidores, con la devolución de las cantidades totales⁸. Es decir, esta última sentencia falla decretando una retroactividad plena, y no solo limitada, que tiene como consecuencia que las cantidades que le corresponden ser reembolsadas a los prestatarios, son todas aquellas indebidamente cobradas en este concepto por el banco desde la firma del contrato y no desde el año 2013 como imponía la STS 1280/2015, de 25 de marzo de 2015.

En este sentido, la STJUE del 21 de diciembre de 2016, resuelve sobre la eficacia temporal de las cláusulas suelo⁹ que se le sugiere solucionar tras el planteamiento de una cuestión prejudicial al respecto por la Audiencia Provincial de Granada. Con este motivo señala que *“De las consideraciones anteriores resulta que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que procede considerar, en principio, que una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido, de manera que no podrá tener efectos frente al consumidor. Por consiguiente, la declaración judicial del carácter abusivo de tal cláusula debe tener como consecuencia, en principio, el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula. De lo anterior se deduce que la obligación del juez nacional de dejar sin aplicación una cláusula contractual abusiva que imponga el pago de importes que resulten ser cantidades indebidamente pagadas genera, en principio, el correspondiente efecto restitutorio en relación con tales importes. [...] Por consiguiente, si bien es verdad que corresponde a los Estados miembros, mediante sus respectivos Derechos nacionales, precisar las condiciones con arreglo a las cuales se declare el carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato y se materialicen los efectos jurídicos concretos de tal declaración, no es menos cierto que la declaración del carácter abusivo de la cláusula debe permitir que se restablezca la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido tal cláusula abusiva, concretamente mediante la constitución de un derecho a la restitución de las ventajas obtenidas indebidamente por el profesional en detrimento del consumidor en virtud de la cláusula abusiva”*¹⁰.

⁸ Sobre este tema véase CÁMARA LAPUENTE, S. “Doce tesis sobre la STJUE de 21 de diciembre de 2016: su impacto en la jurisprudencia y no sólo sobre la retroactividad de la nulidad de las cláusulas suelo.” En *Indret*, 2017, nº1/2017, ed. Electrónica.

⁹ Es de fundamental lectura en este sentido ACHÓN BRUÑEN. Mª J., “Efectos de la STJUE de 21 de diciembre de 2016: supuestos en que va a ser posible reclamar todas las cantidades indebidamente pagadas por la aplicación de la cláusula suelo y casos en que no”, en *Diario la ley*, 2017, nº 8904.

¹⁰ STJUE DE 21 DE DICIEMBRE DE 2016, CONSULTADA ONLINE EL 29 DE OCTUBRE <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=186483&doclang=ES>

De esta manera, la última fase jurisprudencial remata a favor de los consumidores este procedimiento, con la devolución de las cantidades totales, es decir, esta última sentencia falla decretando una retroactividad plena, y no solo limitada, que tiene como consecuencia que las cantidades que le corresponden ser reembolsadas a favor de los prestatarios son todas aquellas indebidamente cobradas en este concepto por el banco desde la celebración del contrato y no desde el año 2013 como imponía la STS 1280/2015, de 25 de marzo de 2015¹¹.

En resumidas cuentas, podemos afirmar, que el camino seguido hasta la regulación de este tipo de cláusulas en la ley de Contrato de Crédito Inmobiliario como prohibición¹², ha sido un proceso evolutivo que consta de cuatro fases. Partimos de una inexistencia de regulación al respecto y libertad de los bancos para incluirlas; para en 2013 llegar a la segunda fase declarando que estas cláusulas suelo eran condiciones generales de la contratación por regular elementos esenciales, y decretar su nulidad por abusividad; dando el siguiente paso en 2015, determinando la retroactividad limitada de estas cláusulas, con la obligación de reembolso de las cantidades cobradas mediante la declaración de nulidad de esas cláusulas suelo abusivas; desde la STS de 2013, y tras la STJUE de 2016, decretar la nulidad absoluta con efectos retroactivos plenos, reconociendo el derecho de los prestatarios a recibir las cantidades indebidamente abonadas ya no solo desde 2013, sino desde el momento exacto desde el que se formalizó el contrato¹³.

¹¹ Véase en este sentido ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S. “La jurisprudencia del TJUE y la necesaria revisión de la doctrina del TS sobre la cláusula suelo” en *Diario la Ley*, 2017, nº8915, ed. Electrónica.

¹² Ley 5/2019, de 15 de marzo, de Contratos de Crédito Inmobiliario, Boletín Oficial del Estado (BOE), consultado el 25 de octubre de 2020 <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2019-3814>.

¹³ Véase la útil información al respecto de la evolución aportada por SABATER BAYLE, E. “cláusulas suelo nulas y restricciones”, en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 2017, nº3 (marzo), ed. Electrónica.

3. FUNDAMENTOS DE DERECHO

3.1.- La importancia de la declaración de nulidad frente a la eliminación de la cláusula suelo.

Teniendo en cuenta la evolución jurisprudencial y normativa que acabo de exponer; economistas, financieros, matemáticos, y otros expertos en esta materia, han puesto en diversas ocasiones sobre la mesa, la idea de que a día de hoy, si se reclamasen todas las cantidades indebidamente cobradas por las entidades bancarias a consecuencia de las cláusulas que limitan los tipos de interés, el reembolso de estas supondría a los bancos un coste de entre 300 y 400 millones de euros, llegándose incluso a hablar de un posible colapso financiero como consecuencia directa.

Por este motivo, tras la STS 241/2013, de 9 de mayo de 2013, las entidades bancarias, pusieron en funcionamiento a sus equipos de asesoría y defensa jurídica con el fin de encontrar una solución a medio camino, que las permitiera sacar una ventaja y no pagar las cantidades que habían percibido indebidamente, y hacer creer al cliente que tras lo expuesto en la sentencia, que tras esto, se encontrarían en la situación que debían, ya fuera bajando el tipo de interés mínimo por debajo del que habían incluido en los contratos de préstamo inicialmente, o incluso, en algunos casos, eliminando la cláusula.

Así, y tras comprender las consecuencias que podría suponer la declaración de nulidad de las cláusulas suelo por el Alto tribunal, crearon los acuerdos de eliminación y de novación. Mediante estos acuerdos, lo que se hacía era firmar con el cliente que tenía en su contrato de préstamo hipotecario una de estas cláusulas, un documento en el que el banco se comprometía a eliminar esta directamente, o bajar el tipo de interés, por ejemplo, de un 5% a un 2%, creando en el cliente la falsa sensación de victoria al creer que iba a pagar mucho menos de lo que venía pagando.

Este es el claro ejemplo de lo que pasó en el caso de nuestra clienta Doña Bianca Ramírez, puesto que, en el año 2014, tras verse imposibilitada a pagar la hipoteca, y con el objetivo de evitar una ejecución hipotecaria, el banco propuso un acuerdo que posteriormente sería convalidado judicialmente, mediante el cual se

eliminaba la cláusula suelo del contrato de préstamo hipotecario, a mayores del recálculo de las mensualidades a pagar. De esta manera, el banco se benefició de hacer creer a mi clienta que ya no iba a pagar más cláusula suelo, pero habiendo firmado expresamente la eliminación, y no la nulidad, tratando de certificar de esta manera solamente el no pago de la cláusula, pero nunca la devolución de las cantidades.

Así pues, tras la búsqueda jurisprudencial para el desarrollo del caso y el estudio de la materia, se observó por parte del despacho, que esta era una solución que los bancos empezaban a desarrollar con cierta asiduidad debido al obvio lucro que obtenían con su aplicación.

De esta manera, se me antoja fundamental exponer la diferencia directa entre las dos soluciones, es decir, la declarada por el TS y la creada por los bancos, así como las consecuencias directas de ambas para prestatario y prestamista.

Por un lado, nos encontramos con la eliminación, esa solución concebida por y para el provecho del banco; caracterizada, como bien dice la propia palabra, por suprimir del contrato esta cláusula, y consecuentemente, descartando su aplicación desde el momento de la eliminación hasta el vencimiento del contrato. No insistiré en las consecuencias y el beneficio que obtiene el banco, así como el perjuicio que sufre el cliente, por que, tras venir haciéndolo durante todo el apartado, convertiría este dictamen en una noria que gira perpetuamente sobre una misma idea. Eso sí, no me gustaría dejar de exponer, que mi opinión respecto de esta solución es que nos encontramos ante una vil solución que pretende no más que aprovecharse del desconocimiento jurídico de los clientes, así como de la posición de superioridad de la propia entidad.

Por el otro lado, nos encontramos con la nulidad de la cláusula suelo, declarada así por el TJUE y nuestro TS; y que podríamos definir tomando lo expuesto en el artículo 6.3 CC, al exponer que *“Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.”*¹⁴. Derivando de esta idea mediante un procedimiento lógico-

¹⁴ Artículo 6.3 Código Civil, Boe, consultado online el 10.11.2020 <https://boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>

deductivo, cualquier persona con un mínimo de conocimiento jurídico entendería que la consecuencia de la nulidad es que se va a tener por inexistente esta cláusula, pero no solo desde la declaración de nulidad en adelante, sino con efectos retroactivos, es decir, nunca ha existido. De esta manera, y tras la STJUE de 21 de diciembre 2016, lo normal sería entender que, si no ha existido nunca la cláusula, hay que devolver las cantidades que nunca debieron haberse cobrado.

Es más, ya no es que sea lo normal, sino que amparándose en esta idea que refleja el propio art. 1303 CC cuando dice que *“declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubieran sido materia de contrato, con sus frutos y con el precio de los intereses”* han fallado a favor de la nulidad y devolución la mayoría de sentencias posteriores, y no solo en cuanto a jurisprudencia del Alto Tribunal, ya que podemos encontrar infinidad de jurisprudencia menor. Entre estas últimas, me parece reseñable destacar fundamentalmente cuatro tanto de nuestra propia Audiencia Provincial, como del TS; que son la STS de 24 de febrero de 2017; STS 247/2017 de 20 de abril de 2017; Sentencia 117/2017 de la Sección 3ª de la AP Valladolid, de 14 de marzo de 2017; o Sentencia 115/2017, de la Sección 3º de la AP Valladolid. Estas, se me antojan muy adecuadas, por reflejar con bastante precisión lo recién explicado conforme a la declaración de nulidad y sus efectos, debido ya no solo a ser de las más recientes a la sentencia del TJUE de 2016, sino también por que nos muestran la manera de proceder en estos casos en la AP de Valladolid, que es peculiarmente relevante para nuestro caso.

Teniendo conocimiento de la ya mencionada evolución jurisprudencial y su actualidad, de la mala praxis de las entidades bancarias y de crédito, y de la diferencia recientemente expuesta, por parte del despacho no tuvimos otra solución atendiendo a la lógica, que presentar una demanda con el objetivo de conseguir la declaración de nulidad de las cantidades que Doña Bianca no debía haber pagado desde la aplicación de la cláusula suelo hasta la adquisición de firmeza de la sentencia, ayudándola ya no solo a reconducir una situación que se antoja incómoda, sino a mejorar su situación económica.

Así mismo, me veo obligado a decir, que esta parte no ha hecho nada distinto de lo que hubiera hecho, o por lo menos, debiera hacer cualquier bufete, ya que, desde

mi punto de vista, no existe ni se permite ninguna otra solución que esta si se conoce la situación y la normativa al respecto.

3.2.- La problemática de la novación y el acuerdo de renuncia de acciones.

Como ya he anticipado a lo largo de apartado segundo de este trabajo, además de la eliminación, los bancos tenían aún otro as bajo la manga, que sacaron con el objetivo de no verse asazmente damnificados por el aluvión de demandas de reclamación de cantidades a raíz de las cláusulas suelo. Este, no es otro que la creación de acuerdos de novación, los cuales van acompañados de una renuncia expresa de acciones judiciales contra la entidad por este motivo.

Dichos acuerdos de novación, son pactos que la entidad bancaria hacía firmar a los prestatarios con el objetivo de eliminar o reducir (siendo esta segunda la opción más utilizada) el tipo de interés aplicable a la cláusula suelo, haciendo entender a los clientes, desde su posición de superioridad, que este era el modo de ejecutar el derecho a la restitución que la nueva sentencia les daba; pero sin embargo, no era más que una nueva estratagema para no pagarles, o simplemente hacer que pagaran menos que antes. De esta manera ya no solo se ahorran una gran cantidad de dinero, sino que se permiten el lujo de incumplir las directrices, continuando con su recaudación indebida, aunque fuera en menor medida.

Pese a que en el caso concreto que expongo se dio una eliminación y no una novación, ambos van siempre acompañados de una renuncia del ejercicio de acciones judiciales. Por desgracia, es bastante frecuente ver acuerdos, como personalmente me ha sucedido en el despacho, en los que a un determinado prestatario, se les reduce el guarismo impuesto inicialmente como tope mínimo del índice, es decir, de cláusula suelo, por ejemplo de un 5,5% a un 2%, y a cambio de este “favor” que hacen al cliente, y como expondré en los sucesivos párrafos, este tiene que redactar y firmar en el acuerdo de su propio puño y letra un apartado por el que se compromete a no ejercitar acciones judiciales sobre derechos pasados, presentes y futuros contra la entidad bancaria; así como que conoce las consecuencias que tiene para el esa cláusula y renuncia.

El uso de la novación y los acuerdos de renuncia de acciones comenzó a hacerse bastante frecuente tras la publicación de la STS 1280/2015, de 25 de marzo de 2015, momento en el que nuestro Alto Tribunal acababa de pronunciarse a favor de una retroactividad limitada¹⁵. En este momento concreto, se pudo ver un aluvión de este tipo de acuerdos; pero, sin embargo, la llegada de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016 no detuvo a las entidades, que siguieron con esta práctica (que desde mi punto de vista es bastante abusiva), y obtuvieron una ventaja clave en todo este caos.

Pero no pudiendo ser de otra manera habiendo bancos y cláusulas suelo de por medio, esta práctica fue rápidamente recurrida por una gran cantidad de profesionales, con las consecuencias lógicas que esto ha traído, como una serie de sentencias contradictorias y una disparidad de opiniones en lo que a su validez se refiere.

Por un lado, las entidades bancarias y de crédito, entienden que nos encontramos ante un acuerdo válido que los clientes firman con pleno entendimiento de las consecuencias jurídico-económicas que implica seguir aplicando un tipo de interés reducido y la renuncia al ejercicio de cualquier acción judicial contra ellos; mientras que, antagónicamente a esta, nos vamos a encontrar con un gran número de juristas y especialistas en derecho bancario y mercantil, que abogan: (i) o ya sea por entender estos acuerdos nulos de base al tratar de modificar una cláusula nula y abusiva de un contrato; (ii) o ya sea por que de la posición asimétrica que hay entre las partes y del propio hecho de firmar un acuerdo que perjudica directamente al cliente firmante, se entiende que no ha podido existir en ningún momento una transparencia e información adecuadas para con el prestatario, ni por tanto una asunción de las consecuencias jurídicas y económicas de este tipo de acuerdos.

La controversia que han supuesto los acuerdos de novación ha sido tal, que el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº3 de Teruel, se ha visto obligado a presentar una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea para que éste guíe a los tribunales españoles y sienta jurisprudencia clara o útil sobre la

¹⁵ Acúdase en este sentido a la información que expone SANTISO SÁNCHEZ, L. “¿Es posible reclamar si se ha formado con el banco un acuerdo privado sobre cláusulas suelo?”, en *E-Dictum*, 2018, nº 80, ed. Electrónica.

validez de los acuerdos novatorios en el contexto de las cláusulas suelo. La respuesta del órgano europeo llegó a España mediante la STJUE de 9 de julio de 2020; pero, sin embargo, no fue tan resolutiva como se esperaba, devolviendo la problemática a nuestros tribunales, aunque con una manera de actuar más concreta y asistencial.

A pesar de esto, nuestro Alto Tribunal, ya había intentado resolver la cuestión de la nulidad o validez de los acuerdos de novación en cláusulas suelo, puesto que ellos habían decretado también estas nulas; pero la realidad, es que no se consiguió nada más que enturbiar más una situación de por sí ya bastante untuosa.

Expongo con rotundidad esta afirmación, por que podemos encontrarnos con varias sentencias contradictorias entre sí del propio TS. La primera interesante al respecto es la STS, la Sala 1ª, 558/2017, de 16 de octubre de 2017, la cual proclamó nulas la nueva cláusula suelo que trae el acuerdo de novación, ya que las cláusulas que intentan novar actualmente, posee una nulidad absoluta por falta de transparencia, y consecuentemente no puede modificarse ni convalidarse mediante ningún acuerdo, como se desprende del artículo 1208 CC, que formula *“La novación es nula si lo fuere también la obligación primitiva, salvo que la causa de nulidad sólo pueda ser invocada por el deudor, o que la ratificación convalide los actos nulos en su origen”*¹⁶. Tras esta resolución, vamos a encontrarnos con dos sentencias que supusieron una rectificación de la doctrina que sentó la recién mencionada resolución y que son: (i) la STS, Sala 1º, Pleno, 205/2018, de 11 de abril de 2018, en la que los magistrados consideran *“dichos pactos en la medida en que participaban en la naturaleza transaccional, siempre y cuando la señalada transacción no pudiera ser tachada de falta de transparencia, considerando la inaplicabilidad a tales convenios al ya antedicho artículo 1208 del código, al entender que los referidos pactos no constituyen una novación extintiva sino tan solo integran una alteración de un elemento contractual que repercute en la proyección que alcanza a una relación obligatoria válida como es la de abonar los intereses remuneratorios”*¹⁷; y (ii) la STS, Sala 1ª, 489/2019, de 13 de septiembre de 2018, que en un sentido similar a la sentencia anterior, entiende que el acuerdo no puede llegar a ser nulo por que la cláusula de la que descende es nula en si misma, sino exclusivamente podría serlo, cuando este acuerdo no supere el control de

¹⁶ Artículo 1208 CC, BOE, consultado online el 19.11.2020 <https://boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>

¹⁷ CASTILLO MARTINEZ.C. de C. “La validez de los acuerdos novatorios sobre cláusulas suelo”. En Act. Civil 2020. N°10 (octubre). PG 3.

transparencia, entendiendo además, que para estos acuerdos, el consumidor de manera libre, y tras el conocimiento de las condiciones (ya que las ha negociado con la entidad), permite a esta la modificación del porcentaje de interés aplicable que en su momento no fue transparente, por uno que actualmente si lo es.

Así, puedo decir que estas dos últimas sentencias que se posicionan en contra de la nulidad de los acuerdos de novación, lo hacen exclusivamente por que consideran que se trata de acuerdos de transacción, y por tanto válidos, legales y amparados por la ley; y no como un acuerdo de novación tal cual se había hecho en la STS 558/2017, de 16 de octubre de 2017, que es como los entienden la mayor parte de los expertos.

Sin embargo, esta posición jurisprudencial, no fue recibida con los brazos abiertos, ya no solo por su escabroso contenido, sino también por el caos que generó; de manera que ésta *“no fue acogida por la totalidad de nuestras audiencias provinciales, algunas de las cuales, contra el criterio del Alto Tribunal, justificaron la nulidad del pacto novatorio en la vulneración de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, que conducía a la conclusión contraria”*¹⁸.

Consecuentemente, y teniendo en cuenta la no aplicación total de la jurisprudencia del TS, las diversas posiciones al respecto que se venían dando, y la controversia que todo este conjunto generó, el juzgado turolense presentó al TJUE la cuestión prejudicial en base a cinco preguntas¹⁹, que fueron respondidas en la ya mencionada STJUE de 9 de julio de 2020, y, pese a que no han sido lo esperado ni las respuestas dadas por este, ni las consecuencias, han traído un poco de luz a un asunto que esta tornándose cada vez más oscuro.

Así, resolvieron sobre si la nulidad inicial de la cláusula suelo que se nova, genera consecuentemente la nulidad del acuerdo de novación, que fue la primera pregunta que realizó el Juzgado de Teruel, puesto que el artículo 6 de la Directiva

¹⁸ CASTILLO MARTINEZ.C. de C. “La validez de los acuerdos novatorios sobre cláusulas suelo”, en *Act. Civil* 2020, núm.10 (octubre). pág. 3.

¹⁹ Véase sobre esta cuestión DE LA TORRE J. y DÁVALOS ALARCÓN. V. “Análisis de la STJUE de 9 de julio de 2020 sobre acuerdos de cláusulas suelo”, en *Revista jurídica sobre consumidores 2020*, n° especial septiembre 2020, pág. 35

93/13/CEE que expone la no vinculación de cláusula abusivas al contrato, debe extenderse a los acuerdos de novación de esas cláusulas; así como que si la cláusula se entiende que no ha existido, podría entenderse consecuentemente que los actos jurídicos posteriores que dependan directamente de estas, o se creen para su modificación también deberían desaparecer. Al respecto, el TJUE dice (lo cual va a ser su tónica general de actuación en toda la sentencia) que, si el cliente es consciente de que la cláusula considerada abusiva no es vinculante, es decir, si conoce las consecuencias de la nulidad de esta, puede renunciar a los efectos que produce dicha nulidad. De esta manera, acaba obligando a los juzgados españoles a observar los detalles de cada uno de los casos concretos que se les presenten, y analizar e investigar si el propio prestatario conocía las consecuencias de la nulidad, es decir, que se tiene por no puesta en el contrato con la consecuente devolución de las cantidades pagadas a razón de esa cláusula.

Pese a que posteriormente daré una opinión larga y tendida al respecto, no puedo dejar pasar la ocasión de decir que en casi la absoluta mayoría de los casos, el cliente nunca llega a entender las consecuencias que la nulidad de una cláusula tiene; por que nadie en su sano juicio, si le dan a elegir entre que se le deje de cobrar una cantidad mientras el contrato esté vigente, y le devuelvan lo que ha pagado con anterioridad a ese momento; o entre pagar un poco menos hasta que se extinga el contrato, elegiría esta segunda opción. Y esto, pese a la posibilidad de debate, nadie podrá negarlo.

La segunda pregunta que realiza el Juzgado de Teruel, teniendo por válido el acuerdo de novación siempre y cuando se de ese conocimiento recién mencionado, gira sobre si la novación, puede incluir en su configuración, cláusulas predisuestas e introducidas por la entidad bancaria sin negociación alguna con el prestatario. Ésta, ha sido, sin embargo, una respuesta poco sorprendente, ya que la lógica jurídica incita a acompañar este razonamiento, que dice que *“cabe considerar que la propia cláusula de un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, con el fin de modificar una cláusula potencialmente abusiva de un contrato anterior celebrado entre ambos o de determinar las consecuencias del carácter abusivo de la misma, no ha sido negociada individualmente y puede, en su*

*caso, ser declarada nula*²⁰. De esta manera, cuando el consumidor no ha podido influir en esa novación, y en relación con el artículo 3.1 Directiva 93/13/CEE *“Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato”*²¹, se tendrá por abusivo el acuerdo de novación por tratar de un elemento esencial del contrato de préstamo hipotecario.

Lo que se puede entender entonces tras la lectura y análisis de la respuesta a las dos primeras preguntas que se realizan en la cuestión prejudicial, es que, si el acuerdo de novación no es nulo de por sí, debe hacerse conforme a lo que indican las normas en relación con la transparencia y no abusividad; y consecuentemente, supone realizar en cada caso concreto un control de transparencia propiamente dicho.

Sobre ese control de transparencia versan las preguntas de tercera a quinta realizadas por el órgano judicial nacional, aunque, en relación con los dos acuerdos distintos que firma el cliente, es decir, con el acuerdo de novación propiamente dicho y con la renuncia de acciones que la entidad le obliga a mencionar.

Siguiendo un orden que facilite al lector el entendimiento de esta controvertida sentencia, se hace necesario primero mencionar lo referente a la pregunta cuarta, por que versa sobre el control material de transparencia de la nueva cláusula suelo; mientras que las preguntas tercera y quinta son aluden de nuevo al control de transparencia material, pero en este caso, del acuerdo de renuncia.

Así, la Sentencia del Tribunal de Luxemburgo responde a la cuarta pregunta del tribunal turolense, alegando que es necesario un control de transparencia por parte del tribunal encargado de juzgar en España; de manera que este, debe verificar que la cláusula contractual esté redactada conforme al artículo 4.2 y 5

²⁰ STJUE DE 9 DE JULIO DE 2020, SALA CUARTA, ASUNTO C-452/18, (§ 39), ONLINE 19.11.2020. <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=228363&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=14737024>

²¹ Art. 3.1 Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Online. 19.11.2020 <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-1993-80526>

Directiva 93/13/CEE, es decir “deberán ser rectadas siempre de forma clara y comprensible”²². De esta manera, el órgano nacional deberá comprobar: (i) el contenido del acuerdo, y en especial, la nueva cláusula suelo reducida; (ii) que el cliente comprenda las consecuencias económicas que para él tiene la aplicación de ese tipo de cláusula limitativa del interés; y, por último, (iii) que permita al consumidor ser conocedor de cual va a ser el resultado final.

Sin embargo, por suerte, el TJUE no solo se queda ahí, sino que viene a decir que, como consecuencia de la falta de transparencia, la cláusula suelo nueva sería abusiva²³, debiendo el órgano nacional para aseverar esta condición revisando la información concreta que la entidad bancaria y de crédito ha proporcionado al prestatario, la cual tiene que hacer que este conozca con precisión esas consecuencias de las que anteriormente hablábamos. Dentro de esta información, entiende el TJUE que integra un elemento fundamental “la información sobre la evolución en el pasado del índice en que se basa el cálculo del tipo aplicable constituye un elemento especialmente pertinente, toda vez que la misma permitiría al prestatario consumidor darse cuenta de la eventualidad de que no iba a poder beneficiarse de las bajadas del tipo de interés inferior al tipo suelo que se le propone.”²⁴, ya que así, se podría conocer de forma indubitada las cantidades que pagó de más y la situación que con anterioridad se dio, por que en el caso concreto del interés que se le va a aplicar desde la fecha del acuerdo de novación en adelante va a ser la misma.

En última instancia, es importante hacer una breve referencia a la respuesta que el TJUE da sobre el control de transparencia que debe producirse sobre la renuncia de acciones; algo que desde mi humilde punto de vista, debe ser aún más profundo que en el caso anterior, puesto que con el desistimiento de estas acciones, la entidad estaría privando a su propio cliente de un derecho constitucionalmente reconocido con el único deseo de protegerse su exclusivo interés económico, y, no haciendo en ningún momento algo que beneficie a ambas partes; motivo por el cual, conociendo la posición de superioridad que tiene y va a tener la entidad bancaria en todo momento, hace nulo de por sí éste acuerdo.

²² Art. 5 Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Online. 20.11.2020 <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-1993-80526>

²³ Véase en este sentido GARCÍA HERNANDO, J.A “Los acuerdos de novación, un salvoconducto para cláusulas potencialmente abusivas”, en Blog *Hay Derecho*, 2020, 11 diciembre, ed. Electrónica.

²⁴ CASTILLO MARTINEZ.C. de C. “La validez de los acuerdos novatorios...”, cit., pág. 10.

Así pues, el TJUE, ha venido a decir que lo primero que debe observar el tribunal español, al igual que en la respuesta a la pregunta cuarta, es el cumplimiento de los artículos 4.2 y 5 de la Directiva 93/13/CEE, es decir, la redacción clara y comprensible, de manera que el tribunal deberá apreciar si se cumple con los requisitos ordinarios de transparencia.

Lo interesante de esta respuesta es, sin embargo, que el TJUE diferencia entre la renuncia de acciones sobre cuestiones ya existentes en el presente, y a sensu contrario, la renuncia de acciones futuras por cualquiera de las partes²⁵. Al respecto, alega que *“(i) la cláusula estipulada en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor para la solución de una controversia existente, mediante la que el consumidor renuncia a hacer valer ante el juez nacional las pretensiones que hubiera podido hacer valer en ausencia de esta cláusula, puede ser clasificada como <abusiva> cuando, en particular, el consumidor no haya podido disponer de la información pertinente que le hubiera permitido comprender las consecuencias jurídicas que se derivan para él de tal cláusula; (ii) la cláusula mediante la que el mismo consumidor renuncia, en lo referente a controversias futuras, a las acciones judiciales basadas en los derechos que le reconoce la Directiva 93/13 no vincula al consumidor.”*²⁶.

De esta manera, lo que viene a decir, es que, en el primero de los casos, sucede lo mismo que con la cláusula suelo nueva, que debe darse un control de transparencia y una información que le haga renunciar siendo consciente de las consecuencias jurídicas que ello tiene, que no es otra que no poder ejercitar acciones para obtener la declaración de nulidad y consecuentemente, para que se le reembolsen las cantidades pagadas al banco indebidamente. Sin embargo, inhabilita la posibilidad de renunciar al ejercicio de derechos de la cláusula nueva.

Consecuentemente, de esta sentencia podemos obtener varias notas claves para el entendimiento de lo que va a pasar en los juzgados españoles en unos meses:

²⁵ Es interesante en este sentido la opinión que da el juez ALONSO BUZO, R. “Cláusula suelo: análisis del contrato privado con renuncia de acciones firmado entre consumidor y la entidad bancaria” en *Diario la Ley*, comentario 24 de mayo de 2018, ed. Electrónica.

²⁶ CASTILLO MARTINEZ.C. de C. “La validez de los acuerdos novatorios...”, cit., pág. 12.

- 1- Traslada la valoración de la cuestión litigiosa a los órganos judiciales nacionales, que deberán realizar un control de transparencia e información para determinar si en cada caso concreto han existido las informaciones necesarias, y éstas se han realizado con plena satisfacción, conociendo el cliente las consecuencias jurídicas y económicas de sus actos.
- 2- Existe la posibilidad de renunciar al ejercicio de acciones judiciales para solicitar la nulidad y abusividad de la cláusula suelo inicial, siempre que el consumidor que renuncia a este derecho conozca con precisión a que renuncia.
- 3- Se descarta de manera definitiva la validez de la renuncia a acciones futuras como consecuencia de la nueva cláusula suelo impuesta en el acuerdo de novación.

Entonces, si tuviera que hacer un breve resumen de esta sentencia, se podría decir que *“el Tribunal supremo ha analizado estos acuerdos aceptándolos al entender que son objeto de negociación entre las partes, y anulándolos por falta de transparencia”*²⁷. Es decir, el tribunal, considera que los acuerdos de novación son válidos de base, pero a su vez, pueden ser nulos por ser abusivos debido a la asimetría posicional de las partes, no superando así el control de transparencia; pero, por otra parte, estos acuerdos podrían ser también anulables, ya que se podría demostrar que el prestatario no ha dado a la entidad un consentimiento libre e informado, puesto que no ha tenido una información precontractual válida. Ésta opinión jurisprudencial, tal y como recientemente ha expuesto Ruíz Rico²⁸, no ha sido aceptada por la totalidad de los juzgados, generándose así un intenso debate al respecto.

3.3.- La falta de transparencia como consecuencia de la asimetría de posiciones jurídicas.

²⁷ GARCÍA HERNANDO, J.A. “La asimetría en los acuerdos de novación de las cláusulas suelo”, en *Diario la Ley*, 2020, nº 9731, ed. electrónica, pág. 1.

²⁸ RUÍZ - RICO, M.ª D “Nulidad de pleno derecho, transacción y novación. A propósito de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre validez de acuerdos transaccionales sobre cláusulas nulas” En *Act. Civil*. 2020. N°12 (diciembre), ed. Electrónica.

Ahora bien, no nos debemos engañar, el TJUE ha enderezado la situación, eso es innegable, pero la verdad es que no la ha resuelto del todo, ya que, desde mi punto de vista, ha devuelto la controversia a nuestros tribunales, obligándoles a resolver ellos con su propia jurisprudencia este asunto, debiendo a mayores especificarse más en materia de transparencia e información.

Esta última afirmación que hago, solo es la punta del iceberg de la opinión que tanto este ponente, como muchos otros juristas (realmente expertos en esta materia), tenemos en este sentido; debiendo exponerse igualmente, que hay otros autores que no comparten plenamente esta tesis, como por ejemplo el Magistrado Vela Torres²⁹. Como se ha podido ir observando a lo largo de este apartado, la sentencia del TJUE, así como las anteriores mencionadas, (la STS, Sala 1º, Pleno, 205/2018, de 11 de abril de 2018, y la STS, Sala 1ª, 489/2019, de 13 de septiembre de 2018) no son, desde mi punto de vista, conformes con los derechos de los consumidores. Y esto, con todo el respeto se debe fundamentalmente a la no apreciación y análisis de una serie de factores, que, de su simple observancia, harían de estas sentencias un mero borrador.

La primera idea en la que me baso para hacer esta afirmación es en la más que evidente asimetría entre las posiciones del banco y de los consumidores. Y ésta, considera este ponente, que es innegable e indiscutible, porque sin esta falta de igualdad posicionales, así como de conocimiento de la normativa y de las consecuencias jurídicas de sus actos, ningún consumidor firmaría un pacto novatorio por el cual exclusivamente se disminuye el tipo de interés aplicable en concepto de cláusula suelo, cuando el Tribunal Supremo ha decretado su nulidad, y como se ha explicado con anterioridad en este trabajo, no su eliminación, es decir, se ha determinado que las cantidades deben abonarse por este motivo. Es evidente pues que *“En estas circunstancias, hablar de libertad o de igualdad entre partes, es una entelequia, cuando solamente una de ellas impone las condiciones, redacta los contratos y la otra solo puede adherirse o no a las mismas. Se trata de contratos de adhesión”*³⁰

²⁹ Interesa la lectura en este sentido del Magistrado de la Sala Primera del Tribunal Supremo VELA TORRES, P.J., “Validez de la transacción que rebaja en dos puntos la cláusula suelo a cambio de la renuncia a instar su nulidad”, en *Diario la Ley*, 2018, nº 9227, ed. Electrónica.

³⁰ YÁÑEZ DE ANDRÉS, A. “Cláusulas suelo. Consumidores somos todos.”, en *Diario la ley*, 2020, nº 9574, ed. Electrónica.

Así pues, sin desequilibrio posicional entre las partes, por muy benevolente que se fuera, no encontraríamos un solo ciudadano capaz de firmar un acuerdo, mediante el cual, la entidad que le ha cobrado ilícitamente unas determinadas cantidades durante un largo lapso de tiempo conseguiría: “(i) *mantener una cláusula, que el pleno del Tribunal Supremo declaró abusiva por no superar el control de transparencia material,* (ii) *que no se le reclamen las cantidades pagadas por exceso con sus intereses como consecuencia de la aplicación de las cláusulas suelo y,* (iii) *además se renuncie a ejercitar acciones futuras*”³¹.

Es innegable que nos vamos a encontrar dos partes con posiciones antagónicas, una, el cliente, con una desinformación y desconocimiento que lo pone en la posición más débil; y otra, la entidad de crédito, que comprende y conoce la posición del TS, así como el propio mercado en el que se maneja, y la falta de capacidades de la mayoría de los clientes al respecto, motivo por el cual, se posiciona en un lugar superior, siendo la parte fuerte de la relación, y con capacidad de moldear a sus necesidades el contrato por el desconocimiento del cliente, máxime cuando los acuerdos se celebran en la mayoría de ocasiones antes de ser dictada la STJUE de 2016 que impuso el efecto retroactivo de la nulidad. Así, me surge una duda, ¿Cómo podría solventarse el problema de la asimetría de las partes?

Pues bien, para dar la respuesta a esta cuestión, no es necesario ahondar mucho más en la materia, sino ir a una idea básica muy recurrente y mencionada aquí, el control de transparencia, que casualmente, es la segunda idea en la que baso mi opinión.

Desde mi punto de vista, y como acabo de decir, la asimetría se equilibraría con una transparencia del banco para con los prestatarios. Como ya se ha expuesto, en base a esta idea el TJUE considera que podíamos encontrarnos ante un acuerdo de novación válido. Ahora bien, si realizamos un control de transparencia del caso concreto de Doña Blanca Ramírez, vemos que ésta no ha existido, y eso pasa en la inmensa mayoría de los casos que acogen acuerdos de novación (o de eliminación) y de renuncia de acciones.

³¹ GARCÍA HERNANDO, J.A. “La asimetría en los acuerdos de novación...”, cit., pág. 1.

Hay que recordar que el TS considera que en relación con la renuncia, ésta *“es transparente si se acredita que el prestatario consumidor tiene un conocimiento inequívoco de que, a consecuencia de dicha estipulación, se verá impedido para ejercitar cualquier acción dirigida a obtener la declaración de abusividad de la cláusula suelo incluida en el contrato original, resultando suficiente a tal efecto, para que la cláusula se considere válida, que el consumidor tome conocimiento de esta circunstancia”*³². Ésta es una idea que se puede aplicar también a la cláusula suelo nueva, ya que consecuentemente existiría una transparencia adecuada cuando el prestatario conozca las consecuencias de la nulidad de la cláusula suelo y prefiera que no se declare nula y solo se le reduzca o elimine, no devolviéndosele las cantidades. De esta manera, la transparencia *“se conecta con el carácter abusivo en la medida en que, si la cláusula no supera el control de transparencia, se priva al consumidor de la posibilidad de conocer la trascendencia que la misma tiene en la economía del contrato”*³³

Lógicamente, me vuelvo a ver obligado a exponer de nuevo, que absolutamente nadie firmaría ni la renuncia ni la novación de la cláusula si conociera sus derechos reales que fueron expuestos por el TS, en relación con la nulidad y el derecho al reembolso, motivo por el cual, es más que incuestionable la inexistencia de transparencia en este tipo de acuerdos; tanto que, si realmente existiera esa transparencia que los bancos intentan evidenciar en este tipo de acciones, no harían a los clientes redactar en el contrato un apéndice de su puño y letra en la que figura *“soy consciente y entiendo que mi tipo de interés nunca bajará de 2,25%.”*

Pero esto, al igual que en relación con la asimetría, suscita otra duda, ¿Cómo podrías conseguir una transparencia adecuada y necesaria para el caso concreto?

Pues bien, la respuesta aquí vuelve a ser obvia, mediante la prestación por parte de la entidad bancaria, desde su posición de superioridad y conocimiento del mercado, de una información clara y precisa al respecto de las consecuencias jurídico-económicas de los acuerdos de novación, eliminación y renuncia.

A través de este proceso deductivo, y de tratar de dar una respuesta a la anterior pregunta, llego a la tercera y última idea en la que baso mi razonamiento, es

³² CASTILLO MARTINEZ.C. de C. “La validez de los acuerdos novatorios...”, cit., pág. 13.

³³ ÁLVAREZ OLALLA, P. “Cláusulas suelo, interés moratorio, vencimiento anticipado e imposición de gastos a consumidor en el préstamo hipotecario” Revista *LA LEY mercantil*, 1 de abril de 2017, n° 35, ed. Electrónica.

decir, la falta de existencia de una información, que permita conocer de manera transparente las consecuencias jurídico-económicas, lo cual pondría a las partes en un posicionamiento simétrico.

Se ha expuesto con anterioridad, que el TJUE considera que la información clara que buscamos, podríamos obtenerla mediante la muestra a los prestatarios de las fluctuaciones anteriores del tipo de interés, lo cual les haría conocer las cantidades concretas que han estado pagando de más; de manera que, consecuentemente, entendería la situación a la que va a someterse. Esta idea, la comparto con el tribunal, ya que creo que es una manera muy buena de hacer entender qué es lo que se le va a aplicar, y cómo. Pero, asimismo, considero que esta idea no debe ser la única manera, sino que debe ir acompañada de un complemento fundamental que permita desarrollar un conocimiento completo a todos los niveles, y este complemento, no es más que una explicación jurídica de la situación que ha traído la jurisprudencia del TS y TJUE hasta el momento.

Es decir, personalmente considero, que la muestra de información a la que nos referimos, debe acompañarla una explicación sobre las Sentencias del TS de 9 de mayo de 2013 y de 25 de marzo de 2015, así como la Sentencia del Tribunal Europeo de Justicia de 21 de diciembre 2016; ya que si al conocimiento económico de las consecuencias del acuerdo, le acompañamos de una explicación jurídica adecuada del proceso que ha ido desde la validez de las cláusulas suelo, a la retroactividad limitada, hasta llegar a la retroactividad plena, vamos a conseguir que el cliente sepa el derecho al que renuncia, y consecuentemente, conozca la historia; por que como dijo el filósofo Ruíz de Santayana, “quién no conoce su historia, está condenado a repetirla”.

Esta es la única manera que tendríamos de llegar a un consentimiento libre, capaz e informado que realmente conllevaría a un pacto novatorio válido según las consideraciones del TJUE, puesto que el consumidor comprendería las consecuencias realmente.

Ahora bien, esta idea no beneficia a los bancos en absoluto, puesto que, si el consumidor se encontrara plenamente informado de que el acuerdo o pacto que va a firmar es perjudicial para sus intereses, ¿Por qué razón iba a pactar la rebaja del tipo

de interés y la renuncia, si podría obtener la nulidad y el reembolso total de las cantidades?

Así pues, se me antoja lógico pensar y exponer, que, si se diera esta correcta información, sí nos encontraríamos ante una perfecta transparencia contractual; y con la suma de información realmente clara y precisa, junto a la transparencia moderna como la expone Plaza Penedés³⁴, podríamos eliminar esa asimetría en la posición de las partes, y hablaríamos, conforme a la opinión del TJUE y TS, de un acuerdo de novación y reducción válido y sin abusividad.

Sin embargo, mi opinión al respecto de la totalidad de lo mencionado, que no es lo mismo que lo recientemente expuesto en relación con la jurisprudencia y resolución del Tribunal de Luxemburgo, es que, estos acuerdos, en base al artículo 1208 CC, que ha sido citado con anterioridad, son radicalmente nulos de base, puesto que la cláusula que tratan de novar es nula, y consecuentemente no podría tenerse por puesta en ningún momento.

Asimismo, considero que, si no se diera esa nulidad de base, seguiríamos encontrándonos ante un pacto nulo, ya que, como he insistido, y seguiré haciendo siempre que se me pregunte, nos encontramos ante acuerdos faltos de transparencia e información, que se obligan a firmar al prestatario por imposición del prestamista, sin negociación previa, y desde su posición de superioridad, a reducir o eliminar una cláusula que nuestro Alto Tribunal ha definido en multitud de ocasiones como nula, y a renunciar a unos derechos constitucionalmente elegidos.

No sin más, considero también, y desde el conocimiento de la diferencia existente entre legalidad y moralidad, que ya no solo nos encontramos ante una actuación ilegal por parte de las entidades bancarias y de crédito; sino que podríamos definir ésta, también, de inmoral.

³⁴ PLAZA PENEDÉS, J. “Del moderno control de transparencia y de la doctrina del Tribunal Supremo sobre la «retroactividad» de las cláusulas suelo”, en *Diario la Ley*, 2015, n° 8547, ed. Electrónica.

3.4.- La alegación de cosa juzgada por los bancos.

Bien es cierto, que quién conoce la norma, conoce las consecuencias; de manera que, si como abogado te entra un caso de esta índole en el despacho, y conoces el contenido de las sentencias recientemente mencionadas, así como la evolución jurisprudencial en nuestro país en los últimos 7 años, vas a entender los derechos de tu cliente, y con casi seguridad, salvo el caso de error procesal o de fondo, vas a poder lograr que estos derechos se hagan efectivos; puesto que, salvando las singularidades que cada caso concreto posee, la realidad es aplastante, las cláusulas suelo son completamente nulas, y como manifiesta nuestro Código Civil en su artículo 1303, se va a tener por no incluida, debiendo restituirse las cantidades cobradas en ese concepto, con los intereses pertinentes.

Ahora bien, que haya una relación jurisprudencial que concluya en este sentido, no quiere decir que por ello las entidades bancarias y de crédito pierdan su derecho a defenderse en los tribunales; ni puede pretenderse, ya que nos encontraríamos ante un proceso que se lleva a cabo sin las debidas garantías e incumpliríamos el artículo 24 CE.

Por eso, es en sede judicial, donde nos encontramos con una de las últimas de las maniobras de los bancos con el objetivo de evitar el reintegro de las cantidades recaudadas en concepto de cláusula suelo; que no es otra que, la alegación de cosa juzgada.

Esta excepción procesal, la plantean al considerar que, existiendo un acuerdo anterior entre las partes, y más en el caso concreto de Doña Bianca Ramírez, que tiene una transacción judicial del acuerdo; el objeto a debate ya ha sido anteriormente deliberado o litigado entre prestamista y prestatario, entendiéndose que se dan todos los componentes para encontrarnos ante un ejemplo de “cosa juzgada”.

Es decir, primero, y en base al artículo 1809 CC, el cual declara *que “La transacción es un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado.”*³⁵. Dan por

³⁵ Artículo 1808 CC, boe, consultado online el 23.11.2020 <https://boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>

sentado, que ese acuerdo de novación o reducción, independientemente de que posteriormente, mediante auto, se halla dotado de validez judicial, tiene autoridad para evitar un pleito, y consecuentemente, validez de acuerdo judicial o similar.

De esta manera, posteriormente, y por aplicación del art. 1816 CC, que enuncia que *“La transacción tiene para las partes la autoridad de la cosa juzgada; pero no procederá la vía de apremio sino tratándose del cumplimiento de la transacción judicial”*³⁶; entienden que la transacción que han firmado con su cliente tiene jerarquía de cosa juzgada, de manera que, en su opinión, posteriormente queda impedido el inicio de un procedimiento judicial tendente a revisar o modificar el acuerdo inicialmente alcanzado.

Así pues, estiman, poniendo como ejemplo el caso concreto que se expone en el presente TFM, que existiendo entre las hoy partes litigantes ese acuerdo de transacción que supuso una eliminación de la cláusula debatida, ha de rechazarse la pretensión relativa a decretar como nula la cláusula suelo, toda vez que ya fue acordada entre las partes y resuelta la controversia, siendo de aplicación bajo su criterio el artículo 222.4 LEC, que nos remarca que *“lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que ponga fin a un proceso, vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal”*³⁷.

Pues bien, personalmente, al igual que la mayoría de los juzgadores de este tipo de procedimientos, disiento absolutamente de esta idea; ya que como es sabido, y en relación con el recién mencionado artículo 222.4 LEC, es requisito imprescindible para encontrarnos ante una excepción de cosa juzgada válida, que se de lo que se conoce como “triple identidad”, es decir, mismos sujetos, mismo objeto y misma causa que en el anterior procedimiento. Así, y volviéndolo a aplicar al caso concreto, como a la mayoría de los casos similares, no es posible que se de esta “triple identidad” ya que, en el acuerdo firmado por las partes, se había acordado la eliminación, y en el nuevo procedimiento abierto ahora, estamos reclamando la

³⁶ Artículo 1816 CC, boe, consultado online el 23.11.2020 <https://boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>

³⁷ Artículo 222.4 LEC, boe, consultado online el 23.11.2020 <https://www.boe.es/buscar/pdf/2000/BOE-A-2000-323-consolidado.pdf>

nulidad, que como se ha explicado en apartado primero del epígrafe tercero de este trabajo, no es lo mismo que eliminación, y no tiene las mismas consecuencias.

Aún así, para advertir esta idea, no es necesario acudir a nuestro caso concreto, pues vale cualquier otro en el que se de un acuerdo de novación como los ya mencionados, puesto que, la transacción privada en la que se basa el banco para alegar la identidad que propicia la cosa juzgada, nunca podría darse, al haberse pactado entre las partes una reducción del tipo de interés aplicable, con la consecuente reducción de las cantidades a pagar a la entidad; mientras que en el proceso posterior, la parte actora reclamaría exclusivamente la nulidad, con la eliminación y devolución referidas; no constituyéndose pues la petición sobre la misma causa, al no solicitar una nueva reducción.

4. CONCLUSIONES

PRIMERA

La cláusula suelo, entendida como el límite mínimo aplicable al tipo de interés en un contrato de préstamo hipotecario con interés variable; ha supuesto, desde que comenzó el debate de su validez, una de las mayores controversias judiciales en nuestro país, llegando a posicionar a distintos juzgados en contra. Para resolver esta enorme porfía en relación con la licitud de su inclusión, hemos necesitado 7 años y una evolución jurisprudencial lenta y laboriosa.

SEGUNDA

El proceso jurisprudencial comienza con la libertad de inclusión de este tipo de cláusulas para los bancos. Posteriormente, tras la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, teniendo estas por una condición general de la contratación, se declara su nulidad, pero nada se dice sobre la devolución de las cantidades. Este tema se trata en la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo 2015, que acaba declarando una retroactividad parcial, obteniendo con ella los prestatarios el derecho a recibir las cantidades pagadas a consecuencia de la cláusula suelo desde la sentencia de 2013 hasta que se dicte una resolución favorable a su petición. Sin embargo, el reconocimiento de la retroactividad plena, con la devolución de la totalidad de las cantidades indebidamente pagadas desde la formalización del contrato no llega hasta que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronuncia en la Sentencia de 21 de diciembre de 2016.

TERCERA

Adquiere una gran importancia entender que el concepto de nulidad, acogido en el marco del artículo 1303 CC, implica que declarada dicha nulidad, los contratantes quedan obligados a restituirse recíprocamente las cantidades que hubieren sido materia de la cláusula, con sus frutos e intereses. Por esta razón, las entidades bancarias y de crédito, tienden a buscar mediante acuerdos de novación o extrajudiciales la eliminación o reducción del tipo de interés aplicable en los contratos de préstamo hipotecario en concepto de cláusula suelo, tratando así de evitar el reintegro de las cantidades recaudadas indebidamente como consecuencia directa de la aplicación de ese interés, así como la renuncia de acciones judiciales para la reclamación de los intereses, tanto legales, como procesales si hubiera sentencia judicial en su contra.

CUARTA

La fuerza que han adquirido los acuerdos de novación ha sido tal, que pueden incluso llegar a configurarse como una figura ajena a las cláusulas suelo, dignos de un estudio individualizado. El uso de esta forma jurídica de modificación de acuerdos, que se popularizó en las últimas fases de la evolución jurisprudencial sobre las cláusulas suelo, ha precisado de una Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE de 21 de diciembre de 2016), por la que se resuelve una cuestión prejudicial, ya que ni siquiera nuestro propio TS tenía doctrina uniforme al respecto. Actualmente, es necesario que el propio tribunal español decida sobre la validez de ese acuerdo tras un exhaustivo análisis sobre su transparencia y la información que el prestatario recibió durante la confección de la novación.

QUINTA

Los acuerdos de novación suelen ir a su vez acompañados de acuerdos de renuncia de acciones judiciales como consecuencia la nulidad de las cláusulas suelo. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el 21 de diciembre de 2016, resolvió al respecto algo idéntico a lo determinado en relación con los acuerdos de novación, es decir, el tribunal nacional, en el proceso judicial, se va a ver obligado a realizar un control de la transparencia del acuerdo, y de la información que poseía el cliente al momento de firmarlo; es decir, deberá comprobar el tribunal, que en el momento de suscripción acuerdo de renuncia de acciones judiciales, el prestatario conocía las consecuencias reales que tiene para él esa firma.

SEXTA

La falta de transparencia que vuelve a darse en los nuevos acuerdos de novación; la asimetría en las posiciones prestamista y prestatario, es decir, la superioridad posicional en la que se encuentra la entidad de crédito debido al conocimiento de la materia y a su mayor capacidad o potestad, y el desconocimiento y la falta de fuerza para negociar de los prestatarios; así como la simple observancia de las consecuencias jurídicas y económicas que este tipo de acuerdos extienden para el cliente, reflejan el hecho en sí mismo de la abusividad de estos acuerdos de novación y renuncia, ya que es más que obvio que nadie en su sano juicio si conoce la posibilidad y el derecho a

recuperar lo indebidamente pagado, renunciaría a ello y seguiría pagando, aunque fuese en menor medida.

SÉPTIMA

Esta asimetría posicional y la falta de nitidez informativa, solo podría reconducirse mediante la entrega por parte de la entidad de crédito de una información veraz y muy concreta al prestatario, mediante la cual éste pudiera llegar a comprender correctamente las consecuencias que para él han supuesto anteriormente la aplicación de la cláusula suelo en su contrato de préstamo hipotecario. Actualmente, una gran corriente doctrinal, aboga por la necesidad de entrega a los prestatarios de una representación de la fluctuación del interés, que demuestre al prestatario el interés que se le aplicó a él, y el que estaba vigente y debería habersele aplicado, de manera, que con un simple razonamiento pueda observar la cantidad que ha pagado de más y le corresponde recuperar. Solo con el conocimiento de estos datos, podríamos hablar de una transparencia real, y consecuentemente, de un acuerdo válido por el que se renuncia a la recuperación de las cantidades y se permite seguir aplicándolo en un tipo más bajo.

OCTAVA

Como consecuencia de los acuerdos de novación, en el marco de los artículos 1809 y 1816 CC, las entidades bancarias que promovieron estos acuerdos para con sus clientes, entienden que los prestatarios ahora ya no pueden reclamar lo pactado en ellos. Tras el estudio procesalista de esta alegación, se demuestra categóricamente que dicha afirmación es errónea, pues no se cumple la triple identidad que se requiere en estos casos para que exista el efecto de cosa juzgada, al no ser el “petitum” idéntico, puesto que la nulidad, nunca podría ser lo mismo que la reducción, o en su defecto, la eliminación.

NOVENA

Si a la situación actual en relación a la invalidez y nulidad, se hubiera llegado desde la primera reclamación, evitando el largo y tedioso procedimiento que nos lleva hasta estas fechas, las consecuencias lógicas hubieran supuesto un gran beneficio a todos los niveles. Para el cliente, en su posición de figura más afectada, hubiéramos evitado una gran cantidad de esfuerzo y tiempo, por no hablar, de todos aquellos usuarios que como consecuencia de las trabas de las entidades bancarias y de crédito, renuncian a reclamar

sus cantidades. Para la justicia, hubiéramos evitado un colapso judicial propiciado por la cantidad de reclamaciones sobre la misma cláusula como consecuencia de la evolución lenta. Y a nivel social, se habría conseguido un mayor entendimiento de uno de los mayores conflictos a nivel bancario en España.

DÉCIMA

En la situación actual, se hace evidente que nuestra justicia necesitaría de una regulación específica, a través de la cual, deberíamos lograr completar en esta materia , determinando la invalidez de las cláusulas, de manera que se conseguiría eliminar la mayoría de lagunas legales al respecto, así como obtener una mayor seguridad, protegiendo así a los clientes, puesto que en la relación prestatario - prestamista, son la parte más débil, existiendo entre ellas una enorme asimetría en cuanto posiciones, debido a la fuerza que cada uno tiene y puede ejercer en el contrato.

5. BIBLIOGRAFÍA Y WEBGRAFÍA

ACHÓN BRUÑEN. M^a J., “Efectos de la STJUE de 21 de diciembre de 2016: supuestos en que va a ser posible reclamar todas las cantidades indebidamente pagadas por la aplicación de la cláusula suelo y casos en que no”, en *Diario la ley*, 2017, n^o 8904, ed. Electrónica

ACHÓN BRUÑEN. M^a J., “La retroactividad parcial de la declaración de nulidad de la cláusula suelo: los discutibles argumentos de la STS de 25 de marzo de 2015”, en *Diario la ley*, 2015, n^o 8561, ed. Electrónica.

ALONSO BUZO, R. “Cláusula suelo: análisis del contrato privado con renuncia de acciones firmado entre consumidor y la entidad bancaria” en *Diario la Ley*, comentario 24 de mayo de 2018, ed. Electrónica.

ÁLVAREZ OLALLA, P. “Cláusulas suelo, interés moratorio, vencimiento anticipado e imposición de gastos a consumidor en el préstamo hipotecario” *Revista La Ley mercantil*, 2017, n^o 35, ed. Electrónica.

ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S. “La jurisprudencia del TJUE y la necesaria revisión de la doctrina del TS sobre la cláusula suelo” en *Diario la Ley*, 2017, n^o8915, ed. Electrónica.

CÁMARA LAPUENTE, S. “Doce tesis sobre la STJUE de 21 de diciembre de 2016: su impacto en la jurisprudencia y no sólo sobre la retroactividad de la nulidad de las cláusulas suelo.” En *Indret*, 2017, n^o1/2017, ed. Electrónica.

CASTILLO MARTINEZ.C. de C. “La validez de los acuerdos novatorios sobre cláusulas suelo”. En *Act. Civil*. 2020. N^o10 (octubre).

Curia Europea CONSULTADA ONLINE EL 29 DE OCTUBRE
<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=186483&doclang=ES>,
<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=228363&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=14737024>

DE LA TORRE, J. y DÁVALOS ALARCÓN, V. “Análisis de la STJUE de 9 de julio de 2020 sobre acuerdos de cláusulas suelo”, en *Revista jurídica sobre consumidores 2020*, nº especial septiembre 2020, pág. 35

GARCÍA HERNANDO, J.A. “La asimetría en los acuerdos de novación de las cláusulas suelo”, en *Diario la Ley*, 2020, nº 9731, ed. Electrónica.

GARCÍA HERNANDO, J.A “Los acuerdos de novación, un salvoconducto para cláusulas potencialmente abusivas”, en Blog *Hay Derecho*, 2020, 11 diciembre, ed. Electrónica.

MORENO GARCÍA, L. “Cláusulas suelo y control de transparencia. Tratamiento sustantivo y procesal”. Pág. 49. Madrid. 2015. Consultado online el 11 de octubre de 2020 <https://app.vlex.com/#/search/jurisdiction:ES/luc%C3%ADa+moreno/sources/21748>

NÁJERA PASCUAL, A. “Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2015. Cláusulas suelo: el alcance temporal de los efectos de la nulidad”. Online. Consultado el 28 de octubre de 2020. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/comentarios_sentencias_unificacion_doctrina_civil_y_mercantil/abrir_pdf.php?id=COM-D-2015-19 [Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina Civil y Mercantil Cláusulas suelo: el alcance temporal de los efectos de su nulidad.](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/comentarios_sentencias_unificacion_doctrina_civil_y_mercantil/abrir_pdf.php?id=COM-D-2015-19)

PLAZA PENEDÉS, J. “Del moderno control de transparencia y de la doctrina del Tribunal Supremo sobre la «irretroactividad» de las cláusulas suelo”, en *Diario la Ley*, 2015, nº 8547, ed. Electrónica.

RUÍZ - RICO, M.^a D “Nulidad de pleno derecho, transacción y novación. A propósito de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre validez de acuerdos transaccionales sobre cláusulas nulas” En *Act. Civil*. 2020. Nº12 (diciembre), ed. Electrónica.

SABATER BAYLE, E. “cláusulas suelo nulas y restricciones”, en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 2017, nº3 (marzo), ed. Electrónica.

SANTISO SÁNCHEZ, L. “¿Es posible reclamar si se ha formado con el banco un acuerdo privado sobre cláusulas suelo?”, en *E-Dictvm*, 2018, nº 80, ed. Electrónica.

VELA TORRES, P.J., “Validez de la transacción que rebaja en dos puntos la cláusula suelo a cambio de la renuncia a instar su nulidad”, en *Diario la Ley*, 2018, nº 9227, ed. Electrónica.

YÁÑEZ DE ANDRÉS, A. “Cláusulas suelo. Consumidores somos todos.”, en *Diario la ley*, 2020, nº 9574, ed. Electrónica.

6. LEGISLACIÓN Y RELACIÓN JURISPRUDENCIAL

6.1.- Legislación

Código Civil Español, Boletín Oficial del Estado (BOE) consultado online el 23.11.2020
<https://boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>

Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Online. 19.11.2020
<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-1993-80526>

Ley de Enjuiciamiento Civil, Boletín Oficial del Estado (BOE) consultado online el 23.11.2020 <https://www.boe.es/buscar/pdf/2000/BOE-A-2000-323-consolidado.pdf>

Ley 5/2019, de 15 de marzo, de Contrato de Crédito Inmobiliario, Boletín Oficial de Estado (BOE), consultado online el 25 de octubre de 2020
<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2019-3814>

Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, consultado online el 04.02.2020 <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-20555#a82>

6.2.- Relación jurisprudencial.

1. AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP 115/2017, de 14 de marzo de 2017, Valladolid, Sección 3ª.
- SAP 117/2017, de 14 de marzo de 2017, Valladolid, Sección 3ª.

2. TRIBUNAL SUPREMO

- STS 241/2013, de 9 de mayo de 2013, Pleno, Sala de lo Civil.
- STS 1280/2015, de 25 de marzo de 2015, Pleno, Sala de lo Civil.
- STS 740/2017, de 24 de febrero de 2017, Pleno, Sala de lo Civil.
- STS 240/2017, de 20 de abril de 2017, Pleno, Sala de lo Civil.
- STS 558/2017, de 16 de octubre de 2017, Pleno, Sala de lo Civil.
- STS 205/2018, de 11 de abril de 2018, Pleno, Sala de lo Civil.
- STS 489/ 2019, de 13 de septiembre de 2018, Pleno, Sala de lo Civil.

3. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

- STJUE, de 21 de diciembre de 2016, (C-154/15, C-307/15 y C-308/15,)
- STJUE de 9 de julio de 2020, (C-452/18)