



icava

Ilustre Colegio de
Abogados de Valladolid



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho
MÁSTER EN ABOGACÍA
Trabajo de Fin de Máster

**Acuerdos novatorios y renuncia al
ejercicio de acciones judiciales en
materia de cláusulas suelo: STJUE
9 de julio de 2020**

Presentado por:

D. Saúl Núñez Amado

Tutelado por:

Dr. Dámaso Francisco Javier Vicente Blanco

Valladolid, diciembre de 2020

ÍNDICE

1. RESUMEN	3
2. ANTECEDENTES DE HECHO.....	4
2.1. CUESTIONES PREJUDICIALES.....	6
3. ANTECEDENTES DE DERECHO.....	8
3.1. DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA	8
3.2. DERECHO ESPAÑOL.....	10
4. LITIGIO PRINCIPAL Y RESOLUCIÓN DE CUESTIONES PREJUDICIALES	12
4.1. PRIMERA CUESTIÓN PREJUDICIAL.....	13
4.2. SEGUNDA CUESTIÓN PREJUDICIAL	14
4.3. CUARTA CUESTIÓN PREJUDICIAL	15
4.4. TERCERA Y QUINTA CUESTIÓN PREJUDICIAL.....	17
5. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 5 DE NOVIEMBRE DE 2020 .	20
6. REAL DECRETO LEY 1/2017, DE 20 DE ENERO, DE MEDIDAS URGENTES DE PROTECCIÓN DE CONSUMIDORES EN MATERIA DE CLÁSULAS SUELO	23
7. CONCLUSIONES	25
8. BIBLIOGRAFÍA Y JURISPRUDENCIA.....	27
9. LEGISLACIÓN.....	28

1. RESUMEN

El supuesto que vamos a analizar y emitir el presente informe versa sobre la nueva sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), de 9 de julio de 2020, con motivo de las cuestiones prejudiciales planteadas por un Juzgado de Primera Instancia español dadas las dudas razonables por el juzgador nacional a la hora de emitir un juicio y posterior pronunciamiento. Dicha petición prejudicial mantiene una clara finalidad: interpretar los artículos 3 a 6 de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, especialmente por lo que respecta a aquellas modificaciones de cláusulas insertas en préstamos originarios que podrían ser tachadas de abusivas en vía judicial –acuerdos novatorios–, así como aquellos pactos relacionados a la renuncia al ejercicio de acciones judiciales en materia de cláusulas suelo.

La jurisprudencia ha avanzado en estos meses y el Tribunal Supremo también ha modificado su doctrina para adaptarla a las nuevas exigencias de Europa, por lo que también será objeto del presente informe dicha resolución; así como el análisis de las cuestiones que no se previeron en el Real Decreto 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección a consumidores en materia de cláusulas suelo.

2. ANTECEDENTES DE HECHO

En el presente dictamen jurídico un cliente, cuyo nombre será XZ, considerado consumidor a luz del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante LGDCU), trata de hacer valer sus derechos y conseguir sus pretensiones ante el TJUE, puesto que en 2011 adquirió del promotor una finca por el precio de 148.813,04€, subrogándose, al mismo tiempo, en la posición deudora que ostentaba el promotor con la entidad Caja de Ahorros de la Inmaculada de Aragón (posteriormente Ibercaja Banco) a través de un préstamo hipotecario, por el cual, el Señor XZ aceptaba la totalidad de pactos y condiciones referidas al citado préstamo, el cual contenía con una cláusula suelo del 3,25% anual.

Posteriormente, en 2014 se produce un contrato de novación, pactando una nueva cláusula suelo, pero esta vez al 2,35% anual y añadiendo una cláusula redactada de puño y letra del consumidor ratificando la validez de las nuevas condiciones y renunciando expresamente a ejercitar en un futuro cualquier acción judicial frente a la entidad bancaria.

El litigio se desarrolla en el marco de que dicho consumidor decide acudir a la vía judicial para resarcir sus intereses por los efectos provocados por la cláusula suelo y las cantidades abonadas de más y el conflicto que se produce por haber formalizado un acuerdo de novación y de renuncia al ejercicio de las pertinentes acciones judiciales en materia de cláusulas suelo.

Sabemos que las cláusulas suelo pueden definirse como unas limitaciones que no permiten fluctuar a los intereses más de lo estipulado en el contrato de préstamo, independientemente de que el punto de referencia, que por lo general es el EURIBOR, bajará aún más que el límite “suelo”. Es decir, son estipulaciones que, en función de las fluctuaciones del tipo de interés, este queda limitado sin poder ser inferior a lo establecido en ese tope mínimo, provocando una clara desventaja al prestatario en los supuestos donde las oscilaciones del interés sean a la baja¹.

Partiendo de esa base, la jurisprudencia se ha pronunciado sobre el carácter abusivo de dichas cláusulas y, en consecuencia, sobre su nulidad en repetidas ocasiones. La primera fue la sentencia del Tribunal Supremo (TS), de 9 de mayo de 2013, quien afirma que las

¹ MORENO GARCÍA, LUCÍA; “Cláusulas suelo y control de transparencia. Tratamiento sustantivo y procesal”; Madrid, 2015, Marcial Pons; pág 49.

cláusulas sí que superan el control pertinente de transparencia, pero no el control debido de claridad en los préstamos suscritos con consumidores, concluyendo² que la información no se presenta de una manera suficientemente clara para entender que se trata de un elemento definitorio del objeto principal; que las cláusulas suelo se encuentran de forma conjunta con las otras cláusulas y no existe una información clara y comprensible de manera previa que permita su conocimiento por parte del consumidor; en suma que las cláusulas se encuentran entre “una abrumadora cantidad de datos”, donde quedan camufladas y lejos de la atención del propio consumidor.

De dicha Resolución conviene tener en cuenta para el desarrollo del presente caso el análisis que realiza para contemplar los requisitos del carácter abusivo de las mencionadas cláusulas³, como su carácter de predisposición, es decir, condiciones generales predisuestas y no negociadas individualmente, contrarias a la buena fe y que causan un desequilibrio en perjuicio del consumidor. De esta forma, se pone de manifiesto el concepto de cláusula abusiva que ya se dotó en la LGDCU en su art. 82.1⁴. No obstante, los efectos de dicho pronunciamiento serían retroactivos, por lo que surtirían efectos a partir de la fecha de la resolución.

La sentencia del TJUE, de 21 de diciembre de 2016, hizo cambiar la jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal en favor de la retroactividad, puesto que la limitación de los efectos restitutorios equivalía a privar de una restitución total a aquel consumidor que haya celebrado el contrato con anterioridad a la fecha de publicación de la resolución de 2013, algo que hacía que la protección se caracterizara por ser “incompleta e insuficiente y no un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de dicha cláusula”⁵, siendo contrario a lo prefijado en el art. 7.1 de la Directiva.

²STS 241/2013, nº 225

³STS 241/2013, nº 233

⁴Art. 82.1 LGDCU. Concepto de cláusulas abusivas: *“Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato”*.

⁵ STJUE, 21 diciembre 2013, considerando 73

2.1. CUESTIONES PREJUDICIALES

Con estas premisas y contextualizadas las cláusulas suelo en nuestro ordenamiento jurídico comunitario y nacional, me dispongo a ir desgranando, hasta llegar a las conclusiones, la sentencia del TJUE de 9 de julio de 2020 en materia de los acuerdos novatorios y las renunciaciones expresas a ejercitar derechos en la vía judicial.

El Juzgado de Primera Instancia español suspendió el procedimiento para plantear las siguientes cuestiones prejudiciales⁶:

- Si el principio contenido en el art. 6 de la Directiva 93/13 de no vinculación de las cláusulas consideradas como nulas debe, también, extenderse a los actos y negocios realizados con posterioridad sobre dichas cláusulas, tal y como se dispone en el contrato de novación. Dicha cuestión se plantea a la luz de que la nulidad radical lleva aparejada la característica de que dicha cláusula nunca existió, por lo que en la novación, sus consecuencias también desaparecen y se tienen por inexistentes sin efectos.

Es decir, surge la duda sobre si la no vinculación de las cláusulas nulas despliega también su eficacia a los contratos posteriores provocados por la novación, dado que uno de los efectos de la nulidad es la característica retroactiva de inexistencia y efecto no provocado.

- Si los documentos que modifican los originarios (contratos de novación) están afectados por las mismas causas de nulidad que afectan a los primitivos, dado que éstos no han superado los controles de transparencia pertinentes a efectos de lo expresado en el art. 3 de la Directiva 93/13.
- Si la renuncia a ejercitar las acciones judiciales establecidas en la novación debe considerarse nula, dado que el cliente no estaba informado de que dicho préstamo contemplaba una cláusula suelo y, por ende, nula. Es decir, el cliente había firmado una renuncia a ejercer acciones judiciales contra el banco sin que éste le haya informado previamente a qué está renunciando y a qué cantidad de dinero renuncia.

⁶ STJUE, 9 de julio de 2020, asunto C-452/18. N.º 20

- Si la nueva cláusula suelo incluida en la novación también presenta una falta de transparencia, por incumplir el banco sus deberes de información y transparencia para con el cliente. Es decir, si la entidad bancaria debería haber cumplido con los controles de transparencia mencionados en los arts. 3.1 y 4.2 de la Directiva 93/13, así como haber informado sobre el importe perdido por el consumidor en virtud de la aplicación de la cláusula suelo, y por todo ello es causa de nulidad.
- Si la renuncia a reclamar judicialmente la devolución de las cantidades abonadas de más es una cláusula abusiva de las contenidas en el anexo de condiciones generales de la contratación de la Directiva; en concreto la letra q).

3. ANTECEDENTES DE DERECHO

3.1. DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

Es importante reseñar cuáles son los antecedentes de derecho en el marco de la sentencia del TJUE, de 9 de julio de 2020, para poder esclarecer y ofrecer una posible solución a las pretensiones del cliente, quien pactó un contrato de novación y la renuncia a el ejercicio de acciones judiciales a la hora de reclamar las cláusulas suelo.

En lo que respecta al Derecho Comunitario debemos explicar, principalmente, los artículos 3 a 6 de la Directiva 93/13/CEE. El art. 3 expresa que son abusivas las cláusulas no negociadas individualmente, es decir, las que tienen las características de “generalidad”, puesto que se tratan de imponer en los contratos de préstamos hipotecarios indiscriminadamente, sin haber sido objeto de discusión entre consumidor y entidad bancaria, provocando, por ello, un claro desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes. Para considerar una cláusula no negociada individualmente y, por ende, abusiva, deben concurrir dos matices: por un lado que su redacción se haya llevado a cabo previamente a la incorporación al contrato y, por otro lado, que el consumidor no haya podido influir de manera alguna en su contenido. Es más, aunque se hayan negociado individualmente alguno de los extremos del contrato, no es óbice para excluir la consideración del carácter abusivo del presente artículo⁷.

En la Directiva se adjunta un Anexo de cláusulas que pueden ser declaradas como abusivas, entre ellas la letra q)⁸ –que más adelante será objeto de estudio y análisis–.

Un matiz interesante a la hora de que el cliente interponga la demanda correspondiente para ver resarcidos sus derechos, es que se deben tener en cuenta la

⁷ Art. 3. Directiva 93/13/CEE: “1. 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. 2. Se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación del presente artículo al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata, no obstante, de un contrato de adhesión. El profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba. 3. El Anexo de la presente Directiva contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas”.

⁸Anexo. Directiva 93/13/CEE. Letra q): “suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor, en particular obligándole a dirigirse exclusivamente a una jurisdicción de arbitraje no cubierta por las disposiciones jurídicas, limitándole indebidamente los medios de prueba a su disposición o imponiéndole una carga de la prueba que, conforme a la legislación aplicable, debería corresponder a otra parte contratante”.

naturaleza de los bienes y servicios objetos del contrato a la luz del art. 4 de la Directiva 93/13, pues se deben considerar las circunstancias en el momento de la celebración, y no en momentos posteriores como puede ser a la hora de iniciar un procedimiento judicial. Es más, es en este artículo donde se hace mención expresa a las connotaciones de claridad y comprensibilidad para destruir el carácter abusivo de una cláusula⁹.

Estas notas de claridad y comprensibilidad se hacen plenas en el art. 5 de la mencionada Norma Comunitaria, que, salvando las distancias y con una forzada analogía al Derecho Penal, encarna el principio consagrado de *in dubio pro reo*¹⁰ al manifestar que en caso de duda interpretativa prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor¹¹.

Por finalizar con los artículos objeto de las cuestiones prejudiciales, es interesante destacar la imperatividad de la Directiva para con los Estados miembros al obligarles a establecer mecanismos para que dentro de su Ordenamiento las cláusulas abusivas no vinculen al consumidor¹². De hecho, y de gran interés para el asunto que estamos tratando, los consumidores no pueden verse privados de la protección de la que gozan a través de esta Directiva y, por ello, deben emprender las medidas necesarias a este respecto, siempre teniendo presente la salvaguarda de los derechos del consumidor. Es más, el art. 8 de la

⁹Art. 4. Directiva 93/13/CEE: “1. Sin perjuicio del artículo 7, el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa. 2. La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible”.

¹⁰Expresión latina que significa: “en caso de duda, a favor del reo”. Gayo. Digesto.

¹¹Art. 5. Directiva 93/13/CEE: “En los casos de contratos en que todas las cláusulas propuestas al consumidor o algunas de ellas consten por escrito, estas cláusulas deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensible. En caso de duda sobre el sentido de una cláusula, prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor. Esta norma de interpretación no será aplicable en el marco de los procedimientos que establece el apartado 2 del artículo 7 de la presente Directiva”.

¹² Art. 6. Directiva 93/13/CEE: “1. Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas. 2. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que el consumidor no se vea privado de la protección que ofrece la presente Directiva por el hecho de haber elegido el derecho de un Estado tercero como derecho aplicable al contrato cuando el contrato mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro de la Comunidad”.

Directiva 93/13 faculta a los Estados para que regulen de manera más estricta estos extremos y, así, poder ofrecer un nivel superior de garantía y protección a los usuarios¹³.

3.2. DERECHO ESPAÑOL

En materia de cláusulas suelo y relaciones entre consumidores y bancos, el texto normativo por excelencia es el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante LGDCU), el cual agrupa el contenido de la Directiva 93/13/CEE, incorporada a nuestro Ordenamiento en virtud de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación.

La citada LGDCU encarna, entre otros, dos derechos para con los consumidores, en concreto: el derecho a “la información correcta sobre los diferentes bienes o servicios y la educación y divulgación para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo o disfrute”¹⁴, así como el derecho a “la protección de sus derechos mediante procedimientos eficaces, en especial ante situaciones de inferioridad, subordinación e indefensión”¹⁵.

Partiendo de esta base, todo el asunto se desarrolla sobre la si la información que ha recibido previamente el consumidor a la firma del préstamo era la debida o no, y sobre la renuncia a ejercer sus derechos a través de los procedimientos pertinentes.

El art. 10 de la LGDCU es claro al establecer como nula la renuncia previa a los derechos que concede el cuerpo normativo para con los consumidores¹⁶, es decir, manifiesta la irrenunciabilidad de los derechos reconocidos al consumidor y usuario.

El propio texto refundido entiende por nulas de pleno derecho y no puestas aquellas cláusulas que se consideren abusivas, algo que refleja en su art. 83¹⁷.

¹³ Art. 8. Directiva 93/13/CEE: “Los Estados miembros podrán adoptar o mantener en el ámbito regulado por la presente Directiva, disposiciones más estrictas que sean compatibles con el Tratado, con el fin de garantizar al consumidor un mayor nivel de protección”.

¹⁴ Art. 8. D). LGDCU

¹⁵ Art. 8. F). LGDCU

¹⁶ Art. 10. LGDCU: “La renuncia previa a los derechos que esta norma reconoce a los consumidores y usuarios es nula, siendo, asimismo, nulos los actos realizados en fraude de ley de conformidad con lo previsto en el artículo 6 del Código Civil”.

¹⁷ Art. 83. LGDCU: “Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda

No obstante, como también estamos ante un caso de novación del contrato, donde se intenta averiguar si la nulidad de las cláusulas del contrato originario extienden o no su eficacia sobre sus modificaciones en los contrato de novación, el Código Civil es punto de referencia al establecer en su art. 1208 la nulidad de las novaciones si así lo han sido las obligaciones originarias: “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”.

subsistir sin dichas cláusulas. Las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho”.

4. LITIGIO PRINCIPAL Y RESOLUCIÓN DE CUESTIONES PREJUDICIALES

¿Qué ocurre en la situación actual? El cliente Sr. XZ había aceptado todos los derechos y obligaciones, así como pactos y condiciones, al subrogarse en la posición deudora del promotor de la vivienda que adquirió y para la que firmó contrato de préstamo en el año 2011. Dicho préstamo contenía una cláusula suelo del 3,25% anual y una techo del 9,75%. No obstante, en 2014 el contrato fue modificado quedando reducida la cláusula suelo al 2,35%. En dicho contrato se estipulaba el siguiente pacto: ambas partes otorgaban validez a las nuevas condiciones y, por ello, renunciaban expresa y mutuamente a ejercitar cualquier acción frente a la otra a raíz de dicha formalización. Para más seguridad, el banco hizo firmar al Sr. XZ, de su puño y letra, que era consciente y entendía que existía esta cláusula suelo. En mi opinión, estos pactos ológrafos se sucedían sin ningún tipo de información, basándose en la tradicional confianza depositada entre cliente y trabajador del banco, pero sin ningún tipo de raciocinio por parte del consumidor y a sabiendas, el banco, de su mala praxis y omisión del deber de informar. Por lo tanto, en la pertinente demanda se debe conseguir que dichos pactos y acuerdos novatorios, así como de renunciar al ejercicio de acciones judiciales, nunca fueron consentidos, se acometieron sin plena capacidad para entender lo que estaban realizando, y fueron una consecución de hechos automáticos basados en la buena fe y confianza cliente-banco.

El litigio se produce cuando el Sr. XZ decide acudir a la vía judicial para satisfacer sus intereses e interpone demanda ante el Juzgado de Primera Instancia, quien ahora remite las cuestiones prejudiciales que estamos analizando al TJUE, para solicitar la nulidad, por su carácter abusivo, de la cláusula suelo nueva.

Llegados a este punto, interesa mencionar que en 2013, en concreto en Sentencia del Tribunal Supremo 241/2013 fue cuando comenzó a resonar el término cláusula suelo, puesto declaró la nulidad de las mismas si no cumplían con los pertinentes requisitos de transparencia y claridad. Fue en este momento cuando Ibercaja Banco comenzó con sus nuevas políticas de renegociación de dicho clausulado, con muy poco acierto y ante una clara abusividad por parte de su posición contra los derechos y equilibrio de consumidores y usuarios, bajo mi punto de vista.

4.1. PRIMERA CUESTIÓN PREJUDICIAL

Sobre la primera cuestión prejudicial, interesa conocer el contenido del art. 6.1, de la Directiva 93/13/CEE, para poder analizar si dicho contenido es declarado abusivo, también extiende sus efectos sobre la novación. “Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas”. A este respecto, es abundante la jurisprudencia que se manifiesta¹⁸.

Bien es cierto que una cláusula que es declarada abusiva no tiene efectos y se debe entender por no puesta¹⁹. Por ello cabe entenderse que es el juez nacional quien no debe aplicar dicho clausulado para que no se produzcan los efectos, presentes y futuros, a no ser que exista pacto en contrario del consumidor oponiéndose a dicha abstención de aplicación²⁰. El juez del país sí que debe tener en cuenta la voluntad que presenta el consumidor al manifestar que, a sabiendas de que las cláusulas abusivas no son vinculantes, no presenta reparo a su inclusión y, en consecuencia, presta libremente su consentimiento y declara que ha sido informado de que dicho contrato de préstamo incluye una cláusula abusiva como es la cláusula suelo²¹. De hecho, sabemos por múltiples sentencias del TJUE que la protección efectiva de consumidores y usuarios es un derecho que encarna, también, la potestad de renunciar a hacer valer sus derechos. En base a esta cuestión, si el consumidor prefiere no valerse de este medio protector, dicho sistema no se aplicará²².

Por ende, si un consumidor celebra un contrato de novación donde se incluye una cláusula abusiva, como es la suelo, y éste lo consiente y declara que está informado de que dicho préstamo contiene esas notas de abusividad, como es el caso actual, podríamos

¹⁸ Sentencia de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, EU:C:2016:980, apartado 53.

¹⁹ sentencia de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, EU:C:2016:980, apartado 61)

²⁰ sentencia de 26 de marzo de 2019, Abanca Corporación Bancaria y Bankia, C-70/17 y C-179/17, EU:C:2019:250, apartado 52

²¹ véase, en este sentido, la sentencia de 14 de abril de 2016, Sales Sinués y Drame Ba, C-381/14 y C-385/14, EU:C:2016:252, apartado 25

²² sentencia de 3 de octubre de 2019, Dziubak, C-260/18, EU:C:2019:819, apartado 54)

preguntarnos que dónde radica el problema que ha desencadenado el litigio. Es el juez nacional quien debe vigilar cómo se presta esa voluntad por parte del consumidor²³, dado que si es consciente del carácter no vinculante de la cláusula abusiva y, en suma, otorga informada y libremente su consentimiento, dicha cláusula debe extender todos sus plenos efectos. No obstante, y es aquí donde se encuentra todo el fondo del asunto, la renuncia del consumidor a hacer valer la nulidad del clausulado abusivo debe ser tenida en cuenta si en el momento preciso de la renuncia el consumidor era consciente de esta nota característica de no vinculación y de sus consecuencias. Todo ello debe interpretarse a la luz del art. 3 de la Directiva 93/13/CEE en base a que la procedencia de dicho consentimiento deviene de una voluntad formada libremente, tras haber sido debidamente informado.

Por todo lo expuesto, el TJUE concluye que siempre que la renuncia a los efectos de una cláusula abusiva de un contrato originario, que también es objeto de las modificaciones que se produzcan en una novación, donde el consumidor renuncia a los efectos derivados de la declaración de abusividad, debe entenderse que el mencionado art. 6.1. de la Directiva no se opone, siempre y cuando esa renuncia sea consecuencia de un consentimiento libre e informado, cuestiones que competen al juez nacional.

4.2. SEGUNDA CUESTIÓN PREJUDICIAL

En dicha cuestión el juzgado español pregunta al Tribunal Europeo sobre la extensión de dicho carácter abusivo sobre los contratos de novación, es decir, si los contratos que se han realizado para modificar una cláusula supuestamente abusiva de uno anterior, también ésta debe ser declarada abusiva en la modificación al no haberse respetado el carácter de negociada individualmente. Y todo ello bajo las manifestaciones del art. 3.1. y 3.2. de la Directiva 93/13/CEE, es decir, que el control de abusividad se lleva cabo sobre las cláusulas que no han sido negociadas de manera individual, considerando éstas como aquellas redactadas para su uso generalizado²⁴, donde el profesional, en este caso la entidad bancaria, ha establecido su contenido previamente y donde el consumidor no ha tenido ninguna capacidad de influencia en su contenido.

²³ sentencia de 21 de febrero de 2013, Banif Plus Bank, C-472/11, EU:C:2013:88, apartado 35

²⁴sentencia de 15 de enero de 2015, Šiba, C-537/13, EU:C:2015:14, apartado 31

En este sentido, el TJUE entiende que los mismos requisitos deben imperar también en aquel clausulado que modifica la cláusula abusiva originaria. En mi opinión acierta el Tribunal al considerar que los requisitos de transparencia deben darse tanto en la cláusula originaria como en las modificaciones plasmadas en el posterior contrato de novación. Dichas cuestiones deben ser apreciadas por el juzgador nacional, considerando si el consumidor ha tenido algún tipo de capacidad para influir previamente en el contenido de la cláusula en base al art. 3.2. de la Directiva 93/13/CEE.

Se aprecia un claro indicio en que la modificación llevada cabo de la cláusula suelo en la novación del préstamo responde a la política general impuesta por Ibercaja en esos años fruto de la declaración de la Sentencia 241/2013, del Tribunal Supremo, de 9 de mayo de 2013, por lo que el cliente Sr. XZ no pudo influir en su contenido. En suma, conocemos por el juzgador de primera instancia que el banco no puso a disposición del cliente copia del contrato ni antes, para poder estudiar sus consecuencias, ni posteriormente.

No obstante, la inclusión de puño y letra donde Sr. XZ afirmaba que comprendía el mecanismo de este tipo de cláusula suelo, no es condición indispensable para concluir que esa cláusula fue redacta de manera individual, debiendo considerar que su carácter es generalizado y su contenido se ha preredactado para la generalidad de préstamos hipotecarios.

Se puede concluir a la luz de los razonamientos expresados por el TJUE sobre esta segunda cuestión que la cláusula incorporada en la novación es consecuencia de la modificación de otra potencialmente abusiva contenida en el contrato original, por lo que no ha sido negociada individualmente y debe ser considerada abusiva.

4.3. CUARTA CUESTIÓN PREJUDICIAL

Por una cuestión práctica y de mejor análisis, se va a proceder a explicar la opinión del TJUE respecto de esta cuarta cuestión, para finalmente exponer, de manera conjunta, la terca y quinta cuestiones.

La duda surge sobre si el profesional debe facilitar y poner a disposición del consumidor toda la información necesaria para que éste comprenda y asimile las consecuencias económicas de cómo funciona una cláusula suelo –cuestión ya explicada el inicio de este informe–.

Conocemos por el art. 3.1. de la Directiva 93/13/CEE que todas aquellas cláusulas no negociadas individualmente son abusivas si son contrarias a la buena fe, producen un detrimento en el consumidor y un desequilibrio de derechos y obligaciones entre ambas partes. Es más, dichas cláusulas deben ser redactadas de una forma clara y comprensible, tal y como dispone el art. 5 de la cita norma comunitaria. Esta transparencia que se predica de los mencionados artículos no debe contemplarse solo en el plano formal o gramatical. La jurisprudencia más reciente, así como la legislación comunitaria actual, aclaran que el consumidor se encuentra en inferioridad de condiciones a la hora de celebrar un contrato con un profesional, en concreto a lo relativo al nivel de información, por lo que el sistema de protección otorgado por la Directiva debe interpretarse de forma extensiva²⁵.

La exposición transparente del mecanismo de las cláusulas debe ir acompañada de la redacción clara y comprensible, pues, de esta manera, el consumidor podrá valorar las consecuencias económicas y aumentar su nivel de información²⁶.

No obstante, el TJUE entiende que quien debe apreciar estas consideraciones es el juez nacional, en concreto:

- Las circunstancias y el momento de celebración del préstamo, ya que el carácter abusivo de una cláusula debe tenerse en cuenta en el momento de celebración del contrato, puesto que el desequilibrio que puede originar únicamente puede manifestarse en dicho momento, y no anterior ni posteriormente²⁷. Por lo que las exigencias de los arts. 4.2 y 5 de la Directiva deben ser tomadas en consideración en el momento de celebración.
- La verificación de la comunicación para con el consumidor de todos los extremos del contrato, pudiendo así, éste, evaluar y valorar el coste del préstamo. En este tipo de préstamos donde los intereses son variables y fluctúan en función del índice de referencia, no solo el consumidor debe disponer de dicha información, sino que debe situarse en condiciones de

²⁵ sentencia de 3 de marzo de 2020, Gómez del Moral Guasch, C-125/18, EU:C:2020:138, apartado 50

²⁶ sentencia de 20 de septiembre de 2017, Andriuc y otros, C-186/16, EU:C:2017:703, apartado 45

²⁷ sentencia de 20 de septiembre de 2017, Andriuc y otros, C-186/16, EU:C:2017:703, apartado 54

comprenderlo²⁸. No obstante, hay que ser conscientes de que el profesional tampoco está en condiciones de precisar el impacto exacto de las consecuencias de la cláusula suelo dado el tipo de interés y su carácter variable.

Teniendo en cuenta estas consideraciones, es de suma importancia que el usuario disponga de la información sobre las condiciones, clausulado y consecuencia previamente a la celebración del negocio jurídico. De esta manera, será él, bajo su criterio, quien decidirá si queda o no vinculado²⁹.

En suma, el TJUE ya declaró que suministrar información sobre la evolución pasada del índice de referencia en el que se basan los intereses es un “elemento especialmente pertinente”³⁰ y, por ende, si el consumidor dispone de dicha información puede situarse en condiciones de tomar una decisión en conciencia, ya que si conoce las fluctuaciones pasadas pueden comprender si se beneficiará o no de este tipo de clausulado suelo. Además, las cantidades económicas a las que renunciaría el consumidor en virtud de aplicación a una cláusula suelo pueden ser de cálculo relativamente sencillo, siempre que, a juicio del TJUE, esté debidamente informado y sea razonablemente perspicaz y siempre que el profesional de la entidad bancaria haya puesto a su disposición los datos que son realmente necesarios.

Por todo ello, los deberes de transparencia consagrados en los arts. 3.1., 4.2 y 5 de la Directiva de la UE deben interpretarse, en este caso situando al consumidor en las condiciones propicias para comprender las consecuencias de la inclusión de una cláusula suelo, poniendo a su disposición toda la información relativa a la evolución pasada que ha venido manteniendo el índice de referencia sobre el que se calculan los tipos de interés, el cual suele ser el EURÍBOR.

4.4. TERCERA Y QUINTA CUESTIÓN PREJUDICIAL

El Juzgador entiende que se deben analizar dichas cuestiones de manera conjuntas, donde se intenta esclarecer el concepto de abusividad en torno al art. 3.1. y el art. 5.1. en relación con el punto 1.q del anexo.

²⁸ sentencia de 5 de junio de 2019, GT, C-38/17, EU:C:2019:461, apartado 33

²⁹ (sentencia de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, EU:C:2016:980, apartado 50 y jurisprudencia citada

³⁰ sentencia de 3 de marzo de 2020, Gómez del Moral Guasch, C-125/18, EU

Es decir, la renuncia mutua a llevar a cabo el ejercicio de acciones judiciales frente a los tribunales para hacer valer sus pretensiones sobre la cláusula inicial que se modifica en la novación, como la propia cláusula novatoria.

El cliente Sr. XZ pactó con la entidad bancaria, además de la aminoración sobre el tipo límite de la cláusula suelo, una renuncia manifiesta a ejercitar acciones judiciales, tanto del contrato original como del modificado en virtud de novación. Es el juez nacional quien debe declarar su carácter abusivo dado que estamos ante un contrato entre un profesional y un consumidor, de acuerdo al art. 3 de la Directiva 93/13/CEE, puesto que la cláusula no cumplía con los requisitos de negociación individualizada, rompiendo los límites del art. 4.2. En este caso, el desequilibrio que se presenta para con el consumidor en relación a sus derechos y obligaciones respecto de la otra parte, pone de manifiesto su carácter abusivo³¹.

En relación con el anexo de la Directiva, se debe entender como una lista a modo indicativo, y no exhaustivo, de lo que puede declararse abusivo. Por ello, el punto 1 letra q), entiende que sí se debe interpretar de ese modo aquel clausulado cuyo fin sea el de “suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales por parte del consumidor”. Es decir, el hecho de renunciar expresamente no es obstáculo para que se declare su carácter abusivo.

El Sr. XZ pactó renunciar a conseguir sus pretensiones en vía judicial, algo a lo que no muestra impedimento como tal la Directiva, siempre y cuando ese acuerdo se la consecuencia de un consentimiento libre e informado. Por ello, y siguiendo las conclusiones del Abogado General, se debe distinguir el concepto de renuncia al ejercicio de estas acciones cuando el fin es solucionar un litigio entre profesional y consumidor, del concepto de renuncia previa a dicho ejercicio, puesto que los usuarios y consumidores no pueden comprometerse a la renuncia futura de su derecho de tutela judicial efectiva ni a la renuncia de los derechos otorgados en virtud de la Norma Comunitaria, precisamente porque no puede comprender sus consecuencias al adherirse a este tipo de pactos. Entender que el consumidor puede renunciar previamente a esos derechos conferidos dentro del sistema europeo de protección es contrario al Derecho de la Unión, poniendo en peligro dichos protocolos de garantía y salvaguarda.

El cliente XZ no consiguió toda la información suficiente para apreciar su carácter abusivo, tanto de la cláusula suelo como de las cantidades de que le deberían reembolsar,

³¹ sentencia de 7 de agosto de 2018, Banco Santander y Escobedo Cortés, C-96/16 y C-94/17, EU:C:2018:643, apartado 66

así como de las consecuencias directas e indirectas de acordar la renuncia al ejercicio de acciones judiciales futuras para hacer valer sus derechos. Estas circunstancias se deben apreciar en el momento de celebración del acto, que es donde realmente se pone de manifiesto el desequilibrio existente entre las partes. De esta manera, es el juzgado nacional quien debe atender a las circunstancias momentáneas a la hora de ratificar el contrato. El contrato con Ibercaja se celebró en marzo de 2014; ya en mayo de 2013 el TS declaró que las cláusulas suelo no cumplían con los principios de claridad y transparencia, por lo que debían entenderse como abusivas, entendiendo que la nulidad solo era con efectos irretroactivos. No obstante, en diciembre de 2016 el TJUE entendió que dichos efectos eran retroactivos³².

Por todo ello, las cuestiones prejudiciales tercera y quinta deben entenderse, a la luz del art. 3.1, en relación con la letra q) del anexo, así como el art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE, que es abusiva la renuncia al ejercicio de acciones judiciales por parte de un consumidor en el contrato formalizado con el profesional, puesto que el consumidor no cuenta previamente con la información necesaria para comprender las consecuencias derivadas de dicha cláusula pactando tales condiciones y, por ende, no vincula al consumidor.

³²Gutiérrez Naranjo y otros (C-154/15, C-307/15 y C-308/15, EU:C:2016:980)

5. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 5 DE NOVIEMBRE DE 2020

Recientemente el Tribunal Supremo ha dictado sentencia nº 580/2020 resolviendo Recurso de Casación sobre la validez de un documento en el que se contiene una reducción de la cláusula suelo con la contrapartida de renunciar al ejercicio de acciones por parte del consumidor, todo ello en referencia y acorde a la STJUE de 9 de julio de 2020.

Dicha sentencia se debe tener en cuenta a la hora de demandar a las entidades bancarias en España por realizar estas prácticas puesto que arroja el punto de vista del juzgador español respecto a estas cuestiones y que, posiblemente, será objeto de legislación en breves fechas.

Estamos ante una situación similar donde unos consumidores con préstamo hipotecario con cláusula suelo pactan su reducción del tipo mínimo aplicable de interés del 3,25% al 2,25%, es decir de un punto porcentual; así como la renuncia expresa y mutuamente con el profesional a ejercitar cualquier acción judicial que traiga causa de la celebración del contrato su clausulado. Los consumidores lo reconocieron, y así lo transcribieron a mano asegurando que eran conscientes y entendía que el tipo de interés de su préstamo contenía una cláusula suelo que nunca bajaría del 2,25% nominal anual.

A pesar de ello, decidieron conseguir la nulidad de dichas cláusulas en vía judicial. En este sentido el TS entiende que la cláusula potencialmente nula puede ser modificada, siempre y cuando se realice a negociada individualmente y no haya sido predis puesta por el banco sin cumplir con los requisitos imperantes de transparencia.

En este caso, como en el analizado con el cliente Sr. XZ en el TJUE, estamos ante cláusulas predis puestas, pero el Alto Tribunal, ahora, toma en cuenta el contexto en el que se realizan dichas modificaciones, produciéndose la novación del préstamo en el marco de la publicación de la sentencia de pleno nº 241/2013, de 9 de mayo, momento en el que ya existía por parte de la sociedad un conocimiento generalizado de la posible nulidad de estas cláusulas suelo. En suma, se considera que el hecho de que exista un compromiso escrito de que se conocía el contenido de estas cláusulas por parte del consumidor ya era un indicio de que se podría llegar a apreciar su transparencia. No obstante, no es menos cierto que dichas notas manuscritas no es elemento decisivo para considerar que hubiera habido negociación, puesto que el requisito base de la transparencia es que el consumidor prestatario esté en condiciones de conocer las consecuencias económicas que se derivan de celebrar una novación de tales características, como es la reducción de una cláusula suelo.

La Sala Civil del Tribunal Supremo entiende en el caso examinado que sí que se cumplía la exigencia de información, puesto que el consumidor tenía conocimiento a través de la cuota periódica que venía pagando y en la que se refleja la evolución del índice; así como por el propio documento que hace referencia al valor del índice en el momento de celebración del acuerdo; incluso por la oficial publicación y frecuente de estos índices de referencia por el Banco de España.

De este modo, los consumidores conocían de la existencia de la cláusula suelo y que era potencialmente nula por la falta de transparencia. El criterio de transparencia sí que se cumplía en este caso por los motivos alegados anteriormente, acordando el TS que sí que se cumplía con las exigencias de transparencia.

Una cuestión diferente es la renuncia al ejercicio de acciones judiciales, puesto que dicha cláusula abarca a cuestiones ajenas a la controversia que subyace en el acuerdo transaccional, de ahí que no pueda admitirse su validez.

La validez de este tipo de pactos de renuncia radica en que no se refiere a controversias futuras y su inclusión haya sido negociada individualmente y aceptada libremente por el consumidor; de lo contrario, la parte contratante no dispone de la suficiente información como para comprender las consecuencias jurídicas y económicas que se derivan de dicha renuncia.

Por todo ello sabemos, en consonancia con la jurisprudencia expresada en STJUE de 9 de julio de 2020 que el consumidor debe comprender las consecuencias derivadas de una cláusula suelo, que el suministro de información por parte del banco debe realizar sobre la evolución en el pasado del índice de referencia en el que se basa el cálculo del tipo aplicable, siendo esto un elemento especialmente pertinente, y que a través de esa información el cliente tome conciencia real. Y todo ello conforme a los arts. 3.1, 4.2 y de la Directiva 93/13/CEE, los cuales no vamos a entrar a detallar por haber sido objeto de análisis y estudio en epígrafes anteriores.

Cabe señalar que la declaración del carácter abusivo de una cláusula trae como consecuencia su nulidad de pleno derecho, así manifestado en el art. 8.2 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC) por el que “serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”. Así como el art. 83 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de

los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, por el que “las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas. Las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho”. Todo ello cuestión, por otro lado, insubsanable por la que el consumidor y usuario no puede quedar afecto a una disposición abusiva.

6. REAL DECRETO LEY 1/2017, DE 20 DE ENERO, DE MEDIDAS URGENTES DE PROTECCIÓN DE CONSUMIDORES EN MATERIA DE CLÁUSULAS SUELO

Desde la Sentencia del Tribunal Supremo en mayo de 2013, pasando por las distintas resoluciones que han sentado un precedente en materia de cláusulas suelo, hasta llegar a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016, se han ido sucediendo diversos progresos jurisprudenciales y legislativos al objeto de fijar una mayor protección de consumidores y usuarios ante la celebración de actos con profesionales, especialmente con entidades bancarias, y establecer un marco de protección real mayor ante actuaciones desproporcionadas y perjudiciales por parte de los profesionales.

En este sentido, en 2017, el Legislador, bajo el principio de la “extrema y urgente necesidad” consagrado en nuestra Carta Magna para determinadas figuras jurídicas, promulgó un Real Decreto Ley, posteriormente convalidado por el Parlamento, por el que se disponías una serie de medidas urgente de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo.

Dicho Decreto, en su exposición de motivos, ya tiene en cuenta el desarrollo de estas cláusulas, así como su reflejo jurisprudencial desde 2013 en adelante, entendiendo que “las denominadas cláusulas suelo, si bien superaban el control de transparencia formal a efectos de su inclusión como condición general de los contratos, no superaban en cambio el control de transparencia material exigible en las cláusulas de los contratos suscritos con consumidores, y declaró la nulidad de las cláusulas, pero no de los contratos en los que se insertaban, cuya subsistencia mantuvo pese a aquella declaración de nulidad parcial”³³.

En este sentido, ya el Legislador era consciente de que se aventuraba una ola de demandas por parte de los afectados, quienes buscarían encontrar una resolución favorable a su pretensión de restitución de las cantidades abonadas de más en virtud de la aplicación de esta cláusula suelo. Por ello, este RDL trata de “arbitrar un cauce sencillo y ordenado, de carácter voluntario para el consumidor, que facilite que pueda llegar a un acuerdo con la entidad de crédito que les permita solucionar sus diferencias mediante la restitución de

³³ Exposición de motivos. Preámbulo II. Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo.

dichas cantidades”³⁴. Y así se plasmó en su art.1, teniendo por objeto establecer esas medidas que permitieran la devolución de las cantidades indebidamente satisfechas por el consumidor a las entidades bancarias.

El mecanismo de recuperación manifestado en este texto normativo era sencillo: la creación de un sistema de reclamación previa a la vía judicial, de carácter voluntario, al que podían adherirse los afectados³⁵. En suma, se estipulan unos plazos máximos en los que el banco debería dar respuesta a las pretensiones del consumidor, siendo este de tres meses³⁶.

No obstante, este cuerpo normativo no tuvo en cuenta aquellos préstamos que pudieran contener acuerdos novatorios y pactos renunciando al ejercicio de acciones judiciales en materia de cláusulas suelo. Dicho RDL se limitó a establecer un cauce extrajudicial para reclamar a la entidad correspondiente la devolución de las cantidades abonadas de más por aplicación de una cláusula suelo, pero no entró en el a valorar si el acuerdo en novación de la reducción de una cláusula suelo, así como el pacto renunciando al ejercicio de acciones también podría ser objeto del presente Real Decreto.

Los consumidores han tenido que esperar al caso del Sr. XZ, de 9 de julio de 2020, cuatro años después de este Real Decreto de 2017, para que el TJUE se pronuncie al respecto.

³⁴ Exposición de motivos. Preámbulo III. Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo.

³⁵ Art. 3.1. Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo: “Las entidades de crédito deberán implantar un sistema de reclamación previa a la interposición de demandas judiciales, que tendrá carácter voluntario para el consumidor y cuyo objeto será atender a las peticiones que éstos formulen en el ámbito de este real decreto-ley. Las entidades de crédito deberán garantizar que ese sistema de reclamación es conocido por todos los consumidores que tuvieran incluidas cláusula suelo en su préstamo hipotecario”.

³⁶ Art. 3.4. Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo: “El plazo máximo para que el consumidor y la entidad lleguen a un acuerdo y se ponga a disposición del primero la cantidad a devolver será de tres meses a contar desde la presentación de la reclamación (...)”.

7. CONCLUSIONES

Llegados a este punto, tras analizar pormenorizadamente la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre los acuerdos novatorios y la renuncia al ejercicio de acciones judiciales en materia de cláusulas suelo, cabe extraer las siguientes conclusiones, a modo de Informe, que, por otro lado, sirvan de fundamentos en los que apoyar cualquier demanda de cara a conseguir las pretensiones solicitadas por el consumidor:

I. El art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE, referido a los contratos hipotecarios celebrados entre consumidor y profesional (entidad bancaria) que contienen cláusulas suelo, debe interpretarse en el sentido de que éste no muestra causa de oposición a que una cláusula, cuyo carácter abusivo pueda ser declarado en vía judicial, pueda ser objeto de una novación entre ambas partes, por la que el consumidor renuncia a los efectos y consecuencias derivados de su declaración de abusividad, siempre y cuando –y es aquí donde radica el matiz a tener en cuenta– esa renuncia pactada sea la consecuencia de un consentimiento libre e informado por parte del consumidor. Algo que, por otro lado, debe esclarecer el juez nacional.

II. El art. 3.2 de la Directiva 93/13/CEE entiende que la cláusula pactada en la novación, modificadora de otra potencialmente abusiva en el contrato originario, no ha sido negociada de manera individual y, por ende, puede ser declarada abusiva.

III. Los arts. 3.1, 4.2 y 5 de la Directiva 93/13/CEE se deben interpretar en el sentido de que el consumidor debe situarse en condiciones de comprender las consecuencias económicas derivadas de una cláusula suelo cuando se celebra un contrato que la contiene para poder hablar de transparencia. Dicha cuestión, en particular, puede acreditarse con la puesta a disposición por parte de la entidad bancaria de la información sobre la evolución pasada del índice de referencia por el que se calcula el tipo de interés.

IV. El art. 3.1., en relación con el punto 1 de la letra q) del anexo, y el art. 5.1. de la Directiva 93/13/CEE deben interpretarse en el sentido de que la renuncia por parte de un consumidor al ejercicio de acciones para hacer valer sus pretensiones ante el juez nacional puede ser abusiva si éste no ha dispuesto previamente de la información pertinente para comprender las consecuencias jurídicas y económicas derivadas de tal

renuncia. Por ello, la renuncia a controversias futuras en el ejercicio de los derechos conferidos por la Norma Comunitaria, no vincula al consumidor y es nula de pleno derecho.

V. El Tribunal Supremo, en su Sentencia de 5 de noviembre, adapta su jurisprudencia a la manifestada por el TJUE, con el matiz de que, en el caso nacional, la Sala entiende que sí que se cumple la exigencia de información por parte del consumidor por tres motivos:

- El consumidor tenía conocimiento a través de la cuota periódica que venía pagando y en la que se refleja la evolución del índice (Euribor).
- Se refleja en el propio documento que hace referencia al valor del índice en el momento de celebración del acuerdo.
- La oficial publicación y frecuente de estos índices de referencia por el Banco de España.

VI. El Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo predispuso un cauce rápido, gratuito, sencillo y extrajudicial para que consumidores y usuarios afectados por la aplicación de una cláusula suelo pudieran solicitar la restitución de las cantidades abonadas en demasía, pero no tuvo en cuenta el carácter abusivo de los acuerdos novatorios y los pactos de renuncia al ejercicio de acciones judiciales en materia de cláusulas suelo.

8. BIBLIOGRAFÍA Y JURISPRUDENCIA

- MORENO GARCÍA, LUCÍA; “Cláusulas suelo y control de transparencia. Tratamiento sustantivo y procesal”; Madrid, 2015, Marcial Pons.
- Sentencia de 21 de febrero de 2013, Banif Plus Bank, C-472/11, EU:C:2013:88.
- Sentencia del Tribunal Supremo (TS), de 9 de mayo de 2013.
- Sentencia, TJUE, de 15 de enero de 2015, Šiba, C-537/13, EU:C:2015:14.
- Sentencia, TJUE, de 14 de abril de 2016, Sales Sinués y Drame Ba, C-381/14 y C-385/14, EU:C:2016:252.
- Sentencia, TJUE, de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, EU:C:2016:980.
- Sentencia, TJUE, de 20 de septiembre de 2017, Andriuc y otros, C-186/16, EU:C:2017:703.
- Sentencia, TJUE, de 7 de agosto de 2018, Banco Santander y Escobedo Cortés, C-96/16 y C-94/17, EU:C:2018:643.
- Sentencia, TJUE, de 26 de marzo de 2019, Abanca Corporación Bancaria y Bankia, C-70/17 y C-179/17, EU:C:2019:250.
- Sentencia, TJUE, de 5 de junio de 2019, GT, C-38/17, EU:C:2019:461.
- Sentencia, TJUE, de 3 de octubre de 2019, Dziubak, C-260/18, EU:C:2019:819.
- Sentencia, TJUE, de 3 de marzo de 2020, Gómez del Moral Guasch, C-125/18, EU:C:2020:138.
- Sentencia, TJUE, de 9 de julio de 2020, C-452/18.
- Sentencia, TS, 3549/2020, de 5 de noviembre de 2020.

9. LEGISLACIÓN

- Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.
- Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación.
- 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.
- Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo.
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.