

# La transacción sobre la cláusula suelo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo \*

**JOSÉ MARÍA MARTÍN FABA**  
Profesor ayudante de Derecho civil  
Universidad Autónoma de Madrid

## RESUMEN

*Este trabajo analiza la jurisprudencia que enjuicia las transacciones sobre las cláusulas suelo de los préstamos hipotecarios formalizados entre bancos y consumidores, y trata de proponer argumentos y soluciones distintas a las suministradas por dicha jurisprudencia.*

## PALABRAS CLAVE

*Préstamo hipotecario. Cláusula suelo. Novación. Transacción.*

# The transaction on the floor clause in the jurisprudence of the Supreme Court

## ABSTRACT

*This paper analyzes the jurisprudence that deals with transactions on the floor clauses of mortgage loans formalized between banks and consumers and tries to propose arguments and solutions different from those provided by the jurisprudence.*

---

\* El trabajo se ha cerrado el 1 de julio de 2022.

**KEYWORDS**

*Mortgage loan. Floor clause. Novation. Transaction.*

SUMARIO: 1. Introducción: la falta de transparencia no es una certeza.—2. Principales características de las transacciones sobre las cláusulas suelo.—3. La primera postura de la jurisprudencia civil.—4. Un cambio de criterio.—5. La doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. 5.1 La STJUE de 9 de julio 2020. 5.2 Eficacia propagadora de la nulidad. 5.3 Negociación en la transacción. 5.4 Transparencia de la novación. 5.5 La renuncia al ejercicio de acciones.—6. La influencia de la doctrina comunitaria en la jurisprudencia civil más reciente.—7. Comentarios a la jurisprudencia emergente. 7.1 ¿Transacción negociada? 7.2 Requisitos de transparencia de la novación. 7.2.1 Prolegómenos. 7.2.2 La STS de 9 de mayo de 2013. 7.2.3 Transparencia y expresión manuscrita. 7.2.4 La evolución pasada y futura del índice de referencia. 7.2.5 Exigencias de transparencia cuando la novación no consiste propiamente en reducir una cláusula suelo. 7.2.6 Conclusión parcial. 7.3 Sobre la cláusula de renuncia. 7.3.1 Interpretación o transacción sin causa onerosa. 7.3.2 Sobre la transparencia de la renuncia que se ciñe al *caput controversum*. 7.3.3 La consecuencia derivada de la falta de transparencia de la cláusula de renuncia.—8. Novación de tipo de interés y responsabilidad hipotecaria.—9. Conclusiones.—Bibliografía.—Sentencias, autos y resoluciones.

## 1. INTRODUCCIÓN: LA FALTA DE TRANSPARENCIA NO ES UNA CERTEZA

Es sabido que, en España, muchos préstamos hipotecarios se remuneran a un tipo de interés variable, y que además contienen cláusulas suelo, las cuales limitan una eventual bajada de dicho tipo de interés. También es sabido que la STS (Pleno) 241/2013, de 9 de mayo, declaró por primera vez nulas, por falta de transparencia, determinadas cláusulas suelo de contratos de préstamos hipotecarios en los que los prestatarios eran consumidores<sup>1</sup>.

Según una jurisprudencia posterior ya consolidada, el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (en

<sup>1</sup> P. Rafael Gimeno Bayón Cobos.

adelante, Directiva 93/13/CEE), y los artículos 60.1 y 80.1 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, TRLGDCU), exigen que las cláusulas no negociadas que regulen los elementos esenciales de los contratos concertados con consumidores cumplan con el requisito de la transparencia, como parámetro abstracto de validez de dichas cláusulas<sup>2</sup>. De los preceptos mencionados se deduciría una exigencia de transparencia para las cláusulas no negociadas que regulen elementos esenciales del contrato de grado superior a la exigencia de transparencia «formal» que se deduce de los artículos 5 y 7 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (en adelante, LCGC), necesaria para que cualquier condición general de la contratación pueda superar el control de incorporación<sup>3</sup>. A través del control de incorporación se trataría de ratificar que la adhesión se ha realizado con la seguridad suficiente, de forma que las cláusulas no negociadas puedan ser conocidas por el adherente. La meta del control de incorporación es que el predisponente facilite al adherente el clausulado predispuesto, antes o en el momento de celebración del contrato, en un formato accesible y que permita ser observado *ex post*<sup>4</sup>. Es decir, con el control de incorporación se trata de fomentar que el adherente pueda acceder al clausulado no negociado<sup>5</sup>. En principio, una cláusula quedará válidamente incorporada al contrato cuando se incluya en la escritura pública y sea leída por el notario, y su redacción permita una comprensión gramatical usual<sup>6</sup>. Pero el control de incorporación no tendría la finalidad de comprobar si el adherente ha entendido realmente el significado de dichas cláusulas, pues esto tiene que ver más bien con el control de transparencia<sup>7</sup>.

Puede tener sentido que la exigencia de transparencia cualificada recaiga sobre aquellos aspectos que para el adherente puedan ser determinantes, como los que sirven para la descripción, determinación o posible alteración de los elementos esenciales del contrato. La atención del adherente se centra en las estipulaciones que regulan los elementos esenciales del contrato, que definen la prestación y la contraprestación, pero no en las cláusulas accesorias o en la zona periférica del contrato, que no pueden considerarse verdaderamente conocidas por el adherente, pues este no fija su aten-

<sup>2</sup> Por todas, STS 467/2022, 6 de junio, P. María de los Ángeles Parra Lucán.

<sup>3</sup> STS 449/2022, 25 de mayo, P. Juan María Díaz Fraile.

<sup>4</sup> GONZÁLEZ PACANOWSKA, 2022, p. 442.

<sup>5</sup> PAZOS CASTRO, *RDC*, 2018.

<sup>6</sup> SSTS 207/2022, 15 de marzo, P. Antonio García Martínez; 405/2021, 15 de junio, P. Pedro José Vela Torres; 560/2020, 26 de octubre, P. Juan María Díaz Fraile; entre otras.

<sup>7</sup> STS 195/2021, 12 de abril, P. José Luis Seoane Spiegelberg.

ción en estos aspectos a la hora de contratar, lo que es considerado como una conducta racional y eficiente desde el punto de vista económico<sup>8</sup>. En este sentido, la jurisprudencia ha extendido el control de transparencia, que inició con las cláusulas suelo, a otras cláusulas no negociadas que regulan elementos esenciales del contrato<sup>9</sup>. Pero la determinación de si una cláusula no negociada regula un elemento esencial del contrato o, en cambio, contiene una regla para su determinación, es una cuestión compleja, como demuestra la doctrina<sup>10</sup> y la jurisprudencia<sup>11</sup>. El control de transparencia tendría por objeto que el adherente, a través de la información proporcionada por el empresario antes de la celebración del contrato, «pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que realmente le supone el contrato celebrado, esto es, el sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación de los riesgos del desarrollo del mismo»<sup>12</sup>. De esta forma, el consumidor

<sup>8</sup> ÁLFARO ÁGUILA-REAL, 1993, p. 138 ss. y 2002, p. 132; GONZÁLEZ PACANOWSKA, 2022, p. 436 y 2000, p. 187. Según MIQUEL GONZÁLEZ, 2002, p. 913, la transparencia, al tiempo de contratar, es importante respecto a las cláusulas que regulan elementos esenciales del contrato, pues estas son el término de comparación para que el adherente pueda elegir entre las diversas ofertas y, en definitiva, suponen un factor de decisión del cliente.

<sup>9</sup> Multidivisa (STS 158/2019, 14 de marzo, P. Rafael Saraza Jimena); fórmula de cálculo de los intereses remuneratorios (STS 360/2021, 25 de mayo, P. Pedro José Vela Torres); índice de referencia IRPH (STS 85/2020, 6 de noviembre, P. Rafael Saraza Jimena); comisión de apertura (STS 44/2019, 23 de enero, P. Rafael Saraza Jimena); honorarios abogado (STS 121/2020, 24 de febrero, P. Pedro José Vela Torres); interés remuneratorio de una tarjeta de crédito «revolving» (STS 149/2020, 4 de marzo, P. Rafael Saraza Jimena); sistema de amortización e interés remuneratorio de una hipoteca denominada «tranquilidad» (STS 564/2020, 27 de octubre, P. Pedro José Vela Torres); novación de una cláusula suelo y correlativa renuncia de acciones (STS 275/2022, 30 de marzo, p.; Rafael Saraza Jimena); entre otras.

<sup>10</sup> Cfr. MIQUEL GONZÁLEZ, 2002, pp. 920-924 y CARRASCO PERERA, 2007, pp. 169-170.

<sup>11</sup> La STS 44/2019, 23 de enero, P. Rafael Saraza Jimena, considera que la cláusula que establece una comisión de apertura supone un elemento esencial del contrato, porque forma parte del precio junto al interés remuneratorio. En cambio, la STJUE 16 julio 2020, asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19, sostiene que la cláusula que establece la comisión de apertura no supone un elemento esencial por el hecho de ser parte del precio del crédito. Ante la divergencia de posiciones, el TS ha planteado al TJUE una cuestión prejudicial (ATS 10 septiembre 2021, P. Pedro José Vela Torres).

<sup>12</sup> SSTs 361/2018, 15 de junio, P. Francisco Javier Orduña Moreno; 511/2020, 6 de octubre, P. Pedro José Vela Torres; 784/2021, 15 de noviembre, P. Juan María Díaz Fraile; 299/2022, 7 de abril, P. María de los Ángeles Parra Lucán; entre otras muchas. Ideas que han sido asumidas por la jurisprudencia del TJUE: SSTJUE 30 abril 2014, asunto C-26/13; 26 febrero 2015, asunto C-143/13; 23 abril 2015, asunto C-96/14; 21 diciembre 2016, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15; 20 septiembre 2017, asunto C-186/16; 3 octubre 2019, asunto C-621/17; 3 marzo 2020, asunto C-125/18; 9 julio 2020, asunto C-452/18; entre otras. De esta jurisprudencia se desprende que la exigencia de transparencia no solo supone que las cláusulas estén redactadas de forma clara y comprensible en el plano gramatical, sino también que el adherente pueda tener un conocimiento real de las mismas, de forma que un consumidor informado pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, la carga jurídica y económica del contrato.

puede comparar ofertas de forma adecuada y determinar cuál es la más conveniente para sus intereses y, en definitiva, adoptar la decisión de contratar<sup>13</sup>.

Interesa poner de manifiesto, en aras a cumplir con el objetivo de este trabajo, que la jurisprudencia nos demuestra que el análisis de la transparencia de la cláusula suelo no depende de unas circunstancias objetivas que pueden ser valoradas en abstracto<sup>14</sup>, al contrario de lo que sucede con el control de contenido de otras cláusulas, como la de vencimiento anticipado<sup>15</sup>. Más bien, el control de transparencia de la cláusula suelo depende de una valoración de las circunstancias individuales concurrentes en cada caso<sup>16</sup> y, por consiguiente, no tiene por qué atender exclusivamente al documento en el cual está inserta o a los documentos relacionados, sino que pueden tenerse en consideración «otros medios» a través de los cuales se pudo cumplir con la exigencia de transparencia<sup>17</sup>. En efecto, «no existen medios tasados para obtener

<sup>13</sup> Por todas, STS 469/2022, de 6 de junio, P. José Luis Seoane Spiegelberg. Ahora bien, según la STS 101/2020, 12 de febrero, P. Pedro José Vela Torres, cuando el control de transparencia recae sobre un contrato de fianza gratuita, la finalidad de dicha información no es tanto permitir comparar ofertas (pues en la fianza gratuita no hay prestación correspondiente a cargo del acreedor), sino permitir al fiador conocer el alcance del riesgo asumido.

<sup>14</sup> No obstante, según MARTÍNEZ ESCRIBANO, *RDC*, 2019, p. 386, el control de transparencia atiende a criterios objetivos, pues para apreciar la ausencia de dicha transparencia basta con acreditar el defecto de información y utilizar como parámetro para determinar la comprensibilidad real a «un consumidor medio normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz». Asimismo, MARTÍNEZ ESPÍN, 2020, entiende que el fundamento del control de transparencia es el incumplimiento de los deberes de información del predisponente, de manera que no es necesario descender a comprobar el grado de comprensión de cada consumidor involucrado. Es cierto que de la jurisprudencia del TJUE se desprende que el empresario debe formular las cláusulas no negociadas considerando el patrón del consumidor medio (STJUE 3 marzo 2020, asunto C-125/18, entre muchas otras). Como afirma GONZÁLEZ PACANOWSKA, 2015, «iría en contra de las funciones económicas que la predisposición de las cláusulas cumple en el mercado y la disminución de costes que su utilización implica, pretender una redacción que fuese comprensible para cada uno de los posibles clientes en función de sus propias circunstancias». Pero ello no supone, como afirma la autora citada, que deba procederse a una valoración en abstracto de la transparencia, prescindiendo de su aplicación en un determinado contrato. Más bien, se trata de examinar la transparencia en un conflicto particular, por lo que «habrá de tenerse en cuenta el concreto contexto y el horizonte de conocimiento del consumidor».

<sup>15</sup> El juicio sobre el carácter abusivo de esta cláusula atiende exclusivamente al documento en el cual está inserta. Da igual el concreto perfil del cliente, y tampoco importa el número de cuotas que haya impagado el deudor, pues la cláusula de vencimiento anticipado se considera abusiva en abstracto [cfr. STJUE 26 enero 2017, asunto C-421/14 y STS (Pleno) 105/2020, 19 de febrero, P. Ignacio Sancho Gargallo, entre otras]. Con todo, sobre la relatividad del concepto de cláusula abusiva, cfr. MIQUEL GONZÁLEZ, 2002, pp. 956-964.

<sup>16</sup> PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *CCJC*, 2021. En efecto, la transparencia debe referirse al grado de conocimiento real, y no a un grado de comprensibilidad abstracta, en contra de lo que sostiene la SJMER de Palma de Mallorca, de 17 marzo 2015. No obstante, como explicaré posteriormente, la conclusión es distinta si el control de transparencia de una cláusula particular se practica en un litigio dimanante de una acción colectiva. En ese caso, no pueden tomarse en consideración las circunstancias individuales de cada supuesto, sino únicamente aquellas circunstancias objetivas que estén presentes en los contratos del mismo tipo que contengan dicha cláusula (STJUE 14 abril 2016, asuntos acumulados C-381/14 y C-385/14).

<sup>17</sup> STS 171/2017, 9 de marzo, P. Ignacio Sancho Gargallo.

el resultado de la transparencia material»<sup>18</sup>, y el adecuado conocimiento de la cláusula es un resultado «susceptible de ser alcanzado por pluralidad de medios»<sup>19</sup>. Por tanto, importa mucho el perfil del consumidor. Así, se ha considerado transparente la cláusula suelo incluida en una escritura de subrogación de préstamo hipotecario porque el prestatario era el director de una oficina de la misma entidad bancaria que se subrogaba en el contrato de préstamo, a pesar de no costar acreditado que a través de la información precontractual se suministrara a dicho prestatario información sobre la referida cláusula<sup>20</sup>. Asimismo, se ha declarado transparente una cláusula suelo de un préstamo hipotecario porque uno de los prestatarios era un abogado especialista en asuntos bancarios, especialmente relacionados con cláusulas suelo (STS 581/2022, 26 julio, P. Ignacio Sancho Gargallo). Con lo dicho anteriormente solo intento poner de manifiesto que no todas las cláusulas suelo pecan de falta de transparencia, como además prueban los repertorios de jurisprudencia civil, donde podemos encontrar numerosas sentencias que consideran transparentes determinadas cláusulas suelo (y también negociadas)<sup>21</sup>. Aun así, las cláusulas suelo han sido prohibidas *ex lege* en operaciones con tipo de interés variable en las que el prestamista es un profesional y el prestatario una persona física, aunque este último no ostente la condición de consumidor<sup>22</sup>. Por con-

<sup>18</sup> STS 509/2020, 6 de octubre, P. Juan María Díaz Fraile.

<sup>19</sup> STS 162/2021, 23 de marzo, P. Pedro Jose Vela Torres.

<sup>20</sup> En la STS 487/2022, 16 de junio, P. Ignacio Sancho Gargallo, se sostiene que la actividad profesional del director de oficina era promover la contratación de préstamos hipotecarios con clientes de la entidad, que solían incluir cláusulas suelo, razón por la que tenía un conocimiento de cómo funcionaba este límite inferior a la variabilidad del tipo de interés y por la que quedaba justificado que recibiera una información menor. En cambio, en el caso conocido por la STS 642/2017, 24 de noviembre, P. Ignacio Sancho Gargallo, se consideró la cláusula suelo transparente, pues a pesar de ser el prestatario un empleado de banca, su actividad profesional no guardaba relación con la contratación de préstamos hipotecarios con interés variable y cláusula suelo. El prestatario era gestor operativo en actividades ajenas a la concesión y contabilización de créditos hipotecarios y la entidad para la que trabajaba no incluía cláusulas suelo en sus préstamos hipotecarios. Por ello, se considera que no está justificado que la información que tenía que recibir el prestatario fuera menor.

<sup>21</sup> SSTs 654/2017, 1 de diciembre, P. Francisco Javier Orduña Moreno; 673/2018, 29 de noviembre, P. Ignacio Sancho Gargallo; 247/2019, 6 de mayo, P. Francisco Javier Orduña Moreno; 605/2019, 26 de junio, P. María de los Ángeles Parra Lucán; 334/2020, 22 de junio, P. Rafael Saraza Jimena; 534/2020, 15 de octubre, P. Rafael Saraza Jimena; 68/2021, 9 de febrero, P. Juan María Díaz Fraile; 740/2021, 2 de noviembre, P. María de los Ángeles Parra Lucán; 742/2021, 2 de noviembre, P. María de los Ángeles Parra Lucán; 297/2022, 7 de abril, P. María de los Ángeles Parra Lucán; 366/2022, 4 de mayo, P. Juan María Díaz Fraile y STS 468/2022, 6 de junio, P. José Luis Seoane Spiegelberg; entre otras. En la doctrina, cfr. AGÜERO ORTIZ, *Revista CESCO*, 2017, pp. 171-179 y *Revista CESCO*, 2020, pp. 90-103; DEL SAZ DOMÍNGUEZ, *Blog CESCO*, 2019; MARTÍNEZ ESPÍN, *Revista CESCO*, 2021, pp. 90-100 y MARTÍNEZ GÓMEZ, *Blog CESCO*, 2021.

<sup>22</sup> Artículos 2 y 21.3 Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (en adelante, LCCI). Sobre el ámbito subjetivo de la LCCI, cfr. AGÜERO ORTIZ, 2019, pp. 105-173 y TENZA LORENTE, 2022. Según GONZÁLEZ PACANOWSKA, 2022, p. 458, la enorme litigiosidad sobre las cláusulas suelo puede explicar la prohibición de dichas cláusulas.

siguiente, si en la actualidad el empresario incluye una cláusula suelo en un préstamo a interés variable concedido a una persona física, garantizado con hipoteca sobre un inmueble de usos residencial, la cláusula sería nula por contravenir una norma imperativa (art. 6.3 CC), y no por falta de transparencia, que es cosa distinta<sup>23</sup>.

Es importante señalar que el presente trabajo solo se refiere a cláusulas suelo dispuestas en préstamos hipotecarios concedidos por entidades bancarias<sup>24</sup> a consumidores<sup>25</sup>. Según una jurisprudencia reiterada, el control de transparencia y abusividad está reservado a cláusulas no negociadas de contratos celebrados entre empresarios y consumidores, mientras que en los contratos en los que los adherentes no tienen la condición de consumidor solo procede el control de incorporación<sup>26</sup>. La jurisprudencia también ha razonado que dichos empresarios pueden apoyar la nulidad de las cláusulas predispuestas no solo en el control de incorporación, sino también en el principio de buena fe contractual (arts. 1258 CC y 57 CCom.), siempre que dichas cláusulas modifiquen subrepticamente el contenido que el adherente había podido representarse legítimamente como «pactado». Es decir, frente a cláusulas sorprendentes que supongan la frustración de las legítimas expectativas del adherente. Adherente empresario que tendría que probar la inexistencia o insuficiencia de la información y cuáles son sus circunstancias personales que pudieron haber incidido en su expectativa legítima sobre la inexistencia de un límite mínimo a la variación del tipo de interés<sup>27</sup>. Esto último, unido a la diligencia exigible al empresario en el conocimiento de tal cláusula, tiene como consecuencia que en la práctica el principio de buena fe contractual no suponga un estándar de protección cualificado para el empresario

<sup>23</sup> Y, por tanto, no regirán las distintas doctrinas del TJUE que emanan de la interpretación de la Directiva 93/13/CEE. Por ejemplo, si la cláusula es nula por contravenir una norma imperativa, no rige la prohibición de integración del contrato con una norma nacional supletoria. Aquí cabría este procedimiento: si una cláusula de vencimiento anticipado contraviene el artículo 24 LCCI, se aplicará dicho artículo 24 LCCI. Cfr. CARRASCO PERERA, 2019 (a).

<sup>24</sup> Que ostentan la condición de empresarios, en el sentido del artículo 4 TRLGDCU. Y, además, supervisadas por el Banco de España, según el artículo 1 Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito. En efecto, las cláusulas suelo analizadas en este trabajo han sido principalmente impuestas por Ibercaja Banco, Liberbank, Caja Rural de Navarra y Caja Rural de Granada. Por tanto, quedan fuera del objeto de este trabajo los supuestos de cláusulas suelo dispuestas en contratos suscritos entre entidades financieras no supervisadas por el Banco de España y consumidores, las cuales, debido a la ausencia de supervisión, pueden abusar aún más de su posición.

<sup>25</sup> Consumidores en el sentido del artículo 3 TRLGDCU. Sobre el concepto de consumidor en la jurisprudencia española y europea, cfr., por todos, SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, 2021.

<sup>26</sup> Por todas, STS 218/2021, 20 de abril, P. María de los Ángeles Parra Lucán.

<sup>27</sup> SSTs (Pleno) 367/2016, 3 de junio; 30/2017, 18 de enero; 57/2017, 30 de enero y 218/2020, 4 de febrero, P. Pedro José Vela Torres.

adherente. En efecto, la jurisprudencia nunca ha llegado a declarar nula por esta vía una cláusula suelo en contratos con adherentes empresarios<sup>28</sup>. Por lo tanto, puede afirmarse que las condiciones generales de contratos en los que el adherente no es consumidor tienen, en cuanto al control de su contenido, el mismo régimen que las cláusulas negociadas<sup>29</sup>.

Aunque no forma parte del objeto de este trabajo, debe señalarse que se ha criticado la falta de protección de los empresarios ante cláusulas no negociadas abusivas o no transparentes, pues en estos casos se produce igualmente un procedimiento contractual en el que el predisponente establece unilateralmente el contenido contractual, produciéndose por consiguiente una merma en el consentimiento del adherente en relación con la reglamentación impuesta por el predisponente<sup>30</sup>. Crítica que puede expandirse a los empresarios que se adhieren a cláusulas suelo<sup>31</sup>. En mi opinión, optar por la protección del adherente empresario, o solo por la del consumidor, es un debate de política legislativa, que pueda encontrar argumentos razonables a favor de una u otra opción<sup>32</sup>. Con todo, la tendencia en otros ordenamientos de nuestro entorno y en los textos de *soft law* parece ser el establecimiento de un control de contenido de cláusulas no negociadas en contratos formalizados entre empresarios<sup>33</sup>. Así las cosas, una doctrina bienintencionada pretende mejorar la posición de los empresarios adherentes, argumentando que estos pueden pretender la nulidad de las cláusulas suelo a través de su no incorporación (arts. 5 y 7 LCGC), cuando estas se hayan incluido de forma sorpresiva<sup>34</sup>.

Siguiendo la estela de este entendimiento, la jurisprudencia ha declarado nulas cláusulas suelo de contratos de préstamo concedido a empresarios, porque no superaban del control de incorporación. En alguna ocasión simplemente se asume la decisión de las instancias, que consideraron que la cláusula suelo no satisfacía el control

<sup>28</sup> PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *CCJC*, 2020.

<sup>29</sup> Por todas, STS 702/2018, 13 de diciembre, P. Pedro José Vela Torres.

<sup>30</sup> Principalmente, MIQUEL GONZÁLEZ, 2002, pp. 428-450. Recientemente, GONZÁLEZ PACANOWSKA, 2022, p. 454.

<sup>31</sup> SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, *RCDI*, 2015, p. 681 ss. y *CCJC*, 2017 (a).

<sup>32</sup> Díez-PICAZO, 2007, p. 464.

<sup>33</sup> Señala MATO PACÍN, 2017, pp. 57-125, en base a un sólido análisis de Derecho comparado, que en Alemania, Portugal, Holanda y Francia se contempla un control de contenido de las cláusulas no negociadas en contratos entre empresarios. También se contempla en el artículo 4:110 *PECL*. El *DCFR* diferencia entre el significado de abusivo en contratos entre empresarios y consumidores (II.9:403), entre no empresarios (II.9:404) y entre empresarios (II.9:405). Sobre un análisis de los textos de *soft law*, cfr. PAZOS CASTRO, 2017, pp. 297-300. Nótese que el Código de Comercio de Cataluña, a través de la Ley 20/2010 de 20 de Julio, protege a las pequeñas y medianas empresas, incorporando dentro del concepto de «persona consumidora» a los trabajadores autónomos y las empresas de pequeña dimensión.

<sup>34</sup> ALBIEZ DOHRMANN, *RDACM*, 2017.

de incorporación, aunque no se explica la razón<sup>35</sup>. Asimismo, cuando el predisponente ocultó deliberadamente la cláusula suelo, pues ni siquiera se incluyó en la escritura pública de préstamo hipotecario<sup>36</sup>, ni en la escritura de subrogación del préstamo hipotecario<sup>37</sup>. De otros casos parece desprenderse que la cláusula suelo no supera el control de incorporación cuando el predisponente no entregó un folleto informativo ni hizo las advertencias legales en la escritura sobre la existencia de la cláusula, vulnerándose la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, que exige la entrega por la entidad de crédito de un folleto informativo señalando si existen cláusulas suelo (art. 3) y que el notario advierta al prestatario si se hubieran establecido límites a la variación del tipo de interés (art. 7)<sup>38</sup>. En esta dirección, se ha confirmado la decisión de la instancia que consideró que la cláusula suelo no quedó incorporada al contrato porque el banco incumplió los deberes de información que le imponía la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, por lo que el prestatario no tuvo oportunidad real de conocer la existencia de la cláusula suelo. En consecuencia, no se consideran cumplidos los requisitos de incorporación por la mera inclusión de la cláusula suelo en la escritura de préstamo y su redacción clara y comprensible, si no se le ha hecho entrega previamente de la ficha de información personalizada o el notario no advirtió de la existencia de una cláusula suelo, porque el prestatario no habría tenido una oportunidad real de conocerla antes de la celebración del contrato<sup>39</sup>. Sin embargo, también se ha considerado que el incumplimiento de los deberes de información que prescribe la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, en particular la entrega de una oferta vinculante, no supone que la cláusula suelo no supere el control de incorporación, pues los adherentes tuvieron la posibilidad de conocerla, al estar incluida en la escritura pública y al ser gramaticalmente comprensible, dada la sencillez de su redacción, encontrándose dentro de un epígrafe específico de la escritura pública, en un apartado propio. El incumplimiento de las previsiones de la citada Orden puede utilizarse, en cambio, como parámetro para determinar la falta de transparencia material respecto de las cláusulas no negociadas en contratos en los que el adherente tenga la condición de consumidor<sup>40</sup>.

<sup>35</sup> STS 551/2019, 18 de octubre, P. Pedro José Vela Torres.

<sup>36</sup> STS 15/2018, 3 de julio, P. José Vela Torres.

<sup>37</sup> STS 449/2022, 31 de mayo, P. Juan María Díaz Fraile.

<sup>38</sup> STS 57/2019, 25 de enero, P. José Vela Torres. Cfr. GARCÍA HERNANDO, *RADP*, 2021.

<sup>39</sup> STS 168/2020, 11 de marzo, P. Pedro José Vela Torres.

<sup>40</sup> STS 23/2020, 20 de enero, P. Juan María Díaz Fraile.

A mi juicio, de esta jurisprudencia puede deducirse que la nulidad por no incorporación se produce en los casos de falta de información más graves, cuando ni siquiera la cláusula se incluye en la escritura o en un anexo, de forma que no puede ser conocida por el adherente. Con todo, de ella también puede inferirse que, en ocasiones, se lleva a cabo un control de incorporación no reducido al carácter comprensible de las cláusulas en un plano formal y gramatical, y por tanto muy similar al control de transparencia aplicable a contratos con consumidores<sup>41</sup>. O, dicho con otras palabras, se está aplicando el control de transparencia cualificado a cláusulas suelo de préstamos suscritos por empresarios<sup>42</sup>. Finalmente, no puede servir para declarar no transparentes cláusulas no negociadas en contratos con empresarios el nuevo párrafo quinto del artículo 5 LCGC, introducido por la LCCI, que reza que la condición general incorporada de modo no transparente al contrato en perjuicio «del consumidor» es nula de pleno derecho<sup>43</sup>.

## 2. PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DE LAS TRANSACCIONES SOBRE LAS CLÁUSULAS SUELO

De lo expuesto con anterioridad puede deducirse con facilidad que entre ciertos bancos y prestatarios consumidores se ha producido un estado de controversia o disputa en relación con la transparencia de las cláusulas suelo de los préstamos hipotecarios. Dicha situación ha fomentado que algunas entidades y clientes hayan rubricado unos documentos privados que encierran contratos de transacción (arts. 1809 a 1819 CC)<sup>44</sup>. Obsérvese que la transacción es un contrato que tiene como causa típica evitar la provocación de un pleito o poner término al que había comenzado (art. 1809 CC)<sup>45</sup>.

<sup>41</sup> Cfr. GONZÁLEZ PACANOWSCA, 2002, p. 185 a 191.

<sup>42</sup> Cfr. PAZOS CASTRO, 2017, p. 441.

<sup>43</sup> CARRASCO PERERA, 2019 (a).

<sup>44</sup> GULLÓN BALLESTEROS, 1964, pp. 12-13, señala como textos romanos referidos a la transacción D. 2, 15, 1; C. 2, 41, 12 y C. 8, 43, 6, y sostiene que la transacción era en la época arcaica un modelo de *pactum*, mientras que en el derecho de la compilación es un contrato con acción propia. En opinión de TAMAYO HAYA, ADC, 2004, p. 1125, en la etapa justinianea la *transactio* era considerado un contrato (C. 2, 19, 7) que requería un *animus transigendi* (D. 3, 6, 1; C. 6, 31, 3 y C. 3, 2, 21). En las *Pandette* y en el *Codex*, la transacción forma parte de un título separado «de *transactionibus*» (D. 2, 15 y C. 2, 4). Según la autora citada, serán los principios recogidos en estos textos los que influyeron en la legislación posterior (P. 5, 14, 34). A juicio de Díez-Picazo, 2010, la pluralidad de formas que adoptó la transacción en el derecho romano puede ser la razón de que no haya un desarrollo específico de este contrato en las fuentes, y de que las primeras construcciones fueran realizadas por juristas prácticos del Derecho común.

<sup>45</sup> STS 214/2019, 5 de abril, P. María de los Ángeles Parra Lucán. Con todo, señala MANRESA NAVARRO, 1914, p. 99, que en el Derecho romano la primera hipótesis no era admisible. Por consiguiente, solo cabía transacción una vez planteado el litigio.

Por tanto, para que pueda haber transacción es precisa la existencia de una controversia previa entre las partes, materializada o no como proceso judicial<sup>46</sup>. La controversia no ha de interpretarse por su valor racional, sino por el real, cualquiera que sea el motivo de la disidencia entre las partes que le sirva de origen<sup>47</sup>. Es decir, solo se exige que medie un desacuerdo entre las partes, que sea susceptible de provocar un litigio. Bastará pues para la validez del contrato que el derecho sea dudoso en opinión de las partes que transigen, aun cuando no lo parezca a un «tercero desinteresado y competente»<sup>48</sup>. En efecto, el temor a evitar un litigio, aunque se mantengan controversias no fundadas en Derecho, es título bastante para la validez de la transacción. De otra forma, el litigio que pretende evitar la transacción no se evitaría<sup>49</sup>.

La transacción tiene como finalidad dar certeza a una relación jurídica controvertida (*res dubia*) y evitar así la provocación de un pleito o poner fin al que había comenzado<sup>50</sup>. Esta certeza de la nueva relación jurídica entablada se consigue porque lo transigido tiene autoridad de «cosa juzgada» para las partes (art. 1816 CC)<sup>51</sup>. En nuestro caso, la controversia versa sobre la transparencia o no de la cláusula suelo y se transige (extrajudicialmente) para dar certeza a esta situación y evitar la provocación de un litigio. La transparencia de una cláusula no es un supuesto semejante o que guarde identidad de razón con ninguna de las materias sobre las que no se puede transigir, reguladas en el artículo 1814 CC<sup>52</sup>. Por consiguiente, parece evidente que se puede transigir sobre un contrato o

<sup>46</sup> CARRASCO PERERA, 2021 (a).

<sup>47</sup> GULLÓN BALLESTEROS, 1964, p. 15 y 2015; AYLLÓN OGAYAR, 1982 y RODRÍGUEZ MORATA, 2013. Como sostiene la STS 1153/2000, 20 de diciembre, P. Pedro González Poveda, la incertidumbre no se refiere al elemento objetivo de la relación obligacional transigida, sino al resultado de la decisión jurisdiccional que pudiera poner fin a las diferencias de los contratantes, lo cual constituye el factor psicológico («*timor litis*») que les mueve al otorgamiento del contrato.

<sup>48</sup> MANRESA Y NAVARRO, 1914, p. 120.

<sup>49</sup> Así parece desprenderse de C. 2, 4, 2 (Cfr. GULLÓN BALLESTEROS, 1964, p. 15).

<sup>50</sup> SSTS 16 de mayo 1991, P. Alfonso Villagómez Rodil y 879/1997, 13 de octubre, P. Román García Varela.

<sup>51</sup> Como razona CARRASCO PERERA, 2021 (c), la expresión legal «cosa juzgada» simplemente contiene «un arcaísmo semántico con el que se expresa la regla general de la eficacia obligatoria de los contratos (art. 1091 CC)». La «cosa juzgada» de la transacción no es equiparable a la sentencia firme pues, por ejemplo, no impide impugnarla por error [STS (Pleno) 205/2018, 11 de abril, P. Ignacio Sancho Gargallo]. Además, la transacción extrajudicial no es un título ejecutivo (cfr. art. 517.1. 3.º LEC). Sin embargo, afirma el autor citado que, a pesar de la imprecisión del término «autoridad de cosa juzgada», la transacción tiene una fuerza vinculante más intensa que el resto de los contratos. En efecto, como después trataremos, el margen de la impugnación por error es más limitado que en el resto de los contratos, «porque la liquidación de la situación de incertidumbre que la transacción supone comporta que las partes asumen el riesgo de que eventos posteriores despejen aquella inicial incertidumbre».

<sup>52</sup> En sentido parecido, PANTALEÓN PRIETO, *Almacén de Derecho*, 2020.

una cláusula sobre la que pende una amenaza de nulidad por falta de transparencia. Repárese que la transacción aporta su propia causa, que por definición será casi siempre válida, con independencia de que el contrato subyacente adoleciera de un vicio de nulidad, como magistralmente se declara en el texto del *Digesto* 12, 6, 65, 1 (*De condictione indebiti*)<sup>53</sup>.

Como medio para alcanzar ese fin de evitar el pleito, o terminar el ya comenzado, las partes implicadas realizan recíprocas concesiones: «dan, prometen o retienen cada una alguna cosa», reza el artículo 1809 CC<sup>54</sup>. En efecto, lo que hacen las partes es fijar o aclarar su verdadera situación jurídica, mediante renunciaciones y reconocimientos recíprocos<sup>55</sup>. Por eso la transacción es un contrato sinalagmático<sup>56</sup>. Así, observemos que la transacción objeto del presente estudio es sinalagmática, pues el banco reduce la cláusula suelo, renunciando a los intereses que podía obtener a través de ella, y el consumidor se compromete a no instar su nulidad, renunciando así a los importes que podría recibir si la cláusula fuera declarada no transparente. Con estas mutuas concesiones o renunciaciones las partes aclaran la incertidumbre que existía en torno a la cláusula suelo, sustituyendo esta situación jurídica por una nueva que deja de ser controvertida. Es decir, convierten la *res dubia* en *res certa*<sup>57</sup>. Incluso, si consideramos que la partes intercambian dos *res incertas*, esto es, si la cláusula suelo es nula y el montante de dinero a devolver y cuánto supondría la bajada de la cláusula suelo, entonces estamos refiriéndonos a un negocio bilateral con prestaciones aleatorias correspectivas<sup>58</sup>. Por lo demás, la transacción es un contrato consensual y oneroso, donde el *animus transigendi* no se halla en el intercambio de bienes o servicios debido a las prestaciones recíprocas de las partes, sino en la resolución de una disputa o de unas diferencias no siempre contrastadas<sup>59</sup>. Con

<sup>53</sup> Cfr. GARCÍA DEL CORRAL, 1889, p. 720.

<sup>54</sup> Creo que es evidente, como afirma Díez-PICAZO, 2010, que la enumeración (*dando, prometiendo o reteniendo*) no es completa y todo lo que puede ser objeto de prestación y de atribución, como una renuncia, puede formar parte de una transacción.

<sup>55</sup> GULLÓN BALLESTEROS, 2015.

<sup>56</sup> SSTS 27/1993, 6 de noviembre, P. Fernández-Cid de Temes y 685/2001, de 30 de junio, P. José de Asís Garrote. En ocasiones, se ha negado el carácter sinalagmático de la transacción por la imposibilidad del reintegro de las prestaciones ejecutadas si dicho contrato se resuelve por incumplimiento (Cfr. TAMAYO HAYA, 2016).

<sup>57</sup> Díez-PICAZO, 2010.

<sup>58</sup> CARRASCO PERERA, *Blog CESCO*, 2020 (a). En mi opinión, no se puede afirmar que las contraprestaciones de las partes son conmutativas y perfectamente determinadas, lo que les permitirá conocer por adelantado las ventajas y desventajas del contrato. El prestario renuncia a una cantidad, que no es segura, y el banco reduce la cláusula suelo, y no sabe la pérdida o ganancia que le comportará. Sobre la posibilidad de transacciones aleatorias, cfr. TAMAYO HAYA, 2016.

<sup>59</sup> STS 540/2010, 26 de noviembre, P. Juan Antonio Xiol Ríos. Ahora bien, explica GULLÓN BALLESTEROS, 1964, p. 126, que habría que analizar si los derechos objetos

todo, el consentimiento sobre la transacción deberá ser completo y recaer sobre todos y cada uno de los elementos de la transacción para que esta surta todos sus efectos<sup>60</sup>.

El carácter sinalagmático de las transacciones a las que nos referimos ha sido reconocido por la jurisprudencia civil más reciente, que entiende que la renuncia al ejercicio de acciones tiene su causa en la reducción de la cláusula suelo, de forma que ambas prestaciones constituyen los dos elementos esenciales de un contrato de transacción: el prestamista accede a eliminar el suelo y el cliente, que en ese momento podía ejercitar la acción de nulidad de la originaria cláusula suelo, renuncia a su ejercicio<sup>61</sup>. Asimismo, una renuncia al ejercicio de la acción de nulidad de la cláusula suelo y a reclamar lo pagado en su aplicación puede entenderse que tiene su causa en la eliminación de la cláusula suelo y el establecimiento de un interés fijo, a un tipo porcentual inferior al suelo previsto inicialmente, para el resto de duración del préstamo<sup>62</sup>. Del mismo modo, una renuncia al ejercicio de acciones puede tener su causa en la eliminación de la cláusula suelo y el establecimiento de un interés a tipo fijo durante un tiempo y, a partir de ese momento, un interés variable, sin suelo, para el resto de duración del préstamo<sup>63</sup>. El carácter sinalagmático de nuestro contrato de transacción tiene importantes consecuencias, como luego se verá.

Sobre el «sinalagma» en la transacción, ha sido constante la jurisprudencia que ha entendido que «el designio de poner término a un litigio o el de evitarlo mueven a los contratantes a la aceptación de acuerdos sin iguales alcance y paridad de concesiones». Así, se admiten concesiones de gran amplitud, incluso de orden moral o sin contenido económico<sup>64</sup>. En efecto, la jurisprudencia ha operado con bastante holgura en lo referido a los requisitos de «correspectividad» exigidos en la transacción. La cuestión está en determinar si la renuncia de acciones que contiene nuestra transacción puede tener como causa onerosa suficiente la rebaja del suelo. Es decir, si la rebaja del suelo supone un *quid pro quo* suficiente para renunciar a la acción de nulidad. Habrá que decir que sí, porque lo cierto es que el consumidor obtiene una remuneración o ventaja, al renunciar el banco a una expectativa de cobro de unos determinados intereses obtenidos en

---

de transacción están comprendidos en el artículo 1280 CC, y en caso afirmativo, se requerirá la forma necesaria.

<sup>60</sup> STS 249/2001, 19 de marzo, P. Antonio Romero Lorenzo.

<sup>61</sup> Por todas, STS 918/2021, 23 de diciembre, P. Ignacio Sancho Gargallo.

<sup>62</sup> SSTS 407/2022, 25 de mayo y 530/2021, 13 de agosto, P. Rafael Saraza Jimena.

<sup>63</sup> SSTS 208/2021, 19 de abril, P. Rafael Saraza Jimena; 643/2021, 28 de septiembre, P. Juan María Díaz Fraile y 806/2021, 23 de noviembre, P. Juan María Díaz Fraile.

<sup>64</sup> STS 27/1993, 6 de noviembre, P. Eduardo Fernández-Cid de Temes. Cfr., además, la jurisprudencia citada por TAMAYO HAYA, 2016 y CARRASCO PERERA, 2021 (a).

aplicación de la cláusula suelo, que solo sería ineficaz si dicha cláusula fuera considerada no transparente, lo que depende de circunstancias concurrentes en cada caso, como expliqué con anterioridad. En cambio, se ha razonado que la solución sería diferente en el caso de una transacción por la que el banco accede a modificar los tipos de interés usurarios y convertirlos en válidos, y el consumidor renuncia a reclamar los intereses usurarios abonados. En efecto, la nulidad por usura es distinta de la nulidad derivada de la falta de transparencia. La falta de transparencia es realmente una incertidumbre, que depende de las circunstancias individuales de cada caso, mientras que la nulidad por usura es objetiva y de más segura apreciación, pues se basa en la comparación entre un estándar válido y otro prohibido. Por eso, el banco debe ofrecer al concreto cliente, a cambio de la renuncia, «algo más» que los tipos de interés no usurarios que viene ofreciendo a sus nuevos clientes, pues en caso contrario su prestación no podrá soportar como causa onerosa suficiente la renuncia del consumidor, y sería considerada una renuncia unilateral prohibida por el artículo 86.7 TRLGDCU<sup>65</sup>.

La prestación corresponsiva del banco consiste, como digo, en renunciar, para el futuro, a los intereses que le proporcionaba la cláusula suelo, lo que normalmente se consigue modificando «a la baja» el suelo de la cláusula de interés variable del préstamo hipotecario<sup>66</sup>. La resultante de dicha modificación ha sido originalmente denominada por algún autor como «cláusula suelo de segunda generación»<sup>67</sup>. Mas como tendré ocasión de argumentar a lo largo del presente trabajo, no tantos elementos comunes existen entre la cláusula suelo y su modificación. En rigor, dicha modificación de las condiciones del préstamo hipotecario supone lo que se ha llamado una novación impropia, que no opera extintivamente<sup>68</sup>, porque el vínculo primitivo subsiste, aunque modificado<sup>69</sup>. En rigor, la calificación de una novación como extintiva o modificativa depende principalmente de una labor de interpretación y de indagación

<sup>65</sup> CARRASCO PERERA, *Revista CESCO*, 2021, pp. 63-64. En el pensamiento del autor, el cual comparto, si el tipo de interés usurario de un cliente particular es  $X + 1$ , y el tipo de interés válido ofrecido a otros clientes es  $X$ , el concreto cliente debería tener objetivamente un interés  $X$ , por lo que la oferta corresponsiva del banco debe ofrecer al cliente *un plus*, es decir, un interés  $X - 1$  u otra contraprestación (la devolución de una cantidad de dinero, por ejemplo).

<sup>66</sup> Por todas, STS 687/2021, 8 de octubre, P. Ignacio Sancho Gargallo.

<sup>67</sup> CÁMARA LAPUENTE, *Almacén de Derecho*, 2021.

<sup>68</sup> La P. 5. 15. 4 consideraba la novación como un modo de extinguir las obligaciones. Mas la evolución posterior, que queda reflejada en el artículo 1134 del Proyecto de CC de 1851, entiende la novación no solo como una forma de extinción de la obligación, sino como una alteración o modificación de las condiciones o el plazo (Cfr. GETE-ALONSO Y CALERA, 2022, p. 415).

<sup>69</sup> STS 28/2015, 11 de febrero, P. Sebastián Sastre Papiol.

de la voluntad de las partes<sup>70</sup>. Según la jurisprudencia, la novación extintiva y la modificativa tienen en rigor un régimen jurídico distinto, sobre todo en cuanto a la aplicación del artículo 1207 CC se refiere<sup>71</sup>. Con todo, que la jurisprudencia afirme que «la modificación del límite inferior a la variabilidad del interés aplicable a la obligación de devolución del préstamo hipotecario no es propiamente una novación extintiva, sino una modificación de un elemento que incide en el alcance de una relación obligatoria válida», no puede ser el pretexto para no aplicar el artículo 1208 CC<sup>72</sup>, como explicaré con posterioridad.

La novación y la transacción son, evidentemente, dos cosas distintas; pero no son excluyentes, pues actúan en un diferente plano lógico<sup>73</sup>. Por ello una transacción se estructura muchas veces sobre el esquema de una novación, en ocasiones extintiva<sup>74</sup>. Hasta el punto de que en bastantes casos la transacción es la causa de la novación de obligaciones preexistentes<sup>75</sup>. Ahora bien, la novación de una obligación previa no siempre trae causa de una transacción, sino solo cuando el *caput controversum* versa sobre un aspecto de un contrato que se acaba novando. Así, no hay transacción, aunque sí novación, cuando el prestatario accede a que se «eleve la cláusula suelo» a

<sup>70</sup> Según la STS 190/2021, 31 de marzo, P. Juan María Díaz Fraile, el contrato enjuiciado no tiene el carácter de novación propia o extintiva, porque el efecto extintivo no se declara «terminantemente» por las partes, ni de los términos del contrato puede deducirse una voluntad concorde en tal sentido, ni hay una absoluta incompatibilidad entre las obligaciones reflejadas.

<sup>71</sup> Como afirma la STS 123/2022, 16 de febrero, P. Juan María Díaz Fraile, la novación extintiva implica la extinción entre las partes de las obligaciones o garantías accesorias, que solo podrán subsistir en cuanto aprovechen a terceros que no hubieren prestado su consentimiento (art. 1207 CC). En cambio, la novación modificativa supone la conservación de las garantías accesorias. Con todo, como expone GUTIÉRREZ SANTIAIGO, 2021 (a), hay casos en que una novación objetiva supone la extinción de obligaciones accesorias, caracterizados estos por el rasgo común de que la modificación de la obligación agrava la posición de un tercero. Así podría ocurrir, por ejemplo, si se aumenta la cuantía de la deuda, o se pactan nuevos intereses, o se concede un nuevo plazo para el cumplimiento o se proroga el existente. En el mismo sentido, SANCHO REBULLIDA, 2015, quien entiende que la subsistencia tendrá que consentirla, en su caso, el tercero que garantizó (hipotecando un inmueble de su propiedad) la deuda ajena; y que, aun así, la garantía hipotecaria preferente alcanzará solo la cuantía garantizada en la *prior obligatio*, el resto requerirá nueva hipoteca, la cual será de rango inferior a las constituidas antes de la novación. Por ello, como afirma Díez-PICAZO, 2007, lo más razonable será entender que en la novación modificativa subsisten las relaciones accesorias, salvo cuando la situación del tercero resulte agravada como consecuencia de la novación. Cfr. RDGRN 11729/2017, de 19 septiembre.

<sup>72</sup> Cfr. STS 489/2018, 13 de septiembre, P. Ignacio Sancho Gargallo, entre otras.

<sup>73</sup> Como afirma la STS 157/2022, 1 de marzo, P. Juan María Díaz Fraile, la novación y la transacción son perfectamente compatibles. El contenido del vínculo obligatorio resultante de la transacción admite múltiples variantes, que dependen de cual haya sido la voluntad de los contratantes.

<sup>74</sup> STS 993/1998, 31 de octubre, P. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez.

<sup>75</sup> CARRASCO PERERA, 2021 (a) y jurisprudencia que cita. En opinión de SANCHO REBULLIDA, 1964, p. 354, la transacción es uno de los contratos que es especialmente acto para operar la novación.

cambio de que el prestamista le conceda una ampliación de capital<sup>76</sup>, o de plazo y capital<sup>77</sup>. En efecto, en estos casos las recíprocas concesiones no son el medio para resolver una controversia y evitar un pleito. La novación tampoco trae causa de una transacción cuando no se producen concesiones recíprocas y un estado de mínima contienda. Si una parte concede a la otra parte más plazo del estipulado en el contrato y una reducción del tipo de interés<sup>78</sup>, y esta parte no da nada a cambio, entonces no hay transacción. En efecto, por la reciprocidad se distingue la transacción de la renuncia, del allanamiento, del reconocimiento unilateral y de otros negocios que llevan consigo el abandono de una pretensión y que no requieren recíprocas renunciaciones y concesiones de las partes<sup>79</sup>. Por eso el antiguo Derecho se refería a la transacción como «un convenio no gratuito»<sup>80</sup>. Además, puede producirse una transacción sin novación cuando no exista entre las partes una relación contractual previa<sup>81</sup>, como por ejemplo cuando se transige sobre el *quantum* de una indemnización proveniente de un daño extracontractual<sup>82</sup>. Pero a pesar de existir una relación contractual previa, puede darse una transacción sin novación. Así, cuando la prestamista entrega una suma de dinero a cambio de que el prestatario renuncie a la acción de nulidad de la cláusula suelo<sup>83</sup>. Por lo demás, no es incongruente la sentencia que califica el contrato de transacción, aunque las partes lo hayan calificado de novación y renuncia<sup>84</sup>. Para atender a lo que realmente se pactó entre las partes, lo relevante no es el título que encabezaba el documento, sino el contenido y validez de sus cláusulas<sup>85</sup>.

Obsérvese que la casuística es variada, y lo cierto es que la novación que trae causa de la renuncia a la que nos referimos no solo consiste en la minoración de la cláusula suelo, sino que también puede consistir en sustituir el tipo de interés variable con cláusula suelo por un tipo de interés fijo, inferior al tipo suelo previsto ini-

<sup>76</sup> STS 548/2018, 5 de octubre, P. Ignacio Sancho Gargallo.

<sup>77</sup> SSTs 468/2022, 6 de junio, P. José Luis Seoane Spiegelberg y 361/2019, 26 de junio P. Rafael Saraza Jimena.

<sup>78</sup> STS 469/2022, 6 de junio, P. José Luis Seoane Spiegelberg.

<sup>79</sup> STS 1237/2007, 23 de noviembre, P. Xavier O'Callaghan Muñoz.

<sup>80</sup> Art. 1715 Proyecto CC de 1851, que se basa en C. 6, 3, 38 (cfr. GULLÓN BALLESTEROS, 1964, p. 43).

<sup>81</sup> CARRASCO PERERA, *Blog CESCO*, 2018.

<sup>82</sup> Con todo, como afirma SANCHO REBULLIDA, 1964, p. 340 a 341, no es necesario que la obligación preexistente sea contractual, y puede novarse contractualmente una obligación nacida de un cuasicontrato o acto ilícito. Según él, se nova una obligación preexistente.

<sup>83</sup> SSTs 644/2021, 28 de septiembre y 805/2021, 23 de noviembre, P. Juan María Díaz Fraile.

<sup>84</sup> STS 61/2022, 2 de febrero, P. Juan María Díaz Fraile.

<sup>85</sup> STS 246/2022, 29 de marzo, P. Ignacio Sancho Gargallo.

cialmente<sup>86</sup>. O en eliminar la cláusula suelo y mantener el tipo de interés variable inicial<sup>87</sup>, o en modificar este último agregándole un nuevo diferencial<sup>88</sup>. Incluso la novación puede consistir en suprimir la cláusula suelo y aplicar un tipo fijo durante un periodo de tiempo, para después aplicar el tipo de referencia y el diferencial pactado inicialmente<sup>89</sup> u otro distinto<sup>90</sup>. También puede ocurrir que la contraprestación del banco no consista solo en la novación, relativa a la supresión de la cláusula suelo para el futuro, sino, además, en la restitución al prestatario una cantidad por intereses pagados en aplicación de dicha cláusula suelo<sup>91</sup>. Pueden incluso formalizarse novaciones sucesivas sobre la misma materia, reduciendo la cláusula primero a un tipo y luego a otro, o estableciendo en la segunda operación un tipo de interés fijo<sup>92</sup>. En este caso, evidentemente, la primera modificación de la cláusula suelo opera a partir de la fecha del primer contrato privado, y la segunda reducción al a partir de la fecha del segundo contrato<sup>93</sup>. Además, si el prestatario contrató inicialmente tres préstamos hipotecarios con tres cláusulas suelo, se pueden pactar tres novaciones con sus correspondientes renunciaciones<sup>94</sup>. Como podremos notar con posterioridad, que la novación sea de un tipo u otro tiene consecuencias jurídicas distintas.

El cliente, por su parte, renuncia a la acción de nulidad de la cláusula suelo. La jurisprudencia nos demuestra que a veces la renuncia viene referida a cualquier acción futura frente al banco que traiga causa del préstamo<sup>95</sup>, mientras que otras veces alude a las acciones sobre la cláusula suelo original y a los intereses que se pagaron por

<sup>86</sup> SSTS 530/2021, 13 de agosto; 622/2021, 22 de septiembre; 805/2021, 23 de noviembre, P. Rafael Saraza Jimena y 806/2021, 23 de noviembre, P. Juan María Díaz Fraile.

<sup>87</sup> SSTS 304/2022, 19 de abril, P. Juan María Díaz Fraile; 767/2021, 3 de noviembre y STS 876/2021, 20 de diciembre, P. Rafael Saraza Jimena.

<sup>88</sup> SSTS 63/2021, 9 de febrero, P. Juan María Díaz Fraile y 407/2021, 15 de junio, P. Ignacio Sancho Gargallo.

<sup>89</sup> SSTS 589/2020, 11 de noviembre, P. Juan María Díaz Fraile; 208/2021, 19 de abril, P. Rafael Saraza Jimena; 309/2021, 12 de mayo, P. Rafael Saraza Jimena; 643/2021, 28 de septiembre, P. Juan María Díaz Fraile; y 806/2021, 23 de noviembre, P. Juan María Díaz Fraile.

<sup>90</sup> STS 827/2021, 30 de noviembre, P. Ignacio Sancho Gargallo.

<sup>91</sup> STS 60/2022, 1 de febrero, P. Juan María Díaz Fraile.

<sup>92</sup> STS 424/2022, 25 de mayo, P. Juan María Díaz Fraile.

<sup>93</sup> STS 431/2021, 22 de junio, P. Ignacio Sancho Gargallo.

<sup>94</sup> STS 246/2022, 29 de marzo, P. Ignacio Sancho Gargallo.

<sup>95</sup> SSTS 580/2020, 5 de noviembre, P. Ignacio Sancho Gargallo; 581/2020, 5 de noviembre, P. Ignacio Sancho Gargallo; 676/2020, 15 de diciembre, P. Ignacio Sancho Gargallo; 49/2021, 4 de febrero, P. Ignacio Sancho Gargallo; 86/2021, 17 de febrero, P. Ignacio Sancho Gargallo; 241/2021, 4 de mayo, P. Rafael Saraza Jimena; 325/2021, 17 de mayo, P. Rafael Saraza Jimena; 429/2021, 22 de junio, P. Ignacio Sancho Gargallo; 524/2021, 13 de julio, P. Ignacio Sancho Gargallo; 632/2021, 27 de septiembre, P. Rafael Saraza Jimena; 737/2021, 2 de noviembre, P. Ignacio Sancho Gargallo; 756/2021, 3 de noviembre, P. Ignacio Sancho Gargallo; 835/2021, 1 de diciembre, p. Ignacio Sancho Gargallo.

su aplicación<sup>96</sup>. Con todo, hay casos en los que la renuncia de acciones comprende todas las relativas a la cláusula suelo, pero no se limita a esta, sino que se extiende en general a cualquier reclamación en relación con el préstamo hipotecario en que aquella está inserta, en su totalidad<sup>97</sup>. Como explicaré más detalladamente luego, del texto del contrato debe desprenderse una renuncia por parte del consumidor que reúna los requisitos de claridad y comprensibilidad, que le permita entender a qué se renuncia y sus consecuencias. Por consiguiente, no puede admitirse la licitud y eficacia de una cláusula de renuncia inexistente<sup>98</sup>. La cláusula debe reflejar una renuncia de acciones «inequívoca e indudable»<sup>99</sup>. Por otra parte, no puede aceptarse que del acuerdo de novación de la regulación del interés remuneratorio se desprenda una renuncia del consumidor a ejercitar las acciones que pudieran corresponderle respecto de la cláusula suelo original, y menos aún con los requisitos que exige la jurisprudencia para la validez de una renuncia de esta naturaleza<sup>100</sup>. En efecto, un acuerdo por el que se nova la regulación de los intereses remuneratorios del préstamo no supone una renuncia tácita a la acción de nulidad de la cláusula suelo, no teniendo por tanto dicho acuerdo el carácter de transacción<sup>101</sup>. Aun más, hay casos en los que el documento no contiene una cláusula de renuncia<sup>102</sup>, pudiendo entenderse por tanto que no estamos hablando de un negocio recíproco, sino unilateral, y por tanto no hay transacción, pues solo hay concesiones por parte del prestamista. Por lo demás, si el prestatario niega la validez del documento privado por el que se reduce la cláusula suelo y se renuncia a impugnarla, por no estar firmado por él, y el prestamista no prueba lo contrario, no puede presuponerse la validez y autenticidad de dicho documento, ni por tanto del acuerdo transaccional<sup>103</sup>. Tampoco un ofrecimiento de modificación o eliminación de la cláusula suelo condicionado a la renuncia del cliente a la acción de nulidad puede considerarse una transacción,<sup>104</sup> sino una oferta de transacción necesitada de aceptación.

<sup>96</sup> STS 589/2020, 11 de noviembre, P. Juan María Díaz Fraile; 675/2020, 15 de diciembre, P. Ignacio Sancho Gargallo; 63/2021, 9 de febrero, P. Juan María Díaz Fraile, 208/2021, 19 de abril, P. Rafael Saraza Jimena; 216/2021, 20 de abril, P. Juan María Díaz Fraile; 407/2021, 15 de junio, P. Rafael Saraza Jimena; 530/2021, 13 de julio, P. Rafael Saraza Jimena; y 805/2021, 23 de noviembre, P. Juan María Díaz Fraile.

<sup>97</sup> STS 482/2022, de 14 de junio, P. Juan María Díaz Fraile.

<sup>98</sup> STS 311/2022, 19 de abril, P. Juan María Díaz Fraile.

<sup>99</sup> STS 243/2021, 4 de mayo, P. Juan María Díaz Fraile.

<sup>100</sup> STS 309/2021, 12 de mayo, P. Rafael Saraza Jimena.

<sup>101</sup> STS 424/2022, 25 de mayo, P. Juan María Díaz Fraile.

<sup>102</sup> SSTs 558/2017, 16 de octubre y 309/2021, 12 de mayo, P. Rafael Saraza Jimena.

<sup>103</sup> STS 463/2021, 29 de junio, P. Ignacio Sancho Gargallo.

<sup>104</sup> Para una transacción que no tiene que ver con la cláusula suelo, cfr. STS 65/2022, 2 de febrero, P. Pedro José Vela Torres.

Según las SSTs 403/2021, de 15 de junio<sup>105</sup>, y 421/2021, de 22 de junio<sup>106</sup>, tampoco hay transacción si la cláusula suelo originaria había sido declarada no transparente en virtud de una acción colectiva anterior a la formalización de la novación. No hay transacción, se dice, porque no hay contraprestación del banco, consistente en la reducción de la cláusula suelo, pues esta había sido previamente declarada nula por una sentencia que estimó la acción colectiva en la que banco y cliente estaban concernidos. Aunque, como he explicado, en el control de transparencia hay que tomar en consideración las circunstancias individuales y concretas que han concurrido en cada contrato, esto solo es coherente si la transparencia se examina a raíz de una acción individual, y no colectiva. En las acciones colectivas es imposible realizar un control circunstanciado, y será necesario llevar a cabo un control abstracto y de carácter objetivo<sup>107</sup>. En este sentido, la jurisprudencia, en un primer momento, razonó que entre las acciones colectivas y acciones individuales no existe identidad objetiva, puesto que tienen objetos y efectos jurídicos diferentes. Así, con fundamento en una interpretación conjunta de los artículos 15, 222.3 y 221 LEC, se concluyó que la cosa juzgada de la sentencia estimatoria de la acción colectiva afectará únicamente a los consumidores no personados que estén determinados individualmente en la propia sentencia, conforme dispone el artículo 221.1-1.ª LEC<sup>108</sup>. La jurisprudencia posterior ha matizado esta doctrina, y ha sostenido que, si por una acción de cesación se hubiera declarado abusiva una cláusula suelo, «en los litigios posteriores en los que se ejercite una acción individual de esa cláusula respecto de la misma entidad condenada, la regla general sería que el juez solo aprecie el carácter abusivo de la cláusula por las razones expresadas en aquella sentencia. Únicamente podrá el juez resolver sobre una acción individual en un sentido diferente, cuando constaran en el pleito circunstancias excepcionales referidas al concreto perfil del cliente o a la información suministrada por el banco predisponente en ese caso concreto, que se aparten notablemente de lo que puede considerarse el estándar medio y justifiquen que las razones por las que se estimó la abusividad de la cláusula en la sentencia que resolvió la acción colectiva no sean de aplicación en ese litigio sobre acción individual»<sup>109</sup>. Recientemente-

<sup>105</sup> P. Rafael Saraza Jimena.

<sup>106</sup> P. Ignacio Sancho Gargallo.

<sup>107</sup> STJUE 14 abril 2016, asuntos acumulados C-381/14 y C-385/14.

<sup>108</sup> STS (Pleno) 123/2017, 24 de febrero, P. Pedro José Vela Torres.

<sup>109</sup> STS 367/2017, 8 de junio, P. Rafael Saraza Jimena. Cfr. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *CCJC*, 2021. Ahora bien, es sorprendente que propio Tribunal Supremo haya negado que sea posible practicar el control de transparencia sobre condiciones generales de un contrato financiero complejo cuando la acción ejercitada es de carácter colectivo (STS 408/2020, 7 de julio, P. Pedro José Vela Torres). Así, de la sentencia se infiere que cuanto más complicado y menos estándar sea un contrato, menor será la posibilidad de aplicar un control de transparencia en una acción colectiva. Y, a la vez, cuanta mayor sea la información singular que se

te, el TS ha planteado una cuestión prejudicial al TJUE sobre la viabilidad de una acción colectiva de cesación ejercitada por una asociación de consumidores contra las cláusulas suelo utilizadas por las entidades financieras demandadas, a la que se acumuló una acción restitutoria de las cantidades pagadas en aplicación de esa cláusula. En particular, se plantea el problema de la compatibilidad entre el control abstracto de las acciones colectivas y el examen individualizado que requiere el control de transparencia, así como las dificultades para realizar un control abstracto de transparencia desde la perspectiva del «consumidor medio» (ATS 29 junio 2022, P. Pedro José Vela Torres).

Entonces, la declaración de nulidad de la cláusula suelo por la sentencia que resuelve la acción colectiva no puede tener efecto de cosa juzgada en la acción individual posterior, y el juez que conoce de la acción individual deberá pronunciarse sobre la transparencia de la cláusula, aunque sea para declararla no transparente porque no concurren circunstancias especiales relativas al concreto perfil del cliente o a la información suministrada por el predisponente. Por consiguiente, y al contrario de lo que parecen entender las SSTS 403/2021 y 421/2021, creo que la declaración de nulidad de la cláusula suelo de la sentencia colectiva no tenía eficacia de cosa juzgada en la acción individual posterior, por lo que la cláusula no era nula, sí había contraprestación del banco y por tanto transacción. En efecto, la novación se practica antes de que una sentencia haya declarado no transparente la cláusula suelo con efecto de cosa juzgada sobre una acción individual, por lo que la rebaja es posible y de hecho se realiza para evitar el «pleito individual». Es más, la sentencia que conoce la acción individual no podría declarar nula la cláusula suelo original, si la transacción era perfectamente transparente. Por lo demás, si la tesis que se critica fuera cierta, todas las transacciones acometidas después de la STS 241/2013, de 9 mayo, serían nulas, porque aquella sentencia versaba sobre acciones colectivas de nulidad por falta de transparencia, que deberían haber extendido su *cuasi-cosa-juzgada* a todas las contiendas posteriores, cosa que, notoriamente, no ha ocurrido<sup>110</sup>.

Como se ha apuntado, quizá porque la STJUE de 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15, declaró la total retroactividad de los efectos de la nulidad de una cláusula suelo declarada como nula, contradiciendo así el criterio de no retroac-

---

deba proveer a los deudores, menor será también la posibilidad de practicar un control abstracto de transparencia, porque el grado de conocimiento del negocio solo podrá ser evaluado después de un examen caso por caso (Cfr. CARRASCO PERERA, *GA-P*, 2020).

<sup>110</sup> Explica GONZÁLEZ PACANOWSKA, 2015, que, en Alemania, la acción colectiva se limita a cláusulas contrarias a los § 307 a 309 *BGB*, que regulan el control de contenido. Pero no cabe por infracción de normas sobre *Einbeziehung* o inclusión, contenidas en el § 305 *BGB*, ni para las cláusulas sorprendentes, § 305.c. 1 *BGB*.

tividad de la STS 241/2013, de 9 de mayo, muchos consumidores que firmaron los referidos acuerdos transaccionales los han impugnado<sup>111</sup>. Según la referida STJUE, es contrario al artículo 6 Directiva 93/13/CEE la jurisprudencia del TS, según la cual, la nulidad de una cláusula suelo declarada abusiva por falta de transparencia carecía de carácter retroactivo y, por tanto, solo procedía la devolución de las cantidades indebidamente percibidas a su amparo desde el 9 de mayo de 2013, fecha de la publicación de la primera sentencia plenaria sobre la materia. Pero en opinión del TJUE, la nulidad de la cláusula suelo declarada abusiva por falta de transparencia sí tiene carácter retroactivo, no puede limitarse en el tiempo la ineficacia *ex tunc* y procede la restitución de todas las cantidades indebidamente percibidas al amparo de una cláusula que debe considerarse que «nunca ha existido»<sup>112</sup>. En mi opinión, y como argumentaré con más detenimiento luego, es notorio que la cuestión de la retroactividad no puede haber afectado a la función «salvatoria» de la transacción. El TJUE reconoce declarativamente algo que preexistía en el negocio, a saber, que las consecuencias de la nulidad serán *ex tunc*. Pero eso no hace nula la transacción, que tiene su propia causa, salvo que se pudiera considerar que hay nulidad de la transacción por error y que este recae sobre *caput no controversum*<sup>113</sup>; en efecto, era no controvertido que la restitución solo se producía desde mayo de 2013, y esto resultó erróneo.

Normalmente, los prestatarios pretenden la ineficacia del acuerdo transaccional demandando la nulidad de la cláusula suelo incluida en el contrato de préstamo hipotecario<sup>114</sup>, acción a la que renunciaban, aunque en ocasiones también solicitan la nulidad de la nueva cláusula suelo contenida en el referido acuerdo<sup>115</sup>. Técnicamente, si la transacción comporta una renuncia a una acción de nulidad (eventual) de la cláusula suelo, habrá que «destruir» de forma independiente la cláusula transaccional, pues, mientras tal no ocurra, no se podrá plantear siquiera la nulidad de la cláusula o del contrato subyacente<sup>116</sup>. Por

<sup>111</sup> RUIZ-RICO RUIZ, *RDBB*, 2018.

<sup>112</sup> Cfr. CÁMARA LAPUENTE, *CDT*, 2017, pp. 383-395.

<sup>113</sup> El tratamiento del error constituye una de las cuestiones clásicas en materia de transacción. Aunque no es unánime, y aunque la jurisprudencia civil nunca adoptó expresamente tal diferenciación, la doctrina mayoritaria propone distinguir, siguiendo los modelos del Derecho alemán y de la doctrina italiana, entre error «in caput controversum» y error «in caput non controversum». Así, sería relevante exclusivamente el error que recae sobre extremos que no pertenecían al núcleo de incertidumbre que dio lugar a la controversia entre las partes; pero no sería relevante el error sobre el extremo incierto, sobre el que definitivamente se transigió [cfr. GULLÓN BALLESTEROS, 1964, pp. 167-175 y 2015; TAMAYO HAYA, 2016 y CARRASCO PERERA, 2021 (d)].

<sup>114</sup> SSTS 427/2021, 22 de junio, P. Ignacio Sancho Gargallo y 763/2021, 3 de noviembre, P. Rafael Saraza Jimena, entre otras.

<sup>115</sup> SSTS 309/2021, 12 de mayo, P. Rafael Saraza Jimena y 687/2021, 8 de octubre, P. Ignacio Sancho Gargallo, entre otras.

<sup>116</sup> CARRASCO PERERA, 2021.

tanto, una Audiencia Provincial no puede mantener el pronunciamiento de primera instancia sobre la nulidad de la cláusula suelo inicial y no declarar la nulidad de la cláusula sobre la renuncia de acciones<sup>117</sup>. Asimismo, y dependiendo del momento en el que se interpone la reclamación, se pide la restitución de las cantidades indebidamente cobradas en aplicación de esa cláusula desde el 9 de mayo de 2013<sup>118</sup> o desde que se realizaron los primeros pagos<sup>119</sup>. Recuérdese que la restitución no puede ser acordada de oficio, y debe pedirse por el consumidor demandante<sup>120</sup>. Los bancos se defienden alegando la *exceptio rei per transactionem finitae*<sup>121</sup>, es decir, la existencia y validez del acuerdo privado en que accedían a novar las condiciones del préstamo hipotecario y los prestatarios renunciaban al ejercicio de la acción de nulidad (art. 1816 CC)<sup>122</sup>. Mas los bancos no verán estimada una alegación de falta de legitimación activa del cliente, en el ámbito del recurso por infracción procesal, por la existencia de la transacción, cuestión de fondo que deberá resolverse en el recurso de casación<sup>123</sup>.

El tema de las transacciones sobre las cláusulas suelo ha adquirido gran importancia en la jurisprudencia civil, con más de doscientas resoluciones dictadas hasta la fecha que han ido cambiando de criterio a la luz de la doctrina del TJUE sobre esta concreta materia. Estas sentencias tienen como común denominador que estiman recursos de casación contra sentencias de Audiencias Provinciales que habían sostenido principalmente que una cláusula suelo nula no podía ser confirmada ni novada válidamente. Pues bien, considero que es interesante sistematizar dicha jurisprudencia y glosarla, y no solo por el gran número de resoluciones dictadas, sino, más importante, porque es posible suministrar en algunos puntos soluciones en Derecho distintas a las proporcionadas.

### 3. LA PRIMERA POSTURA DE LA JURISPRUDENCIA CIVIL

En la fase incipiente de esta controversia, la mayoría de la jurisprudencia menor calificó el referido acuerdo como una simple novación de las condiciones principales del préstamo. Además, lo normal

<sup>117</sup> STS 303/2022, 19 de abril, P. Juan María Díaz Fraile.

<sup>118</sup> SSTs 32/2021, 23 de enero, P. Rafael Saraza Jimena y 431/2021, 22 de junio, P. Ignacio Sancho Gargallo.

<sup>119</sup> Por todas, STS 765/2021, 22 de junio, P. Rafael Saraza Jimena.

<sup>120</sup> STS 467/2022, 6 de junio, P. María de los Ángeles Parra Lucán.

<sup>121</sup> Cfr. SSTs de 28 septiembre 1984, P. Jaime Santos Briz y de 10 abril 1985, P. Rafael Pérez Gimeno.

<sup>122</sup> Por todas, STS 648/2021, 28 de septiembre, P. Rafael Saraza Jimena.

<sup>123</sup> STS 60/2022, 1 de febrero, P. Juan María Díaz Fraile.

es que los acuerdos acabaran siendo declarados nulos por principio, argumentándose una especie de propagación de la nulidad de la cláusula suelo a todos los negocios posteriores sobre la misma cláusula, por mor del artículo 1208 CC. Con apoyo en brocardos latinos (*quod ab initio vitiosum est non potest tractu temporis conualescere* o *quod nullum est nullum producit effectum*), algunas resoluciones afirmaban que «la nulidad, a diferencia de la anulabilidad, no es convalidable», o que «la declaración de nulidad de la cláusula suelo originaria tiene un efecto de propagación a los actos que tengan su base en la misma», por lo que «la novación de lo nulo ningún efecto produce, nulo sigue siendo»<sup>124</sup>. Entonces ¿podrá convalidarse por confirmación una cláusula suelo no transparente? ¿Arrastrará la nulidad de la cláusula suelo la nulidad de la novación?<sup>125</sup>

Pues bien, la STS 558/2017, de 16 de octubre 126, ratificó en términos generales la doctrina emanada por la jurisprudencia mayoritaria de primera y segunda instancia. La *ratio decidendi* es como sigue. En primer lugar, la cláusula suelo carece de transparencia y debe considerarse nula de pleno derecho, nulidad apreciable de oficio, por lo que el consumidor no puede quedar vinculado a ella. Además, la nulidad de pleno derecho no admite convalidación. Por ello, no resulta correcta la afirmación del Juzgado de que el contrato resultó convalidado por la petición de los prestatarios de que se les redujera la cláusula suelo al nivel que tenían los contratos de otros compradores de la misma promoción y, en definitiva, la nulidad de la cláusula suelo no ha quedado subsanada. A mayor abundamiento, no entran en juego las dos excepciones que prevé el artículo 1208 CC para que no se considere nula la novación si así lo es la obligación principal. Respecto a la primera, «salvo que la causa de nulidad sólo pueda ser invocada por el deudor», se afirma que no es de aplicación dado que la abusividad o falta de transparencia no es solo alegable por el deudor, sino que también puede ser apreciada de oficio. En relación con la segunda, «salvo que ratificación convalide los actos nulos en su origen», se sostiene que para que la subsanación se produzca deben concurrir los requisitos que el artículo 1311 CC y la jurisprudencia que lo desarrolla establecen para la convalidación de los negocios anulables. No obstante, no puede considerarse una convalidación del contrato la protesta por la inclusión de una cláusula y la petición de que al menos se reduzca el suelo al fijado en otros

<sup>124</sup> Entre otras, SSAP de Zaragoza (Sección 5.ª) 212/2017, 27 de abril; 321/2017, 2 de junio; 322/2017, 5 de junio; SSAP de Badajoz (Sección 2.ª) 140/2017, 27 de abril; 190/2017, 29 de mayo; 213/2017, 15 de junio; 232/2017, 29 de junio; SAP de Navarra (Sección 3.ª) 104/2016, 29 de febrero; SAP de Palencia (Sección 1.ª) 223/2016, 14 de noviembre; SSJPI de Pamplona 164/2017, 13 de junio y JPI de Vitoria 2/2015, 7 de enero.

<sup>125</sup> Cfr. ALBIEZ DORHMANN, *CCDJ*, 1994, pp. 62-108.

<sup>126</sup> P. Rafael Saraza Jimena.

contratos de la misma promoción, pues no constituye un acto inequívoco de la voluntad tácita de convalidación o confirmación del contrato, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda dicha situación confirmatoria. Se trata, en cambio, de una solicitud dirigida a reducir en lo posible las consecuencias negativas que la cláusula cuestionada tenía para los prestatarios, que no les impide posteriormente solicitar la declaración de nulidad absoluta de tal cláusula y la restitución de lo que el banco ha percibido indebidamente por su aplicación.

Ante la argumentación expuesta, se pueden realizar algunos comentarios. En primer lugar, se afirma que la cláusula suelo carece de transparencia, y debe considerarse nula de pleno derecho, nulidad apreciable de oficio, por lo que no admite convalidación. Parece, pues, que la sentencia asume el rígido binomio tradicional entre nulidad relativa (o anulabilidad) y nulidad absoluta (o radical o de pleno derecho), entendidas ambas nulidades como protectoras de distintos intereses (privados y públicos, respectivamente), y determinantes de unas consecuencias ineludibles en cuanto a cuestiones de régimen jurídico: legitimación activa, posibilidad de convalidación, prescripción, apreciación de oficio, etc. Estas consecuencias se aplicarían en bloque, de manera indisoluble, con poquísimas excepciones determinadas por el legislador y la jurisprudencia<sup>127</sup>.

Con todo, algunos autores han criticado este binomio entre nulidad y anulabilidad y las consecuencias típicas que cada una conlleva. Se critica porque nuestro Código no lo contempla, y porque este modo de entender las cosas proviene únicamente de la importación de doctrina extranjera. Además, en muchos casos, la jurisprudencia no anuda de forma ineludible a un régimen concreto de nulidad las consecuencias jurídicas descritas. El caso paradigmático es un contrato nulo por falta de forma que se confirma con la forma necesaria, pero hay muchísimos más. Por tanto, sería un exceso de teoría sostener, porque sí, que la nulidad de pleno derecho no admite confirmación. Para optar por un concreto régimen jurídico habría más bien que examinar el fin que pretende proteger una determina norma sobre nulidad, es decir, si pretende proteger los intereses de una parte contratante o en cambio el orden público. Es decir, habría que guiarse por un criterio funcional. De esta forma podría determinarse con precisión el régimen jurídico aplicable a nuevos tipos de nulidad creadas *ex novo* por el legislador: legitimación activa, confirmación, prescripción, apreciación de oficio, etc.<sup>128</sup>

<sup>127</sup> Cfr. VAQUERO PINTO, 2021.

<sup>128</sup> PASQUAU LIAÑO, 1997, *passim* y 2000 (b), pp. 774 ss. En este sentido, el artículo 1179 del Código Civil francés reformado por la Ordenanza 2016-131, de 10 de febrero 2016, reza que «la nulidad será absoluta cuando la regla violada tenga por objeto la salva-

Con todo, como se ha explicado, nuestro régimen de nulidad por antonomasia es el regulado en el artículo 1301 CC. Es el único sistema de nulidad estructurado del Código. Sin perjuicio de lo establecido en los artículos 1305 CC y 1306 CC, el artículo 1301 CC tiene la función de proteger intereses privados, por eso solo el perjudicado por la nulidad contractual está legitimado para impugnar (art. 1302 CC). En efecto, las normas que establecen nulidades en beneficio de una clase de contratantes limitan a los miembros de esta clase la legitimación para solicitarla. Por tanto, no es una norma que tutele el orden público, pues de ser así debería ser más amplia la legitimación para impugnar. Según los supuestos de hecho del artículo 1301 CC, esta nulidad relativa se caracteriza porque el déficit contractual pertenece a la prestación del consentimiento, bien porque no ha sido aquel correctamente conformado, bien porque no ha prestado su concurso todos los que debían hacerlo. Por tanto, la ineficacia no es por razón de un contenido prohibido. Así pues, en el régimen del artículo 1301 CC la legitimación para actuar es restringida, la nulidad no es apreciable de oficio y está sometida a plazo de prescripción, además de la posibilidad de confirmación (arts. 1309 a 1313 CC). Al ser el régimen mejor acabado, tiene que aplicarse expansivamente o por analogía a los casos no previstos en él, siempre que estos guarden una identidad de razón con el régimen de nulidad regulado. Para ello habrá que analizar caso por caso si la función de la concreta norma de nulidad es proteger intereses privados o públicos, y «también la relación fundamental entre la legitimación de quien actúa y la razón que hace nulo el contrato cuya ineficacia se pretende»<sup>129</sup>.

Por consiguiente, debe analizarse si el régimen de nulidad por falta de transparencia es semejante o guarda identidad de razón con el régimen de nulidad del artículo 1301 CC<sup>130</sup>. Pues bien, como he

---

guarda del interés general. Será relativa cuando la regla violada tenga por objeto la salvaguarda del interés privado». Asimismo, el artículo 233 del Libro Sexto Código Civil Holandés, tratándose de condiciones generales, y en coherencia con el artículo 40.2 del Libro tercero, establece que «si la disposición tiende exclusivamente a la protección de una de las partes (...) conduce a la anulabilidad (...) en cuanto no se derive de la finalidad de la disposición otro sentido». Cfr., también, CLAVERÍA GOSÁLVEZ, 1977, pp. 647-648; DELGADO ECHEVERRÍA, 2015; CARRASCO PERERA, *Blog CESCO*, 2017 (b) y LÓPEZ Y LÓPEZ, 2022, pp. 575-596.

<sup>129</sup> CARRASCO PERERA, 2021 y *Revista CESCO*, 2017, p. 96. Así, en materia de productos financieros complejos, aunque la realización de los test de conveniencia y de idoneidad no tiene una conexión totalmente directa con la formación correcta del consentimiento del inversor, la jurisprudencia civil ha rechazado que pueda hablarse aquí de una nulidad por razón de contenido o de orden público del artículo 6.3 CC, y ha reconducido sistemáticamente los vicios en la contratación de productos financieros a la nulidad relativa por error o dolo en el consentimiento (por todas, STS 12/2017, 13 de enero, P. Rafael Saraza Jimena).

<sup>130</sup> Dejaremos por ahora de lado el estudio del artículo 83.2 TRLGDCU, introducido por la LCCI, que no constituye derecho vigente para los supuestos que se abordan en este estudio.

considerado con anterioridad, no es lo mismo una cláusula abusiva por falta de transparencia material y otra que lo fuera por incurrir en cualquiera de los criterios de abusividad descritos en los artículos 82 y siguientes del TRLGDCU<sup>131</sup>. La esencia del deber de transparencia de las cláusulas que regulan elementos esenciales del contrato es entendida como un deber de proporcionar una serie de información que permita al consumidor una representación fiel del impacto económico y jurídico que supondrá en el contrato la cláusula que fuese. Si el tipo de vicio contractual afecta a la prestación adecuada del consentimiento, se trata entonces de un vicio perteneciente a la clase de la anulabilidad o nulidad relativa<sup>132</sup>. En efecto, la falta de transparencia no es un vicio de contenido, sino más bien un fenómeno similar a los vicios del consentimiento por error<sup>133</sup> (o dolo<sup>134</sup>). Como en ocasiones ha afirmado la jurisprudencia, la cláusula suelo carece de transparencia porque «induce a error» al cliente sobre un aspecto esencial del contrato<sup>135</sup>. En mi opinión, lo anterior queda demostrado en materia de préstamos hipotecarios referenciados en divisa extranjera, cuando se observa que, en realidad, la jurisprudencia civil no lleva a cabo un control de transparencia, sino un juicio de ineficacia contractual por vicio del consentimiento<sup>136</sup>. Asimismo, el control del consentimiento del cliente en la adquisición de productos financieros recuerda mucho a un control de transparencia sobre los elementos esenciales del contrato. En efecto, por un lado, la falta de acreditación del cumplimiento de los deberes de información permite presumir en el cliente la falta de conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados y, consiguientemente, la

<sup>131</sup> Con todo, como explicaré más detalladamente luego, la jurisprudencia civil ha considerado que la falta de transparencia de determinadas cláusulas, como la suelo o la multidivisa, trae consigo un desequilibrio sustancial, por lo que en esos contextos la falta de transparencia equivale a la abusividad (cfr. por todas, STS 642/2018, de 20 noviembre, P. Javier Orduña Moreno).

<sup>132</sup> CARRASCO PERERA, *Revista CESCO*, 2017, p. 95. La STS 171/2017, 9 de marzo, P. Ignacio Sancho Gargallo, sostiene que el control de transparencia a la postre supone la valoración de cómo una cláusula contractual ha podido afectar al precio y a su relación con la contraprestación de una manera que pase inadvertida al consumidor en el momento *de prestar su consentimiento*.

<sup>133</sup> AGÜERO ORTIZ, *Revista CESCO*, 2017, p. 177 y FENOY PICÓN, *ADC*, 2018, pp. 1037-1040.

<sup>134</sup> PANTALEÓN PRIETO, *Almacén de Derecho*, 2017. Lo cierto es que la descripción de lo que constituye una falta de transparencia «abusiva» coincide parcialmente con la definición estándar de dolo *in contrahendo*: información que engaña o es susceptible de engañar al destinatario y actúa sobre la voluntad negocial del consumidor para hacerle tomar una decisión de compra que no hubiera tomado en otras circunstancias. Tanto la regulación del dolo grave (nulidad) como la de la incidental (que solo obliga al que lo empleó a indemnizar daños y perjuicios), pueden fundamentar una restitución de los intereses pagados por una cláusula suelo nula por dolo o, si se quiere, no transparente (Cfr. MORALES MORENO, 1989).

<sup>135</sup> STS (Pleno) 705/2015, 23 de diciembre, P. Pedro José Vela Torres.

<sup>136</sup> Cfr., por todas, STS (Pleno) 608/2017, 15 de noviembre, P. Rafael Saraza Jimena.

existencia de un error excusable<sup>137</sup>. De otro, que el predisponente no proporcione la información necesaria puede ser un factor determinante para considerar que una cláusula que regula un elemento esencial del contrato no es transparente<sup>138</sup>.

Con todo, la jurisprudencia ha establecido diferencias entre ambas figuras<sup>139</sup>. En primer lugar, se afirma que en la evaluación de la transparencia se produce un control más objetivo de la cláusula y del proceso de contratación, mientras que en el error vicio las circunstancias personales de los contratantes son fundamentales para determinar tanto la propia existencia del error como, en caso de que exista el error, la excusabilidad del mismo. Mas nótese que esta declaración no sería coherente con la jurisprudencia que tiene en cuenta el perfil cualificado del consumidor para considerar transparente una cláusula<sup>140</sup>. En segundo lugar, se argumenta que la apreciación del error vicio tiene como consecuencia la nulidad total del contrato, mientras que la falta de transparencia solo provoca la nulidad de la cláusula y la subsistencia del resto del contrato. Pero la doctrina ha defendido una conclusión distinta, razonando que la nulidad por error en el consentimiento podría afectar a una sola cláusula<sup>141</sup>. De hecho, aunque es cierto que la jurisprudencia dominante se decanta por la nulidad total del préstamo multidivisa en caso de apreciarse error en el consentimiento del cliente<sup>142</sup>, también se ha aceptado una nulidad parcial por error, cuando ha sido solicitada por el cliente y no opuesta por la entidad<sup>143</sup>. En consecuencia, se ha criticado que la diferencia de trato entre la nulidad por falta de transparencia y por error vicio produce situaciones confusas<sup>144</sup>.

En mi opinión, la nulidad por falta de transparencia tiene como función proteger intereses privados, en concreto los del consumidor

<sup>137</sup> La STS 282/2017, 10 de mayo, P. Francisco Marín Castán, declara «la nulidad del contrato por concurrencia de error en el consentimiento cuando el mismo ha sido causado por el incumplimiento por la empresa de servicios de inversión del deber de información al cliente que le impone la normativa sectorial». Con todo, aclara la STS 292/2017, 12 de mayo, P. María de los Ángeles Parra Lucán, que el incumplimiento de los deberes de información no comporta necesariamente la existencia de error vicio, pero puede incidir en la apreciación de este, en tanto que la información es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento. Lo que vicia el consentimiento por error es la falta del conocimiento del producto y de sus riesgos asociados no, por sí solo, el incumplimiento del deber de información.

<sup>138</sup> La STS 138/2015, 24 de marzo, P. Rafael Saraza Jimena, entre otras, vincula transparencia e información exigible. Asimismo, las SSAAPP de Alicante, 12 junio de 2014, de Madrid, 21 julio de 2015 y de Sevilla, 29 diciembre 2016.

<sup>139</sup> Por todas, STS 367/2017 de 8 de junio, P. Rafael Saraza Jimena.

<sup>140</sup> STS 642/2020, 27 de noviembre, P. Ignacio Sancho Gargallo.

<sup>141</sup> A mi juicio, como razona CARRASCO PERERA, 2019, pp. 522-548, no tiene sentido afirmar que no es posible una *nulidad relativa parcial*, cuando es posible una nulidad parcial por «abusividad» (art. 83 TRLGDCU).

<sup>142</sup> STS 80/2021, 15 de febrero, P. Juan María Díaz Fraile.

<sup>143</sup> STS 390/2021, 8 de junio, P. Rafael Saraza Jimena.

<sup>144</sup> GONZÁLEZ PACANOWSKA, 2022, p. 462.

adherente, por eso el predisponente no puede invocarla ni puede imponerse en contra de los intereses del aquel (cfr. art. 8 LCGC). Quizás lo más acertado sería afirmar que la nulidad por falta de transparencia es una nulidad de pleno derecho relativa<sup>145</sup>. Que la transparencia tiene como finalidad proteger intereses privados se demuestra en que las partes, por mutuo consenso, pueden considerar transparente la cláusula litigiosa y centrar la controversia en los efectos restitutorios de la nulidad sobre las cantidades pagadas en exceso<sup>146</sup>. Por todo lo expuesto, creo que el régimen de nulidad del artículo 1301 CC debe aplicarse expansiva o analógicamente a la nulidad por falta de transparencia de cláusulas que regulan elementos esenciales del contrato<sup>147</sup>. Por consiguiente, la nulidad por falta de transparencia de una cláusula suelo se puede convalidar por confirmación<sup>148</sup>, al igual que un déficit de consentimiento es confirmable, siempre que se cumpla con lo preceptuado en el artículo 1311 CC<sup>149</sup>. Lo que no se puede confirmar es un contrato o una cláusula sobre la que no se haya pres-

<sup>145</sup> Afirma MIQUEL GONZÁLEZ, 2002, pp. 474-480, en relación con el régimen de nulidad del artículo 8 LCGC, que se trata de una nulidad relativa porque trata de proteger únicamente al adherente, que es el único que la puede invocar. Además, según el autor citado, podría ser apreciada de oficio, pero no en contra del interés de la parte protegida. También se trata de una nulidad de pleno derecho, porque opera por obra de la ley, y no de la sentencia que la aprecie. Es decir, se trata de una nulidad inicial en beneficio del consumidor adherente que no necesita ejercer ninguna acción para obtener la nulidad. Puede el protegido invocarla mediante acción, excepción o ser favorecido por la apreciación de oficio. Por su parte, la STJUE 4 junio 2009, asunto C-243/08, declara que «el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE debe interpretarse en el sentido de que una cláusula contractual abusiva no vincula al consumidor y que, a este respecto, no es necesario que aquel haya impugnado previamente con éxito tal cláusula».

<sup>146</sup> Cfr. STS 487/2017, 20 de julio, P. Rafael Saraza Jimena.

<sup>147</sup> CARRASCO PERERA, *Blog CESCO*, 2017. Aunque la transparencia es un fenómeno que afecta a la prestación del consentimiento, se ha argumentado que la *ratio* del control es la protección del orden público o colectivo, y no el individual, pues se protege a una categoría de contratantes: el consumidor frente al profesional. En este sentido, SARAZA JIMENA, 1994, p. 25, afirma que al interés individual que cada adherente tiene en el contrato, considerado aisladamente, trasciende un interés general: el interés de los ciudadanos. En la misma dirección, MIRANDA SERRANO, *Indret*, 2018, p. 39, sostiene que la apreciación del carácter sorprendente o no transparente de una cláusula puede realizarse de oficio por el juez, lo que se casaría muy bien al carácter de orden público de la normativa protectora de los consumidores y usuarios, dictada en desarrollo del artículo 51 CE. Con todo, que la nulidad por falta de transparencia pretende proteger los intereses del consumidor adherente queda demostrado, en mi opinión, porque el juez no puede imponerla en contra de su voluntad y porque el predisponente no puede instarla.

<sup>148</sup> CARRASCO PERERA, 2021. En contra, la STS 454/2020, 23 de julio, P. Pedro José Vela Torres, parece entender que la confirmación tendría sentido si el ámbito del enjuiciamiento fuera el propio de la nulidad contractual por error vicio del consentimiento, pero no el de la transparencia de condiciones generales de los contratos. Más claramente, la jurisprudencia posterior sobre la cláusula suelo ha declarado que las «normas que se denuncian infringidas, que regulan la confirmación de los contratos anulables, no resultan de aplicación a los casos de nulidad absoluta, en general, y en particular a la nulidad las cláusulas abusivas» (por todas, STS 91/2022 3 de febrero, P. Ignacio Sancho Gargallo). También la doctrina: PASQUAU LIAÑO, 2000, pp. 278, 283 y 774-778 y GONZÁLEZ PACANOWSKA, 2015.

<sup>149</sup> DELGADO ECHEVERRÍA, 1982.

tado consentimiento, a tenor del artículo 1310 CC<sup>150</sup>. Por la misma razón, la acción de restitución de las cantidades entregadas en aplicación de una cláusula suelo no transparente debe estar sometida a un plazo de prescripción<sup>151</sup>, aunque esta afirmación no ha sido realizada explícitamente por la jurisprudencia<sup>152</sup>.

El artículo 1311 CC admite la confirmación expresa y la confirmación tácita. La confirmación expresa es una declaración unilateral de voluntad por la que el legitimado para impugnar manifiesta la voluntad de confirmar (art. 1312 CC), es decir, de conferir definitivamente eficacia al contrato anulable<sup>153</sup>. Por otra parte, la confirmación tácita es la que normalmente se fiscaliza por los tribunales, seguramente porque siempre es más difícil determinar con precisión la voluntad real de una declaración no expresa. Según el artículo 1311 CC, hay confirmación tácita cuando «con conocimiento de la causa de nulidad y habiendo esta cesado, el que tuviese derecho a invocarla ejecutase un acto que implique necesariamente la voluntad de renunciarlo»<sup>154</sup>. Así pues, puede razonarse que el prestatario del caso comentado tenía, por un lado, conocimiento de la causa de nulidad, pues por eso se quejó al Servicio de Reclamaciones del Banco de España, alegando que no se le había informado del funcionamiento de la cláusula, y pidiendo finalmente a su banco que se le redujera<sup>155</sup>. Por otro lado, la causa de nulidad puede cesar, siempre que el consumidor salga de la situación de desconocimiento en la que se encontraba y pueda comprender la carga económica y jurídica de la cláusula. En este caso, no subsiste la razón de la protección impuesta por «la norma», pues sobrevenida la comprensión real de la cláusula, decae el interés privado protegido por el control de transparencia. Si tras la celebración del contrato, el desconocimiento sobre la cláusula desaparece, el control de transparencia agota su finalidad y el contratante perjudicado

<sup>150</sup> STS 654/2015, 19 de noviembre, P. Pedro José Vela Torres.

<sup>151</sup> CARRASCO PERERA, 2017, que, aplicando expansivamente el artículo 1301 CC, sostiene que la acción para reclamar intereses pagados en virtud de una cláusula suelo está prescrita cuando «han transcurrido cuatro años desde que el contrato hipotecario ha sido consumado y cancelado». En contra, MARTÍNEZ ESPÍN, 2020

<sup>152</sup> La STS 118/2022, 15 de febrero, P. Rafael Saraza Jimena, únicamente afirma que, en los contratos de tracto sucesivo, cuando la consumación del contrato coincide con el agotamiento o extinción del contrato, el término inicial de ejercicio de la acción de nulidad previsto en el artículo 1301 CC para los casos de error, dolo o falsedad de la causa, coincide con el momento de extinción del contrato, lo que muestra que la extinción del préstamo hipotecario no es por sí misma un obstáculo para el ejercicio de la acción de nulidad de la cláusula suelo.

<sup>153</sup> COLÁS ESCANDÓN, 2013 (a).

<sup>154</sup> Como dice DELGADO ECHEVERRÍA, 2015 (b), no se puede querer confirmar aquello que no se sabe que es impugnabile, ni sería válida la confirmación afectada del mismo vicio que el contrato a que se refiere.

<sup>155</sup> En este sentido, AGÜERO ORTIZ y VALENCIA CUENCA, *Blog CESCO*, 2017.

puede convalidar. Pues bien, creo que el consumidor tenía información que le permitía conocer la carga jurídica y económica de la cláusula suelo, pues si no tuviera conocimiento de ello no habría solicitado que se le suprimiese<sup>156</sup>. Porque si el cliente no sabe que la cláusula suelo impide que el tipo de interés no baje de un determinado umbral, es imposible que pida que se le elimine. Pero si lo sabe es posible que sí lo haga.

Además, puede ser un hecho relevante a efectos de apreciar la confirmación que el prestatario, aun sabiendo que la cláusula suelo podía ser nula, siguiera realizando pagos, es decir, cumpliendo el contrato<sup>157</sup>. En efecto, aunque no comportan confirmación los actos ejecutados por el contratante en cumplimiento del contrato mientras persista la situación de error o fraude que hubiera permitido impugnarlo, sí comportan confirmación los actos de cumplimiento del contrato si ha cesado el vicio que permitía impugnarlo<sup>158</sup>. Si se produce la confirmación, se extingue la acción de nulidad (art. 1309 CC) mediante la convalidación del contrato, con efecto retroactivo, a través de la ficción de considerar que el contrato ha sido plenamente válido desde su celebración (art. 1313 CC: «purifica los vicios desde el momento de su celebración»)<sup>159</sup>. En ese caso, si el consumidor reclama contra la cláusula o contrato confirmado, iría contra sus «propios actos». En nuestro caso, el «acto propio» es la solicitud de eliminación, que es sinónimo de acto confirmatorio. Ahora bien, solo los «actos propios» que «revelen una vinculación jurídica» son los que producen efectos confirmatorios<sup>160</sup>.

En efecto, nótese que la jurisprudencia, que conoce de recursos sobre productos financieros complejos, es bastante rigurosa a la hora de admitir que un determinado acto supone una confirmación tácita. En virtud de esta jurisprudencia, recaída en los últimos años, es difícil establecer un criterio preciso que determine cuándo un acto es susceptible de considerarse como una confirmación tácita<sup>161</sup>. Así, bajo el complejo argumento, enunciado por algunos autores, de que la confirmación tiene un contenido y alcance más amplio que el de la voluntad de desprenderse de la acción de anulación

<sup>156</sup> Ahora bien, podría comprenderse que el consumidor ha salido de esa situación de desconocimiento solo si queda probado que el prestamista le ha proporcionado la información necesaria (cfr. STS 158/2022, 1 de marzo, P. Pedro Jose Vela Torres). Con todo, según la STJUE 25 abril 2015, asunto C-96/14, la información contenida en el contrato no es el único factor para determinar la transparencia de una cláusula.

<sup>157</sup> PASQUAU LIAÑO, 1997, p. 339 y CLAVERÍA GOSÁLVEZ, 1977, pp. 233 ss.

<sup>158</sup> STS 344/2017, 1 v de junio, P. Ignacio Sancho Gargallo.

<sup>159</sup> CARRASCO PERERA, 2021.

<sup>160</sup> STS 132/2022, 22 de febrero, P. Juan María Díaz Fraile.

<sup>161</sup> VAQUERO PINTO, 2021.

(cfr. art. 1309)<sup>162</sup>, la jurisprudencia afirma que «el análisis de si los hechos realizados por el legitimado para impugnar el contrato comportan su confirmación no se dirige a identificar una voluntad autónoma de renuncia a la acción. En cambio, a partir del análisis del comportamiento del titular de la acción se concluye si su conducta es jurídicamente significativa para entender que ha confirmado el contrato y, si es así, el confirmante ya no podrá impugnarlo. “En la confirmación tácita esa voluntad debe manifestarse mediante actos concluyentes, mediante un comportamiento del que se infiera inequívocamente la voluntad de confirmar”»<sup>163</sup>.

Para casos muy similares al que es objeto de comentario, la jurisprudencia sostiene que la finalidad del acto no era confirmar, y sí más bien evitar el empobrecimiento que suponía seguir aplicando la cláusula suelo en vez de un tipo de interés más reducido<sup>164</sup>. Es decir, la solicitud de reducción del tipo suelo solo trata de evitar un mayor endeudamiento y mayores males derivados del devengo de un tipo de interés superior, por lo que no supone confirmación<sup>165</sup>. La solicitud de rebaja solo evidenciaría la desavenencia del consumidor con la entidad bancaria acerca de la cláusula suelo. Por eso el acto confirmatorio debe crear una expectativa razonable para la entidad bancaria, que hubiera de generar para la misma la confianza en una actuación de coherencia posterior por parte del confirmante que descartara cualquier reclamación del contrato o la cláusula controvertida<sup>166</sup>. Por consiguiente, según la jurisprudencia referida, un acto por el que el consumidor solicita la rebaja del tipo suelo, accediendo el banco a ello, no convalida por confirmación la nulidad de la cláusula suelo primigenia.

En segundo lugar, la sentencia declara que al tratarse de una nulidad absoluta o de pleno derecho, operaría la previsión del artículo 1208 CC, que vedaría la novación modificativa de la cláusula. El artículo 1208 CC reza que «la novación es nula si lo fuere también la obligación primitiva, salvo que la causa de nulidad solo pueda ser invocada por el deudor, o que la ratificación convalide los actos nulos en su origen». La primera parte del precepto, «la obligación es nula si lo fuere también la obligación primitiva», significa que cuando el

<sup>162</sup> Según DELGADO ECHEVERRÍA, 2015 (a), a pesar de la literalidad del artículo 1309 CC, la confirmación es bastante más que una causa de extinción de la repetición, pues esta en nada altera la inicial invalidez del contrato. El artículo 1313 CC lo prueba, al afirmar que «la confirmación purifica al contrato». Le sigue GARCÍA VICENTE, 2013. En contra, GULLÓN BALLESTEROS, *ADC*, 1960, pp. 1195 ss., y PASQUAU LIAÑO, 1997, p. 320 a 326.

<sup>163</sup> Por todas, STS 64/2019, 23 de octubre, P. María de los Ángeles Parra Lucán.

<sup>164</sup> STS 109/2019, 19 de febrero, P. Javier Arroyo Fiestas.

<sup>165</sup> STS 139/2022, 21 de febrero, P. María de los Ángeles Parra Lucán.

<sup>166</sup> STS 57/2016, 12 de febrero, P. Javier Orduña Moreno.

contrato es inexistente, toda novación ulterior se apoya sobre la nada<sup>167</sup>. En efecto, para que se entienda novada una obligación en cualquiera de las formas que establece el artículo 1203 CC es necesario que conste la existencia de esa obligación primera. Así, cuando un incapaz natural se obliga como prestatario, y ulteriormente concede una garantía, no se puede decir que el préstamo exista, y por tanto la aportación de la garantía será nula. Es un predicado lógico, no normativo. Y cuando la lógica no funciona, tampoco ha de valer la limitación al alcance de la confirmación<sup>168</sup>. Por ello, la norma no se puede aplicar si la novación consiste precisamente en la eliminación del vicio que hacía nulo al contrato o la cláusula. Esto es lo que significa la segunda excepción que prevé el precepto: «a no ser que la ratificación convalide los actos nulos en su origen»<sup>169</sup>. Por tanto, no podemos apoyarnos en la primera parte del artículo 1208 CC para sostener que es nula toda novación o contrato posterior que verse sobre un contrato o una cláusula anterior también nula. Lo que quiere decir esta parte del precepto, en combinación con la excepción transcrita, es que la novación será nula si adolece del mismo vicio que hacía nula la obligación primigenia, pero no si la corrige<sup>170</sup>. Por tanto, si la novación es aceptada por aquella parte que puede instar la acción de nulidad cuando ya conocía el vicio de la obligación primera, y cuando este había cesado, debiera entenderse tal actitud como expresión de confirmar la obligación nula, haciéndose definitivamente regular la obligación existente<sup>171</sup>. Además, la novación no tiene causa en la validez de la cláusula suelo original, lo que provocaría que la nulidad de la cláusula suelo arrastraría a la de la cláusula causalmente vinculada<sup>172</sup>. Tampoco la novación es accesoria de la cláusula suelo, de modo que la nulidad de esta no se propaga a aquella (arts. 1155. II y 1824. I CC). Conforme a la voluntad presunta de las partes, es evidente que, aunque la cláusula originaria fuera nula, estas querían la validez de la novación.

Cuestión distinta es si esa novación tiene efectos retroactivos o confirmatorios, e impide instar la nulidad de la cláusula suelo. Es decir, si la misma novación puede servir como acto confirmatorio de la obligación primigenia. Nótese que cuando la novación es aceptada

<sup>167</sup> SANCHO REBULLIDA, 1964, p. 334.

<sup>168</sup> CARRASCO PERERA, 2021.

<sup>169</sup> Afirma SANCHO REBULLIDA, 1964, p. 336, que el precepto se refiere a que si una persona capaz hace una novación que extingue otra preexistente contraída por la misma cuando era incapaz, debe entenderse que es lo mismo que si convalidara, ya en estado de capacidad, la obligación anteriormente contraída. Pero para que la novación sea válida deberá reunir las condiciones que a la convalidación se exigen en el artículo 1311 CC, es decir, que se haga con conocimiento de la causa de nulidad y habiendo esta cesado.

<sup>170</sup> CARRASCO PERERA, *Blog CESCO*, 2017.

<sup>171</sup> SANCHO REBULLIDA, 1964, p. 337.

<sup>172</sup> Cfr. ALBIEZ DOHRMANN, *CDJ*, 1994, p. 70 a 71.

por aquella de las partes legitimada para ejercitar la acción de anulación, su consentimiento novatorio puede ser valorado como una confirmación tácita, siempre que concurran los requisitos que para ella exige el artículo 1311 CC, es decir, conocimiento de la causa de nulidad y haber esta cesado<sup>173</sup>, que, a mi juicio, es lo que podría inferirse de los hechos del caso comentado. Aunque existen novaciones con efectos no retroactivos, como ocurre con las novaciones de préstamos hipotecarios en las que se amplía capital o se modifican intereses<sup>174</sup>, el artículo 1208 CC no es un obstáculo para sostener que la novación tenga efectos retroactivos, teniendo en cuenta además lo que ordena el artículo 1313 CC. La retroactividad o no de la eficacia confirmatoria no depende de la propia naturaleza de la novación, sino de una conducta significativa de las partes y de que no se perjudiquen intereses de terceros<sup>175</sup>. Con todo, tanto la sentencia comentada como la jurisprudencia posterior han demostrado que la modificación de la cláusula suelo, cuyo único objeto era reducirla, «no sana la nulidad de la cláusula suelo modificada, que fue introducida en la escritura (...) con falta de transparencia y no puede producir efecto alguno»<sup>176</sup>. La validez de la cláusula suelo dispuesta en el contrato de novación del crédito no supone convalidar la eventual nulidad de la cláusula suelo del contrato de préstamo originario<sup>177</sup>. Así, la cláusula originaria afectada por el defecto de falta de transparencia se tiene en todo caso por no puesta. La única que puede operar es la cláusula posterior. En efecto, esta jurisprudencia interpreta que, aunque la novación pueda regular válidamente los efectos «nuevos», en cambio no sirve para dotar retroactivamente de validez a los efectos nulos que ya se habían producido en virtud de la obligación primera. En estos casos, el artículo 1208 CC vendría a afirmar que la sanación novatoria no produce efectos retroactivos.

Por otra parte, la sentencia sostiene que no es aplicable la primera excepción del artículo 1208 CC, «salvo que la causa de nulidad solo pueda ser invocada por el deudor», dado que la abusividad o falta de transparencia no es solo alegable por el deudor, sino que también puede ser apreciada de oficio. Con todo, esta excepción no está pensado en una novación objetiva, sino en la novación que consiste en el cambio de deudor, y que, para tal supuesto, excluye de la propagación de nulidad la que responde a causas personalísimas del antiguo deudor, que no puede alegar el nuevo. Cuando el

<sup>173</sup> SANCHO REBULLIDA, 2015 (b) y GUTIÉRREZ SANTIAGO, 2021 (a).

<sup>174</sup> Cfr. RDGSJFP 183/2022, de 22 diciembre.

<sup>175</sup> CARRASCO PERERA, *Revista CESCO*, 2021, p. 58.

<sup>176</sup> SSTS 489/2018, 13 de septiembre y 675/2019, 17 de diciembre, P. Ignacio Sancho Gargallo.

<sup>177</sup> STS 548/2018, 5 de octubre, P. Ignacio Sancho Gargallo.

acto novatorio no esté afectado de causa de nulidad y en el nuevo deudor no concurra la causa de nulidad que afectaba al antiguo, la *nova obligatio* es válida<sup>178</sup>.

Además, se ha dicho que, si en vez de una novación fuera una transacción, no sería aplicable el artículo 1208 CC, porque el CC excluye que las transacciones puedan quedar afectadas por la nulidad del contrato que le sirve de base, por considerar materia disponible mediante transacción la posible nulidad contractual y sus efectos, y por entender, en definitiva, que esa nulidad de la relación primigenia no sería segura al no estar nunca resuelta de antemano. La norma no está propiamente pensando, se argumenta, ni en presuntos acuerdos novatorios respecto de cláusulas ilegales, ni tampoco en acuerdos novatorios suscritos a través del instrumento de una transacción<sup>179</sup>. El artículo 1208 CC no es aplicable, afirman otros, cuando la causa de la nueva obligación es un contrato de transacción celebrado entre acreedor y deudor ante una incertidumbre jurídica sobre la validez de la obligación primitiva<sup>180</sup>. En mi opinión, el artículo 1208 CC sí es aplicable a una novación transaccional, pero ordena que la novación es válida si no incurre en el mismo vicio que hacía nula la obligación primitiva. Otra cosa es que, como trataremos a continuación, el TS haya entendido que la transacción constituida de forma transparente impida ejercitar la acción de nulidad de la cláusula suelo (art. 1816 CC). Además, que la reducción de la cláusula suelo no sea una novación extintiva, sino objetiva, no significa, como afirma cierta jurisprudencia, que no se aplique la consecuencia prevista en la primera parte del artículo 1208 CC<sup>181</sup>. Como digo, esta consecuencia no se aplica si la novación no adolece del mismo vicio que la obligación novada.

Finalmente, parece que la operación enjuiciada no es en rigor una transacción, y no porque el acuerdo no se refleje en un documento, pues existe libertad de forma<sup>182</sup>. No hay transacción, en mi opinión, porque no se aprecia la contraprestación del consumidor, tratándose pues el negocio de una renuncia unilateral. La causa de la novación sería entonces la mera liberalidad del banco (art. 1274 CC). Por tanto, en este caso la cláusula impugnada no podría quedar confirmada por la eficacia contractual propia de la transacción (art. 1816 CC), sino porque la declaración de voluntad del legitima-

<sup>178</sup> SANCHO REBULLIDA, 2015 (b) y GUTIÉRREZ SANTIAGO, 2021 (b).

<sup>179</sup> RUIZ-RICO RUIZ, *RDBB*, 2018.

<sup>180</sup> PANTALEÓN PRIETO, *Almacén de Derecho*, 2020 (a) y 2020 (b).

<sup>181</sup> SSTS 89/2018, 13 de septiembre, P. Ignacio Sancho Gargallo y 361/2019, 26 de junio, P. Rafael Saraza Jimena.

<sup>182</sup> STS 11 marzo 1991, P. Teófilo Ortega Torres. Con todo, apuntaba MANRESA NAVARRO, 1914, p. 112, que la transacción requería forma escrita como requisito *ad solemnitatem* de validez en países como Italia, Holanda y Portugal.

do para impugnar reúna las condiciones del artículo 1311 CC, que no tiene por qué ser la misma cosa<sup>183</sup>.

#### 4. UN CAMBIO DE CRITERIO

La STS (Pleno) 205/2018, de 11 de abril<sup>184</sup> entendió que los dos acuerdos que enjuiciaba no eran meras novaciones, sino transacciones, considerando además que los acuerdos eran válidos. Su argumentación es la siguiente. Los acuerdos no son novaciones sino transacciones, en la medida en que se conciertan en un momento en que existía una situación de incertidumbre acerca de la validez de las cláusulas suelo. Además, en los acuerdos se advierte la causa propia de la transacción, esto es, evitar una controversia judicial sobre la validez de estas dos concretas cláusulas y sus efectos. El efecto mediático de la STS 241/2013, de 9 de mayo, y sus consecuencias en la litigiosidad posterior, explica la reseñada situación de incertidumbre y el *animus* de evitar el pleito, circunstancias que caracterizan la transacción y permiten diferenciarla de la mera novación.

Además, este supuesto y el de la STS 558/17, de 16 de octubre, antes comentada, son distintos. Dicha sentencia trataba de un caso en que, con posterioridad a la firma del contrato de préstamo hipotecario, a instancia del prestatario adquirente de la vivienda, el banco había accedido a rebajar la cláusula suelo, para adecuarlo al de otros prestatarios adquirentes de viviendas de esa misma promoción. En aquel caso la nulidad de la cláusula suelo, consecuencia de no cumplir las exigencias de transparencia, no quedaba convalidada por la posterior petición de los prestatarios de que se les redujera la cláusula suelo al nivel que tenían otros compradores de la misma promoción, ya que no constituía un acto inequívoco de la voluntad tácita de convalidación o confirmación del contrato. Solo como razón adicional añadió la STS 558/17 que, al tratarse de una nulidad absoluta, operaría la previsión del artículo 1208 CC, que vedaría la novación modificativa de la cláusula. Pero lo que verdaderamente distingue la STS 558/2017 del presente caso, es que en aquella no se apreció la voluntad de realizar concesiones recíprocas para evitar el pleito, sino que la finalidad del acuerdo era equiparar el suelo al

---

<sup>183</sup> Según CARRASCO PERERA, 2021, no se trata de procesos equivalentes, pues podría darse el caso de que el confirmante no pudiera impugnar la transacción, y sin embargo su declaración transaccional no reuniera las condiciones del artículo 1311 CC para confirmar el contrato subyacente a la transacción.

<sup>184</sup> P. Ignacio Sancho Gargallo.

previsto para otros compradores de la misma promoción. De tal forma que, la sala considera que lo expuesto en aquella sentencia no impide que pueda admitirse una transacción, aunque la obligación preexistente sobre la que existe controversia pudiera ser nula, circunstancia que solo podría determinarse si se declarase judicialmente la falta de transparencia.

Con todo, la Sala afirma que la relación jurídica nacida de la transacción no puede conculcar la ley. En este sentido, la transacción del presente caso no contraviene la ley, pues nos encontramos ante una materia disponible. En efecto, no se debe negar la posibilidad de que pudiera transigirse en los contratos con consumidores, máxime cuando existe una clara voluntad de favorecer la solución extrajudicial de conflictos también en este ámbito por parte de la propia Unión Europea<sup>185</sup>, que ha impulsado en los últimos años normas relevantes para la solución extrajudicial de los conflictos, como la Directiva 2013/11/CEE, de 21 de mayo, sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo<sup>186</sup>. Además, el RD-1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo, expresamente admite la posibilidad de que la entidad de crédito y el consumidor alcancen un acuerdo sobre la cantidad que deba ser restituida por haberse aplicado indebidamente una cláusula suelo. A mayor abundamiento, estando pendiente la resolución de los recursos de casación en casos en que estaba en cuestión una cláusula suelo, se han homologado las transacciones alcanzadas por las partes<sup>187</sup>. Asimismo, en el ámbito del contrato de seguro, se ha admitido la validez del acuerdo extrajudicial por el que la aseguradora y el perjudicado convienen

<sup>185</sup> Los principios de autonomía privada (principio dispositivo) y de buena administración de la Justicia, que amparan la facultad de los demandantes de desistir o renunciar, en todo o en parte, a un recurso en materia civil y mercantil, están también reconocidos en el ámbito de la legislación europea. En particular, el artículo 147.1 del Reglamento de Procedimiento del TJUE, de 29 de septiembre de 2012, establece que «si, antes de que el Tribunal resuelva, las partes llegan a un acuerdo sobre la solución que debe darse al litigio e informaran al Tribunal de que renuncian a toda pretensión, el presidente ordenará el archivo del asunto (...)».

<sup>186</sup> El artículo 2.1 de la Directiva 2013/11/CEE, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE, se refiere a los procedimientos de resolución extrajudicial de litigios mediante la intervención de una entidad de resolución alternativa «que propone o impone una solución o que reúne a las partes con el fin de facilitar una solución amistosa», expresión que alude tanto al arbitraje como a la mediación. En cualquier caso, la Directiva admite, además, que en los Estados miembros se articulen otras formas de resolución extrajudicial de conflictos en relación con los consumidores, siempre que se ofrezcan garantías suficientes para la protección y el adecuado respeto de sus derechos. Dicha Directiva se ha incorporado en nuestro ordenamiento jurídico a través de la Ley 7/2017, de 2 de noviembre.

<sup>187</sup> AATS 8 de junio 2016, P. Javier Arroyo Fiestas y 6 de julio 2016, P. Eduardo Baena Ruiz.

una determinada indemnización<sup>188</sup>. Y en el ámbito de la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, se ha considerado que el acuerdo entre los compradores y el promotor por el que se conviene la devolución de una parte del precio recibido a cuenta es una transacción válida, alcanzando incluso una rebaja en la devolución de las cantidades entregadas anticipadamente<sup>189</sup>.

Revela además el TS que la formación y prestación del consentimiento en la transacción no se produce como en cualquier otro contrato, debido a la concurrencia de elementos singulares que las partes tienen en cuenta, como los costes del litigio, la incertidumbre del resultado o la incomodidad que produce cualquier litigio con independencia de su resultado. Así, partiendo de una situación de incertidumbre, controvertida, y para evitar un litigio, las partes convienen realizar concesiones recíprocas y alcanzar un acuerdo que convierta la incertidumbre en seguridad, siendo el acuerdo para eliminar la controversia y la reciprocidad de concesiones los elementos fundamentales de la transacción, conforme al artículo 1809 CC. En el presente caso, existía una cláusula suelo del 4,5% cuya validez podía ser cuestionada en vía judicial, de modo que, si se constataba la falta de transparencia, sería declarada abusiva y, consecuentemente, nula, mientras que si se apreciaba la transparencia de la cláusula, esta sería considerada válida. Ante esta incertidumbre, las partes convienen recíprocas concesiones: el banco, que en principio tenía una cláusula suelo del 4,5%, accede a una rebaja del suelo inicial al 2,25%, y los consumidores, aunque no querrían tener cláusula suelo, acceden a soportar un suelo más bajo que el inicialmente fijado a cambio de evitar el pleito que constituiría el presupuesto necesario para la declaración de abusividad.

Por el modo predisposto en que se ha propuesto y aceptado la transacción, el TS considera que es preciso comprobar que se hayan cumplido las exigencias de transparencia en la transacción. Esto es, que los consumidores, tal y como les fue presentada la transacción, estaban en condiciones de conocer las consecuencias económicas y jurídicas de su aceptación: que se reducía el límite mínimo del interés al 2,25% y que no se discutiría la validez de las cláusulas suelo contenidas en el contrato originario. En el presente caso, el cumplimiento de estos deberes de transparencia viene acreditado porque, en un contexto temporal en que, por la difusión en la opinión pública de la STS 241/2013, de 9 de mayo, era notoriamente conocido no solo la existencia de estas cláusulas suelo y su incidencia en la determina-

<sup>188</sup> STS 87/2015, 4 de marzo, P. Sebastián Sastre Papiol.

<sup>189</sup> STS (Pleno) 459/2017, 18 de julio, P. Eduardo Baena Ruiz.

ción del interés variable aplicable al préstamo, sino también que podían ser nulas cuando no se hubieran cumplido las exigencias de transparencia. En este contexto los clientes aceptan la propuesta del banco de impedir futuras controversias judiciales al respecto mediante la reducción del suelo al 2,25%, y para acreditarlo transcriben de su puño y letra el texto en que se afirma lo siguiente: «Soy consciente y entiendo que el tipo de interés de mi préstamo nunca bajará del 2,25% nominal anual». Esta transcripción manuscrita de la cláusula no equivale a su comprensibilidad real por el consumidor que la transcribe, pero es indudable que contribuye a permitir la constatación de su propia existencia y a resaltar su contenido. De hecho, señala la sala que ha sido la forma usual empleada después de la STS 241/2013, de 9 de mayo, para dejar constancia del cumplimiento de los deberes de transparencia.

Finalmente, se apunta que la eficacia vinculante del acuerdo transaccional no puede confundirse con el efecto de cosa juzgada previsto en el artículo 222 LEC, por lo que no queda vedada la posibilidad de discutir en sede judicial la validez del contrato de transacción en sí mismo considerado a la luz de las normas que regulan los contratos. En virtud de todo lo expuesto, se declara la validez de los contratos de transacción por los que el banco se compromete a reducir la cláusula suelo y el consumidor a no interponer acciones en relación con el tiempo en que esta se aplicó.

Pues bien, creo necesario realizar ciertas apreciaciones sobre esta sentencia y su relación con la STS 558/2017. En primer lugar, la STS 205/2018 admite «el modo predispuesto en que se ha propuesto y aceptado la transacción». Tema dudoso, sobre el que trataré con posterioridad. Únicamente adelantar que la ausencia de negociación en las condiciones del préstamo hipotecario no supone la ausencia de negociación en la novación objetiva del mismo. Como demuestra la jurisprudencia, una cláusula puede ser negociada, aunque ella modifique una cláusula no negociada en un contrato anterior<sup>190</sup>.

En segundo lugar, tanto en el caso de la STS 558/17 como en el de la STS 205/2018 se producen novaciones de los préstamos hipotecarios. Pero repárese que en la STS 205/2018 el TS afirma que no hubo una mera novación, para no aplicar la doctrina sentada en la previa STS 558/2017, donde sostuvo que si la cláusula suelo era nula también habría de reputarse así la novación modificativa de la cláusula

<sup>190</sup> Entre otras, SSTs 89/2018, 13 de septiembre, P. Ignacio Sancho Gargallo y 361/2019, 26 de junio, P. Rafael Saraza Jimena. En la doctrina, PASQUAU LIAÑO, 2000, p. 290 y MARÍN LÓPEZ, *Blog CESCO*, 2020.

(*ex art.* 1208 CC)<sup>191</sup>. En efecto, la sentencia 205/2018 se afana en razonar que la estructura del acuerdo es la propia de la transacción, no de la novación, para no aplicar el artículo 1208 CC. Con todo, la STS 205/2018 entiende que, aunque la cláusula de origen puede pecar de falta de transparencia, como en nuestro caso, esta falta de transparencia no tiene por qué reproducirse en la novación, si dicha novación se ha producido con la transparencia exigible. En efecto, según la sentencia, cuando se produce la novación el consumidor conoce la repercusión de la cláusula en la economía del contrato y que estas cláusulas se están anulando por los tribunales, no siendo necesaria información sobre otros escenarios alternativos. Parece que no es razonable entender que pudiera reproducirse una declaración de falta de transparencia de la novación cuando era un tema notorio y de opinión pública la controversia suscitada en torno a las cláusulas suelo, y cuando el prestatario transcribe de su puño y letra que entiende que el tipo de interés no bajará del tipo suelo.

Ahora bien, la jurisprudencia sobre productos financieros complejos sostiene que para la entidad de servicios de inversión la obligación de información es una «obligación activa», no de mera disponibilidad. Es la empresa de servicios de inversión la que tiene «obligación de facilitar» la información que le impone la normativa legal, no sus clientes, inversores no profesionales, quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión<sup>192</sup>. En este sentido, en un caso de subrogación y novación modificativa del préstamo hipotecario (reducción de la cláusula suelo), el TS ha considerado que para que la novación sea transparente la entidad financiera tiene que probar que en alguna de «las fases contractuales que llevaron a la formalización de la referida escritura, suministró al cliente un plus de información previa y tratamiento principal de la cláusula suelo insertada en la novación modificativa que le permitiera adoptar su decisión con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que comportaba la aplicación de la citada cláusula»<sup>193</sup>. Con todo, en este último caso, a diferencia del tratado por la STS 205/2018, el contrato de novación no contenía una expresión manuscrita por la que el prestatario afirmaba que entendía el funcionamiento de la cláusula suelo y, además, no se aprecian concesiones recíprocas de las partes y, por lo tanto, no se trataba de una transacción.

<sup>191</sup> Nótese que el voto particular a la STS 205/2018, 11 de abril, P. Ignacio Sancho Gargallo, emitido por Javier Orduña Moreno (en su FJ 3.º, ap. 3), sostiene que la nulidad de la cláusula abusiva provoca la ineficacia de los actos que traigan causa directa de esa cláusula. Por lo tanto, comprende que la nulidad absoluta de la cláusula abusiva se extiende también al acuerdo novatorio posterior, pues mediante este se persigue «moderar» o «convalidar» una ineficacia inicial.

<sup>192</sup> STS 355/2022, 3 de mayo, P. Pedro José Vela Torres.

<sup>193</sup> STS 101/2019, 18 febrero, P. Javier Orduña Moreno.

En tercer lugar, observemos que en el caso comentado la transacción sí sirve para sanar la cláusula suelo no transparente, con efectos retroactivos<sup>194</sup>. En efecto, se da una «fuerza confirmatoria superior» porque se ha producido una novación y una renuncia clara y manifiesta a la acción de nulidad, es decir, una transacción y no una mera novación. La «fuerza convalidante» de la transacción es pues superior a la de la novación (art. 1816 CC). Nótese que, en la confirmación, el intento práctico del confirmante se dirige a suprimir la incertidumbre sobre la vigencia de la regla negocial, mediante el efecto que la ley atribuye al acto confirmatorio<sup>195</sup>. También en la transacción las partes pretenden suprimir, mediante recíprocas concesiones, la incertidumbre sobre una determinada regla negocial. Lo que sucede es que en la transacción sí que suele existir una renuncia expresa de una de las partes, la cual constituye su contraprestación. Por consiguiente, toda transacción que contenga una renuncia a acciones de nulidad ceñidas al contrato originario es una transacción válida que contiene una renuncia válida, con efectos retroactivos. Y no tiene sentido que divaguemos si la transacción supone una convalidación de la cláusula suelo o simplemente una renuncia a ejercitar la acción de nulidad. Porque si negamos que la transacción sirve para sanar por confirmación la cláusula suelo original, pero, en cambio, aceptamos que sí sirve como renuncia a la acción de nulidad, entonces la consecuencia práctica es la misma. Como se ha dicho, renuncia y confirmación son dos figuras distintas, si bien la segunda tiene como efecto práctico más importante la extinción de la acción, y sin perjuicio de que cuando la renuncia procede de la única persona legitimada para ejercitar la acción de anulación se produzca un efecto prácticamente idéntico al propio de la confirmación<sup>196</sup>.

Ahora bien, no está de más apuntar que la jurisprudencia, que conoce de productos financieros complejos, ha entendido que no es válida la renuncia del inversor a ejercer la acción de nulidad del contrato si la entidad financiera obligó al inversor a aceptar dicha renuncia en un breve periodo de tiempo o si el inversor la aceptó para no arriesgarse a sufrir una pérdida patrimonial inmediata y absoluta, y, en definitiva, si la imposición de la renuncia se produce en una situación límite de la que el cliente no es responsable. Además, en estos casos en los que se declara ineficaz la renuncia al ejercicio de acciones, la contraprestación que resultaba condicionada a dicha renuncia

<sup>194</sup> Afirma GULLÓN BALLESTEROS, 1964, p. 130, que la retroactividad es una característica natural de la transacción.

<sup>195</sup> CLAVERÍA GOSÁLVEZ, 1977, pp. 68-69 y 95.

<sup>196</sup> DELGADO ECHEVERRÍA, 2015 (b).

estaba sometida a unas bases y condiciones imprecisas<sup>197</sup>. Asimismo, la renuncia ha de ser inequívoca respecto de la subsanación del error invalidante en el que incurrió el cliente en el momento de la suscripción del contrato<sup>198</sup>. Con todo, en la transacción objeto de nuestro estudio no se obliga al consumidor a renunciar en un breve periodo de tiempo, ni tampoco el consumidor renuncia para no arriesgarse a sufrir una pérdida patrimonial «absoluta». Además, la contraprestación del banco (reducción o supresión de la cláusula suelo) no está sometida a unas bases ambiguas. Por consiguiente, y como regla, es válida toda transacción que cumpla los siguientes requisitos: contener una terminante e inequívoca renuncia a acciones de nulidad ceñidas al contrato originario, que el prestatario no haya tenido que aceptar la renuncia por una situación angustiosa de la que no es responsable y que la contraprestación del banco no esté sometida a bases o condiciones oscuras. Mas como veremos con posterioridad, para que la cláusula de renuncia sea transparente el consumidor no solo debe conocer a qué renuncia (carga jurídica) sino a cuánto renuncia (carga económica).

En cuarto lugar, la STS 205/2018 asevera que es preciso comprobar que se hayan cumplido las exigencias de transparencia en la transacción. Pero, en teoría, lo que habría que examinar es la transparencia de las cláusulas del contrato de transacción, siempre que se consideren no negociadas, como son la reducción de la cláusula suelo y la renuncia de acciones. Repárese que estas cláusulas reflejan las prestaciones correspondientes del contrato de transacción, por lo que únicamente cabe entrar a apreciar su abusividad si no se consideran transparentes (art. 4.2 Directiva 93/13/CEE). En cambio, el negocio en su conjunto debería someterse a las reglas generales y a un examen sobre vicios de la voluntad. En este sentido, la jurisprudencia, ante una alegación de falta de transparencia de un contrato de fianza solidaria dispuesto en una cláusula de la escritura de préstamo hipotecario, ha negado que la fianza sea una mera cláusula o condición general del contrato de préstamo o crédito hipotecario y, por tanto, no cabría pretender que un contrato de fianza en su totalidad quede sometido al control de transparencia. Por tanto, no es posible practicar el control de transparencia de la fianza sobre la base de

<sup>197</sup> STS (Pleno) 137/2019, 6 de marzo, P. Rafael Saraza Jimena y AATS 22 de mayo 2019, P. Francisco Martín Castán e Ignacio Sancho Gargallo. Es constante la jurisprudencia que declara que «la renuncia de derechos, como manifestación de voluntad que lleva a cabo el titular de un derecho por cuya virtud hace dejación del mismo, ha de ser, además de personal, clara, terminante e inequívoca, sin condicionante alguna, con expresión indiscutible de criterio de voluntad determinante de la misma, y revelación expresa o tácita, pero mediante actos concluyentes igualmente claros e inequívocos» (por todas, STS 57/2016, 12 de febrero, P. Francisco Javier Orduña Moreno).

<sup>198</sup> STS 132/2021, 9 de marzo, P. Pedro José Vela Torres.

unas acciones que, en principio, están previstas legalmente no para obtener la nulidad íntegra de los contratos, sino para restablecer el equilibrio real de las prestaciones de las partes mediante la supresión de las cláusulas abusivas. Así, lo que cabría practicar es un control de la fianza conforme a las normas generales sobre error o dolo en el consentimiento. Pero las cláusulas que conforman el contrato de fianza, en concreto la cláusula de renuncia de los beneficios de excusión, orden y división, al ser elementos esenciales de dicho contrato, solo están sujetas al examen de transparencia, sin perjuicio de que la fianza en su conjunto pueda ser considerada abusiva cuando esté incurrida en la proscripción de la imposición de garantías desproporcionadas (art. 88 TRLGDCU)<sup>199</sup>. De la misma forma, no sería admisible o se desestimaría una alegación de nulidad de la cláusula de afianzamiento por vicios del consentimiento<sup>200</sup>. En mi opinión, lo anterior demuestra la cercanía que existe entre el control de transparencia sobre las cláusulas que regulan elementos esenciales del contrato y el control del consentimiento prestado por error<sup>201</sup>. En conclusión, para que el consumidor preste su consentimiento de forma no viciada a la transacción, y en definitiva para que la transacción sea transparente, aquel debe conocer la existencia de una controversia sobre la cláusula suelo, y que por ello renunciaba a reclamar su (eventual) nulidad y a ver restituida una suma de dinero (de carácter contingente), a cambio de una reducción de la cláusula suelo y, por consiguiente, de pagar menos intereses.

Finalmente, parece que la sentencia resuelve que la expresión manuscrita impuesta por la ley no satisface el deber de transparencia material y solo aporta un indicio de que se ha satisfecho; cuestión sobre la que volveré después<sup>202</sup>.

<sup>199</sup> SSTs 56/2020, 27 de enero, P. Juan María Díaz Fraile y 101/2020, 12 de febrero, P. Pedro José Vela Torres.

<sup>200</sup> AATS 10 de noviembre 2021, P. José Luis Seoane Spiegelberg y 9 de diciembre 2020, P. Rafael Saraza Jimena. En particular, la jurisprudencia considera que no se puede apreciar la existencia de error vicio respecto de las cláusulas multidivisa del contrato de préstamo hipotecario, ni declarar su nulidad parcial al comprender nulas exclusivamente esas cláusulas, declarando al mismo tiempo la subsistencia del resto del contrato. La nulidad por error vicio del consentimiento debía conllevar la ineficacia de la totalidad del contrato y no solo de la cláusula que contiene un derivado implícito. No cabe la nulidad parcial de una cláusula basada en el error vicio. Si el error es sustancial y relevante, y además inexcusable, podría viciar la totalidad del contrato, pero no declararse por este motivo la nulidad de una parte con la subsistencia del resto del contrato. No cabe la nulidad de una cláusula de un contrato, en este caso la relativa a la opción multidivisa, por un error vicio que afecte solo esta cláusula. El error sobre los riesgos asumidos por un contratante, en cuanto fuera relevante, además de excusable, podría dar lugar a la nulidad de la totalidad del contrato, pero no a la nulidad parcial, que afectara solo a algunas cláusulas (STS 399/2022, de 1 de mayo, P. Juan María Fraile, y todas las que en ella se citan).

<sup>201</sup> Cfr. ÁLFARO ÁGUILA-REAL, *Almacén de Derecho*, 2017; MIRANDA SERRANO, *Indret*, 2018, p. 7; y MARTÍNEZ ESPÍN, 2020, entre otros.

<sup>202</sup> Esta expresión manuscrita se amoldaba a la exigencia del artículo 6 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios,

## 5. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

### 5.1 LA STJUE DE 9 DE JULIO DE 2020

La doctrina de la STS 205/2018, de 11 de abril, no fue acogida por muchos Juzgados de Primera Instancia y Audiencias Provinciales, que han declarado la nulidad del acuerdo transaccional, en muchos casos argumentando que la sentencia mencionada vulnera la Directiva 93/13/CEE, planteándose por algunos de ellos cuestiones prejudiciales al TJUE<sup>203</sup>. Asimismo, algunos autores han afirmado que la renuncia de acciones que comporta la transacción pudiera hacer peligrar el principio de efectividad reflejado en el artículo 6 Directiva 93/13, en la medida en que no sería posible reclamar la restitución de las cantidades indebidamente abonadas por mor de la cláusula primitiva<sup>204</sup>.

La primera de las cuestiones prejudiciales resueltas por TJUE ha sido la planteada por un Juzgado de Teruel. En el caso del que conoció el Juzgado, el préstamo hipotecario contenía una cláusula suelo del 3,25%. El 4 de marzo de 2014, tras la STS de 9 de mayo de 2013, las partes modificaron el contrato de préstamo hipotecario, reduciendo la cláusula suelo al 2,35%. Este documento contenía una cláusula según la cual: «las partes ratifican la validez y vigor del préstamo, consideran adecuadas sus condiciones y, en consecuencia, renuncian expresa y mutuamente a ejercitar cualquier acción frente a la otra que traiga causa de su formalización y clausulado, así como por las liquidaciones y pagos realizados hasta la fecha, cuya corrección reconocen». En adición, el consumidor expresó de forma manuscrita que «era consciente y entendía que el tipo de interés del préstamo nunca bajará del 2,35 % nominal anual».

Pues bien, la STJUE de 9 de julio de 2020, asunto C-452/18<sup>205</sup>, resolvió cinco cuestiones prejudiciales planteadas por el Juzgado de

---

reestructuración de deuda y alquiler social. Dicho precepto requería que en la contratación de préstamos hipotecarios por prestatarios persona física, en los que la hipoteca recayera sobre una vivienda o cuya finalidad fuera adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o por construir, y que incorporaran una cláusula suelo, la escritura pública incluyera, junto a la firma del cliente, una expresión manuscrita, en los términos que determinase el Banco de España, por la que el prestatario manifieste que ha sido adecuadamente advertido de los posibles riesgos derivados del contrato.

<sup>203</sup> Por ejemplo: AJPI núm. 3 de Teruel, 26 de junio de 2018, asunto C-452/18; AJPI núm. 3 bis de Albacete, 2 de octubre 2018, asunto C-617/18, aunque después desistió; AAP de Zaragoza (Secc. 5.ª), 12 de diciembre 2018; y AJPI núm. 7 de Orense, 15 de marzo 2019, asunto C-268/19. Cfr. MARÍN LÓPEZ, *Blog CESCO*, 2020.

<sup>204</sup> MARÍN LÓPEZ, 2019, p. 24 y MARTÍNEZ ESCRIBANO, *RDC*, 2019, p. 395.

<sup>205</sup> Previamente se publicaron las conclusiones del Abogado General, presentadas el 30 de enero de 2020. Cfr. PANTALEÓN PRIETO, *Almacén de Derecho*, 2020 (d) y MARTÍN

Teruel. Asimismo, los AATJUE de 3 de marzo de 2021, asunto C-13/19, y de 1 de junio de 2021, asunto C-268/19, resolvieron una serie de cuestiones planteadas por la Audiencia Provincial de Zaragoza y un Juzgado de Primera Instancia de Orense, respectivamente, en relación con esta materia. Con todo, como ha explicado la jurisprudencia, dichos autos reproducen, sin variaciones, la doctrina contenida en la anterior STJUE de 9 de julio de 2020<sup>206</sup>, por lo que no serán objeto de comentario. Huelga decir que la STJUE de 9 de julio de 2020 es bastante confusa en sus términos<sup>207</sup>. En efecto, a veces denomina el acuerdo enjuiciado como contrato de novación, y en ocasiones, aunque las menos, de transacción. Además, parece que, en su opinión, ambos términos son equivalentes, pues los usa indistintamente<sup>208</sup>. También se refiere a la transacción o a la novación unas veces como contratos, y otras como cláusulas. Acaso la imprecisión que se atribuye a la STJUE de 9 de julio de 2020 tenga su causa en la deficiente técnica que se imputa a las cuestiones prejudiciales planteadas por tribunales de instancia españoles, y también a que el TJUE solo conoce el derecho interno limitadamente<sup>209</sup>.

## 5.2 EFICACIA PROPAGADORA DE LA NULIDAD

Mediante la primera cuestión prejudicial se pregunta si el principio de no vinculación de las cláusulas nulas (art. 6 Directiva 93/13/CEE) debe extenderse también a los contratos y negocios jurídicos posteriores sobre esas cláusulas. Y si, dado que la nulidad radical implica que dicha cláusula nunca existió, puede concluirse que los actos jurídicos posteriores, como la novación, también desaparecen de la realidad jurídica, debiendo considerarse como inexistente y sin ningún efecto (eficacia propagadora de la nulidad).

El TJUE comenzó respondiendo a la primera cuestión prejudicial explicando que «en principio, una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido, de manera que no podrá tener efectos frente al consumidor» (§ 23). Ahora bien, la protección de los consumidores «comprende la facultad de renunciar a hacer valer sus derechos» siempre que el consumidor manifestase su voluntad siendo consciente del carácter no vinculante de la cláusula abusiva,

FABA, *Blog CESCO*, 2020.

<sup>206</sup> Por todas, STS 241/2021, 4 de mayo, P. Rafael Saraza Jimena.

<sup>207</sup> CARRASCO PERERA, *Blog CESCO*, 2020 (a) y MARÍN LÓPEZ, *Blog CESCO*, 2020.

<sup>208</sup> Como dice ALFARO ÁGUILA-REAL, *Blog Derecho mercantil*, 2020, en la sentencia se habla, incorrectamente, de contrato de novación, expresión que no indica cuál es la causa de tal novación, como si hace su calificación como transacción en el sentido del artículo 1809 CC.

<sup>209</sup> GONZÁLEZ PACANOWSKA, 2022, p. 455.

otorgando así un consentimiento libre e informado a dicha cláusula (§ 25). Por lo tanto, el consumidor puede elegir no hacer valer el sistema de protección previsto en la Directiva 93/13/CEE (§ 26), así como oponerse a su aplicación (§ 23). Cuestión distinta es que el consumidor no pueda renunciar con antelación a la protección que le brinda la Directiva 93/13/CEE cuando compra un bien o recibe un servicio del profesional (renuncia previa). Una renuncia no puede intervenir con anterioridad al momento de establecimiento de la relación contractual entre el profesional y el consumidor, pues en este momento el consumidor no concibe o no atribuye suficiente importancia al hecho de que esa relación podría plantear conflictos. Pero cuando surge una controversia en dicha relación contractual, relativa al potencial carácter abusivo de una determinada cláusula, el consumidor puede renunciar a invocar la falta de efecto vinculante de dicha cláusula, pues está en condiciones de entender la importancia de la protección que le brinda la Directiva 93/13/CEE y de comprender el alcance de dicha renuncia. Con todo, el TJUE apunta que solo podrá entenderse que el consumidor ha prestado su consentimiento «libre e informado» a este respecto si «en el momento de la renuncia, el consumidor era consciente del carácter no vinculante de esa cláusula y de las consecuencias que ello conllevaba» (§ 29), lo que debe evaluar el juez nacional.

En consecuencia, respondió a la primera cuestión prejudicial que «el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que una cláusula de un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, cuyo carácter abusivo puede ser declarado judicialmente, pueda ser objeto de un contrato de novación entre ese profesional y ese consumidor, mediante el cual este último renuncia a los efectos que pudieran derivarse de la declaración del carácter abusivo de esa cláusula, siempre que la renuncia proceda de un consentimiento libre e informado por parte del consumidor, extremo este que corresponde comprobar al juez nacional».

En mi opinión, la primera cuestión no está bien planteada, porque se pregunta si una cláusula que es nula radicalmente puede ser objeto de novación. Lo que habría que haber preguntado es si una cláusula nula, por falta de transparencia, puede ser objeto de novación, que, como hemos expuesto, es cosa distinta. Con todo, el TJUE trae a colación su jurisprudencia según la cual, aunque la cláusula inicial sea abusiva, el consumidor puede renunciar a los efectos de la nulidad, siempre que preste un consentimiento «libre e

informado»<sup>210</sup>. Por tanto, si el TJUE permite renunciar a los efectos de una cláusula sin recibir contraprestación, *a fortiori* si el consumidor recibe precio por dicha renuncia<sup>211</sup>. Del mismo modo, si el TJUE permite que se nove una cláusula abusiva, cuya apreciación depende de factores objetivos, todavía más una cláusula sobre la que pende una amenaza de nulidad por falta de transparencia, pues esta puede ser salvada por un perfil cualificado del cliente. Nótese que la nulidad no se puede imponer al adherente en contra de su voluntad (cfr. art. 8 LCGC)<sup>212</sup>. Parece que el TJUE ha refrendado la regla de que la «novación» de una cláusula suelo nula por falta de transparencia no tiene que ser ineludiblemente nula, por una especie de nulidad expansiva procedente del artículo 1208 CC, si la cláusula novada se ha producido con la transparencia material exigible. Es decir, la validez o ineficacia de la novación se determina únicamente a través del contexto que envuelve la novación, con independencia de la falta de transparencia que pudiera afectar a la cláusula suelo original<sup>213</sup>. Más discutible sería si la cláusula objeto de novación hubiera sido declarada nula por razón de su contenido, y no como reproche a la falta de transparencia<sup>214</sup>.

Según la STJUE, el consumidor puede transigir y eludir la aplicación de las consecuencias de la nulidad de una cláusula, siempre que el consumidor sea consciente de que la cláusula no le vincula, por ser abusiva, y, a pesar de ello, «es contrario a que se excluya»; corresponde al juez nacional determinar si para ello ha existido un «consentimiento libre e informado»<sup>215</sup>. A mi juicio, estas afirma-

<sup>210</sup> SSTJUE 21 febrero 2013, asunto C-472/11 y 14 abril 2016, asuntos acumulados C381/14 y C385/14. Según MARÍN LÓPEZ, *Blog CESCO*, 2020, los casos de renuncia al ejercicio de un derecho contemplados en las referidas resoluciones son diferentes al caso que nos ocupa. En aquellos supuestos la renuncia se produce cuando el juez, en el marco de un proceso judicial, pide a las partes que se pronuncien sobre el posible carácter abusivo de una cláusula, y el consumidor, consciente del carácter no vinculante de esa cláusula, informa que es contrario a que se excluya esa cláusula. Se trataría, entonces, de una renuncia dentro del proceso. Así, afirma el autor citado que, a pesar de que el TJUE entiende que la situación es similar cuando la renuncia se hace en un contrato, hay diferencias entre una y otra. En efecto, una renuncia extraprocesal no sería controlada *ante* por el juez.

<sup>211</sup> PANTALEÓN PRIETO, *Almacén de derecho*, 2020.

<sup>212</sup> Cfr. MIQUEL GONZÁLEZ, 2002, p. 476.

<sup>213</sup> Se afirma en la comunicación de la Comisión sobre «Directrices sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 93/13/CEE» (2019/C323/04) que, «cuando se modifican o reemplazan las cláusulas del contrato, tiene sentido tener en cuenta las circunstancias que prevalecen en el momento de la modificación o reemplazo al evaluar las nuevas cláusulas contractuales».

<sup>214</sup> CARRASCO PERERA, *Blog CESCO*, 2020 (a)

<sup>215</sup> Según GARCÍA HERNANDO, 2020, p. 106, el control de comprensibilidad (transparencia material) se identifica con un consentimiento informado, voluntario y consciente de los derechos y obligaciones de un contrato. Según MARÍN LÓPEZ, *Blog CESCO*, 2020, el consentimiento es informado cuando el consumidor es consciente del carácter no vinculante de la cláusula suelo inicial (por ser abusiva). Y es libre, en su opinión, cuando ese consentimiento, esa «manifestación» de voluntad es realmente negociada, esto es, cuando no se impone mediante cláusulas predisuestas. Por lo tanto, el autor citado considera que,

ciones deben ser matizadas. Recordemos que es imposible que el consumidor fuera consciente de que la cláusula no le vincula antes del pleito. Porque su cláusula suelo podía ser nula, pero también transparente. Por tanto, el consumidor nunca hubiera estado en condiciones de saber que su contrato contenía una cláusula abusiva. No hay posibilidad de que el consumidor tuviere un conocimiento «libre e informado» del carácter no vinculante de esa cláusula y, por ende, menos aún, de las «consecuencias que ello conlleva», es decir, conocimiento de cuánto dinero tendría que devolverle el banco. Dada la naturaleza transaccional, el consumidor no puede tener conocimiento cierto de estos extremos, pues, por esencia, conforman la *res dubia*. Si el consumidor estuviera plenamente informado de que la cláusula era a todas luces nula, de cuánto le iba a devolver exactamente un tribunal y de cuánto se ahorraría en el futuro por la bajada del suelo, no hubiera transigido, porque tendría entonces toda la información existente, y por ello la transacción carecería de causa, porque el estado de las cosas para el consumidor sería de certidumbre total<sup>216</sup>.

### 5.3 NEGOCIACIÓN EN LA TRANSACCIÓN

Mediante la segunda cuestión prejudicial, se pregunta si los documentos que modifiquen o transaccionen cláusulas no negociadas susceptibles de no superar los controles de abusividad y transparencia, pueden participar de la naturaleza de condiciones generales de la contratación a efectos de lo dispuesto en el artículo 3 Directiva 93/13/CEE, afectándoles las mismas causas de nulidad que afectan a los documentos originales novados o transigidos.

Pues bien, el TJUE recuerda que el control de abusividad previsto en el artículo 3.1 Directiva 93/13/CEE solo resulta de aplicación a aquellas cláusulas contractuales no negociadas individualmente entre el empresario y el consumidor (§ 32). Así, conforme al artículo 3.2 Directiva 93/13/CEE, debe entenderse que una cláusula no ha sido negociada individualmente cuando «haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, tal como sucede, en particular, en el caso de los contratos de adhesión» (§ 33). Ausencia de influencia que puede producirse en los acuerdos enjuiciados (§ 34) y deberá ser comprobado por el juez nacional. Tras la enunciación de estas reglas generales, el TJUE se

---

si el «pacto» posterior no ha sido negociado, sino que son cláusulas predispuestas no negociadas individualmente, ese acuerdo posterior también es nulo.

<sup>216</sup> Como dice CARRASCO PERERA, *Blog CESCO*, 2020 (a), la transacción operaría sobre *res non dubia*.

refiere al caso particular, y afirma que la circunstancia de que la celebración del contrato de novación al que se refiere al litigio principal se enmarque dentro de la política general de renegociación de los contratos de préstamo hipotecario de tipo variable que incluyan una cláusula suelo, iniciada por el banco a raíz de la STS de 9 de mayo de 2013, podría constituir un indicio de que el consumidor no pudo influir en el contenido de la nueva cláusula suelo (§ 36). Asimismo, constituye un indicio de que el consumidor no pudo influir en la cláusula el hecho de que la entidad no facilitara al consumidor una copia del contrato ni le permitiera llevárselo consigo (§ 37). Más aun, el TJUE afirma que la circunstancia de que el consumidor introdujera antes de su firma en el contrato la mención, escrita de su puño y letra, en la que indicaba que comprendía el mecanismo de la cláusula suelo, no permite por sí sola concluir que esa cláusula fue negociada individualmente ni que el consumidor pudo efectivamente influir en el contenido de la misma (§ 38)<sup>217</sup>. De esta suerte, el TJUE respondió a la segunda cuestión prejudicial 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 abusiva».

En primer lugar, la sentencia afirma algo evidente, esto es, que una cláusula que modifica una cláusula no negociada puede ser a su vez una cláusula negociada, o no. Posteriormente, al examinar las cláusulas del acuerdo, se remite al artículo 3.2 de la Directiva 93/13. Luego analiza el caso concreto, y afirma que la circunstancia de que la novación se enmarque en una política general de renegociación de la entidad prestamista y el hecho de que no se haya facilitado copia del contrato al consumidor para que se lo llevará a casa, podrían constituir indicios de que el consumidor no pudo influir en el conte-

<sup>217</sup> Según el Abogado General, en sus conclusiones presentadas el 30 de enero de 2020 para la resolución de este asunto, una cláusula es negociada individualmente cuando las partes hayan tratado específicamente de la cláusula en cuestión. No ocurriría así cuando el empresario haya redactado la cláusula de forma previa a cualquier negociación sobre la temática a la que se refiere. El criterio decisivo es determinar si el consumidor ha tenido o no la posibilidad de influir sobre el contenido de dicha cláusula. En el caso de cláusulas tipo redactadas de antemano, como parece ocurrir en el asunto principal, se presumirá la ausencia de tal negociación, de conformidad con el artículo 3.2 de la Directiva 93/13CEE, y corresponderá al banco aportar la prueba en contrario. Respecto a este particular, se entiende que el consumidor ha tenido la posibilidad de influir sobre el contenido de una cláusula determinada cuando dicha celebración ha estado precedida de un diálogo entre las partes que ha brindado a aquel efectivamente la oportunidad de hacerlo. Por tanto, una cláusula no es negociada cuando el consumidor no ha tenido la posibilidad real de influir en su contenido, extremo que ha de apreciarse teniendo en cuenta el alcance del diálogo entre las partes en relación con el objeto de dicha cláusula.

nido de la nueva cláusula suelo<sup>218</sup>. Pero como desarrollaré más adelante, creo que ninguno de estos indicios conduce a considerar que la transacción no fue negociada. Finalmente, la expresión manuscrita de la cláusula suelo no equivale a que la cláusula sea negociada<sup>219</sup>. En efecto, no hay negociación por la mera existencia de casillas o espacios en blanco, salvo que por las circunstancias pueda estimarse que su contenido se rellena en cada caso atendiendo a los concretos intereses del cliente<sup>220</sup>. La redacción clara y comprensible de una cláusula que regula un elemento esencial del contrato no equivale a cláusula negociada, sino que habría de impedir un control ulterior de su contenido. Con todo, la expresión manuscrita de la cláusula tampoco equivale a su comprensibilidad real por el consumidor que la transcribe, aunque es indudable que contribuye a permitir la constatación de su propia existencia y a resaltar su contenido, en línea con lo sostenido por STS 205/2018<sup>221</sup>.

#### 5.4 TRANSPARENCIA DE LA NOVACIÓN

En la cuarta cuestión prejudicial básicamente se pregunta si la nueva cláusula suelo adolece de transparencia si se incumplen los criterios de transparencia fijados en la STS 241/2013, de 9 de mayo, para las cláusulas suelo. En particular, se cuestiona si la nueva cláusula puede adolecer de falta de transparencia si el profesional no informa al cliente del verdadero coste económico de dicha cláusula en su hipoteca, de manera que este pudiera conocer el tipo de interés (y la cuota resultante) que tendría que pagar en el caso de aplicarse la nueva cláusula suelo y el tipo de interés (y la cuota resultante) que tendría que pagar en el caso de no aplicarse ninguna cláusula suelo y aplicarse el tipo de interés pactado en el préstamo hipotecario sin limitación a la baja. Esto es, si debe informarse al consumidor sobre el importe de las cuantías en las que había sido perjudicado por la aplicación de las cláusulas suelo, así como el interés a aplicar en

<sup>218</sup> Asimismo, STJUE 15 enero 2015, asunto C-537/13.

<sup>219</sup> Según MARÍN LÓPEZ, *Blog CESCO*, 2020, a pesar de ser manuscrita, la cláusula cumple con el requisito del artículo 3.2 Directiva 93/13, porque es predispuesta y diseñada por el prestamista, aunque sea el cliente quien la transcribe, y además el consumidor no ha podido influir en su contenido, porque es idéntica en multitud de contratos.

<sup>220</sup> PAGADOR LÓPEZ, 1998, p. 326.

<sup>221</sup> En el mismo sentido, el ATJUE 6 diciembre 2021, asunto C-670/20, sostiene que, habida cuenta de la obligación de información que incumbe de este modo al profesional, una declaración del consumidor según la cual este es plenamente consciente de los riesgos potenciales derivados de la suscripción de un préstamo denominado en moneda extranjera no puede, en sí misma, ser relevante para apreciar si dicho profesional ha cumplido la mencionada exigencia de transparencia.

caso de no existir dichas cláusulas y, si al no haberlo hecho, las transacciones también adolecen de causa de nulidad.

El TJUE parte de que las dos cláusulas principales del «contrato de novación modificativa del préstamo» (*sic*), esto es, la de renuncia al ejercicio de acciones judiciales y la «nueva» cláusula suelo, no han sido negociadas individualmente. La «nueva» la cláusula suelo está incluida en el «objeto principal del contrato», en el sentido del artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, con independencia de la calificación jurídica que reciba dicho contrato<sup>222</sup>. Una cláusula incluida en el «objeto principal del contrato» debe cumplir el imperativo de transparencia. Una cláusula contractual es transparente cuando un consumidor medio está en condiciones de comprender las consecuencias jurídicas y económicas que se derivan para él de dicha cláusula. Cuando se trata de una cláusula suelo, el contrato que la contiene debe exponer de manera transparente los motivos y las particularidades del mecanismo al que se refiere esa cláusula. A este respecto, deben cumplirse los requisitos que estableció la STS 241/2013, de 9 de mayo, que representan una concreción del imperativo de transparencia establecido por el TJUE. Estos requisitos deben cumplirse independientemente del hecho de que el «contrato de novación modificativa del préstamo» no sea, en sí mismo, un contrato de préstamo.

Respecto al concreto control de transparencia, no pueda exigirse al profesional que informe del importe exacto a abonar, ni de las consecuencias económicas asociadas a las variaciones del tipo de interés durante la vigencia del contrato (pues dependen de acontecimientos futuros no previsibles y ajenos a la voluntad del profesional), ni, así, del impacto exacto de la aplicación de una cláusula suelo sobre tales cuotas (§ 52)<sup>223</sup>. Ahora bien, constituye un «elemento especialmente pertinen-

<sup>222</sup> En contra, MARÍN LÓPEZ, 2019, pp. 65 ss., que duda que esta cláusula forme parte del objeto principal del contrato, en el sentido del artículo 4.2 Directiva 93/13/CEE.

<sup>223</sup> Con todo, afirma CÁMARA LAPUENTE, *Almacén de derecho*, 2020, que los bancos sí disponían en el momento de contratar de previsiones sobre la evolución futura del euríbor y, por tanto, sobre cómo podría impactar en el consumidor el suelo fijado. De ahí que, según el autor citado, uno de los parámetros objetivos fijados en la STS 9 mayo 2013 sea «la explicación sobre los escenarios hipotéticos en función de la evolución de los tipos de interés, con una mirada (de mera hipótesis con los datos disponibles al contratar, obviamente) hacia el futuro y no solo hacia el pasado». En este sentido, considera el referido autor, que la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, contempla esas simulaciones basadas en el histórico. Además, considera el referido autor que la jurisprudencia del TJUE, previa al asunto sobre el IRPH, relativa a préstamos referenciados en moneda extranjera, sí considera exigible que el banco alerte sobre potenciales fluctuaciones futuras a la luz de la información que tiene, «por lo que el actual planteamiento es incongruente con la afirmación general relacionada con el trato leal con el contratante al compartir la información que al respecto tiene el oferente en el momento de contratar».

te» la información relativa a las fluctuaciones pasadas del índice de referencia (§ 53), pues ello permitiría al consumidor percatarse de la eventualidad de que no pudiera beneficiarse de las bajadas del tipo de interés (§ 54).

Por lo que se refiere a las cantidades a las que el consumidor renunciaría aceptando una nueva cláusula suelo, coincidentes con la diferencia entre las sumas satisfechas por el consumidor en aplicación de la cláusula suelo inicial y las que hubieran debido abonarse en ausencia de cláusula suelo, el TJUE señala que, en principio, «esas cantidades pueden calcularse fácilmente por un consumidor medio normalmente informado y razonablemente perspicaz, siempre que el profesional (...) haya puesto a su disposición todos los datos necesarios» (§ 55). Por otro lado, en lo que respecta a la cláusula manuscrita redactada por el consumidor, no puede ser, por sí sola, decisiva. Ciertamente, esta cláusula manuscrita demuestra que se han sometido a la atención del consumidor los efectos de la cláusula suelo. Sin embargo, no basta para acreditar el cumplimiento de los estrictos requisitos de transparencia. Por lo tanto, el indicio que proporciona esta cláusula manuscrita debe completarse con otros datos concordantes.

Así las cosas, respondió a la cuarta cuestión prejudicial del siguiente modo: «la exigencia de transparencia que tales disposiciones imponen a un profesional implica que, cuando este celebra con un consumidor un contrato de préstamo hipotecario de tipo de interés variable y que establece una cláusula suelo, deba situarse al consumidor en condiciones de comprender las consecuencias económicas que para él se derivan del mecanismo establecido por medio de la referida cláusula suelo, en particular mediante la puesta a disposición de información relativa a la evolución pasada del índice a partir del cual se calcula el tipo de interés».

¿Es preciso que para que la novación sea válida se satisfagan los requisitos de transparencia requeridos a una cláusula suelo? Según la lógica de la sentencia, el control de transparencia de la cláusula suelo del contrato original es cualitativamente idéntico al de la novación, pues en el préstamo se pactó una cláusula suelo y la novación consistió en introducir también una cláusula suelo, aunque más benevolente para el cliente. Pero observemos que se puede razonar de forma distinta. En el primer caso hay un préstamo hipotecario que, entre otras muchas cosas, incluye una cláusula suelo. En cambio, en el segundo, no hay un préstamo hipotecario con cláusula suelo, sino solo una renuncia del profesional a los intereses que generaba la primigenia cláusula suelo a cambio de un compromiso del cliente de no impugnarla. En este último caso no se

deben exigir condiciones de transparencia que sean propias de un préstamo hipotecario con cláusula suelo, sino las que son propias de una transacción. Nótese que si por la propia naturaleza de la transacción el margen de la impugnación por error es más limitado que en el resto de los contratos<sup>224</sup>, también el margen de impugnación por falta de transparencia tiene que restringirse más que en otros contratos. En la transacción el cliente solo ha de saber que la cláusula suelo puede ser nula y que transige sobre la incertidumbre de que esa cláusula sea nula. Incluso aunque la cláusula suelo original fuese calificada como accesorio (y susceptible directamente del control de contenido), la cláusula suelo novada pasa a ser, en todo caso, una cláusula que define el objeto «único» del contrato, porque la cláusula como tal es la esencia de un contrato de transacción, que se refiere precisamente a ella. Al convertirse la nueva cláusula suelo en el objeto por exclusiva del contrato transaccional, difícilmente esta se puede considerar como no transparente. Nótese que una transacción como la enjuiciada es un contrato que, para un consumidor medio, se comprende más fácilmente que un préstamo hipotecario con cláusula suelo. En la transacción lo principal es la nueva cláusula suelo, mientras que en el préstamo hipotecario había otros elementos más singulares. La esencia de la transacción no es la cláusula suelo que se nova, sino la novación como tal. Esta distinción pone de manifiesto que la transparencia que requerimos a la cláusula suelo original no puede ser cualitativamente idéntica a la que requerimos a la novación.

Como ha puesto de manifiesto el TJUE en otras resoluciones, ha de estarse a las circunstancias concurrentes en cada caso, a la naturaleza de los bienes o servicios que se contratan y a la concreta cláusula sometida a control de transparencia<sup>225</sup>. Por esta razón, el control de transparencia debe ser distinto en función de que se trate, por ejemplo, de una cláusula suelo, de una cláusula que establece los honorarios del abogado, de una cláusula IRPH, de una cláusula (*sic*) de fianza solidaria, de una cláusula de renuncia transaccional, etc<sup>226</sup>. El examen de transparencia de la novación no debe centrarse en un tema de comprensión de las particularidades del mecanismo que supone la cláusula suelo y sus posibles escenarios, sino en el entendimiento que supone renunciar a un crédito restitutorio incier-

<sup>224</sup> GULLÓN BALLESTEROS, 1964, p. 166.

<sup>225</sup> SSTJUE 21 marzo 2013, asunto C-92/11; 9 julio 2015, asunto C-348/14 y 20 septiembre 2017, asunto C-186/16.

<sup>226</sup> Según la Comunicación de la Comisión sobre «directrices interpretación y la aplicación de la Directiva 93/13 CEE» (2019/C323/04), es probable que el alcance de las obligaciones de información precontractual para los profesionales que se derivan de la Directiva 93/13/CEE también dependa de la importancia de la cláusula respecto a la transacción y su impacto económico.

to a cambio de una remuneración o ventaja. Por eso no tiene sentido que se informe al consumidor de la evolución pasada del índice de referencia<sup>227</sup>. En definitiva, la transacción no puede someterse al mismo control de transparencia al que se sometería el material transigido, pues, si así fuera, la transacción no tendría utilidad. Ciertamente que las cláusulas de la transacción pueden ser no transparentes, pero porque no reúnan sus propias condiciones de transparencia, no las de la cláusula suelo<sup>228</sup>.

## 5.5 LA RENUNCIA AL EJERCICIO DE ACCIONES

Mediante las cuestiones prejudiciales tercera y quinta, el Juzgado pregunta si la renuncia de acciones judiciales contenida en el contrato de transacción debe ser también nula, en la medida en que no informaba a los clientes que estaban ante una cláusula nula ni tampoco del dinero o importe que tenían derecho a percibir como devolución de los intereses pagados por la imposición inicial de las cláusulas suelo. De esta manera, se indica que el cliente firma una renuncia a demandar sin haber sido informado por el banco de a qué renuncia y de a cuánto dinero renuncia. Asimismo, se pregunta si la renuncia de acciones puede considerarse una cláusula abusiva en relación con la letra q) del anexo de cláusulas abusivas de la Directiva 93/13/CEE, dado que limita el derecho de los consumidores al ejercicio de derechos que pueden nacer o revelarse después de la firma del contrato, como ocurrió con la posibilidad de reclamar la devolución íntegra de los intereses pagados.

En primer lugar, el TJUE distingue entre la renuncia al ejercicio de cualquier acción futura y la renuncia mutua al ejercicio de acciones en el marco de un acuerdo que tenga por objeto la solución de una controversia entre las partes (§ 67). Pues bien, una renuncia previa a derechos futuros no es válida. El consumidor no puede renunciar con carácter previo al sistema de protección conferido por la Directiva 93/13/CEE (§ 75 y § 76). Con todo, la cláusula de renuncia mutua puede constituir el elemento esencial del contrato (art. 4.2 Directiva 93/13), de forma que no pueda ser sometida al control de abusividad si se incorporó de forma transparente (§ 68). Pues bien, dado que el pacto se firmó en 2014 y no fue hasta la

<sup>227</sup> Además, como dice ALFARO ÁGUILA-REAL, *Derecho mercantil España*, 2020, es un error afirmar que la evolución pasada de los tipos de interés puede informar acerca de la evolución futura. Según el autor, en contratos de larga duración, como son muchos de los préstamos hipotecarios, la evolución pasada ni siquiera indica si se podrá o no beneficiar de tipos inferior al tipo fijado como suelo. Al contrario, el autor citado considera que tener mucha información sobre el pasado puede hacer más irracional la decisión del consumidor.

<sup>228</sup> CARRASCO PERERA, *Blog CESCO*, 2020.

STJUE de 21 de diciembre 2016 cuando se conoció que los prestatarios podrían tener derecho a la restitución de las cantidades con carácter retroactivo, el TJUE consideró que: «la nulidad de la cláusula suelo no se trata de un hecho que constara con certeza, ya que tal carácter abusivo no había sido reconocido por ambas partes del contrato en el marco de un procedimiento judicial» (§ 72); y «la situación jurídica en el momento de la celebración del contrato de novación no parecía permitir que el Banco supiera que la existencia de una cláusula suelo abusiva justificaba la devolución íntegra de las cantidades indebidamente satisfechas en virtud de esa cláusula» (§ 73). En estas circunstancias, corresponde al juzgado remitente apreciar, en primer término, el nivel de certidumbre que existía en el momento de la celebración del contrato de novación en lo referente al carácter abusivo de la cláusula suelo inicial para así determinar el alcance de la información que el banco debía proporcionar al consumidor en virtud de la exigencia de transparencia que le incumbía cuando presentó la cláusula de renuncia a ejercitar acciones judiciales y, en segundo término, si el consumidor estaba en condiciones de comprender las consecuencias jurídicas que se derivaban para él de tal cláusula (§ 74)<sup>229</sup>.

Por tanto, el TJUE respondió como sigue a las cuestiones prejudiciales planteadas: «(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 calificada 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 derivaban 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/CEE no vincula al consumidor».

Observemos que la transacción enjuiciada por la sentencia es un contrato bilateral, pues las partes realizan renunciaciones recíprocas. Entonces, es evidente que no se trata de una renuncia unilateral de derechos, cláusula absolutamente negra en la Directiva 93/13/CEE (letra q del Anexo) y en la TRLGDCU (art. 10). Y como no es una

<sup>229</sup> En lo que alude a si el consumidor conocía del vicio del que podía adolecer la cláusula suelo, el Abogado General, en sus conclusiones presentadas el 30 de enero de 2020, entiende que el banco no presentó al consumidor el acuerdo como una transacción, reveladora de la existencia de una situación litigiosa entre las partes en relación con este particular, sino como un contrato de novación destinado a adaptar el contrato de préstamo hipotecario a los cambios en la coyuntura económica.

renuncia abdicativa, es innecesaria la reflexión de la sentencia a las renunciaciones nulas de acciones futuras de nulidad. Eso no quiere decir que una transacción permita renunciaciones encubiertas de derechos futuros, como se infiere del artículo 1815 CC. Como argumentaré luego, creo que la prestación del banco de reducir la cláusula suelo no tiene causa onerosa suficiente para amparar una renuncia al resto de derechos que el consumidor pueda adquirir en el futuro<sup>230</sup>.

De la argumentación del TJUE en la respuesta a la anterior cuestión prejudicial parece inferirse que la cláusula de renuncia no supera el control de transparencia material si el prestamista no informa al prestatario de «los datos» necesarios para que este pueda calcular los intereses indebidamente abonados, cantidades a las que el prestatario renunciaba. Con todo, resulta significativo que en la respuesta final no se mencionen estas cantidades a las que renunciaba el consumidor, sino solo a la evolución pasada del índice de referencia<sup>231</sup>. También resulta llamativo que en la respuesta a esta cuestión prejudicial el TJUE afirme que para que la cláusula de renuncia sea transparente el consumidor ha tenido que disponer de la información que le hubiera permitido comprender las «consecuencias jurídicas» que se derivaban para él de tal cláusula, sin hacer referencia a las «consecuencias económicas».

En mi opinión, es dudoso que el prestamista tenga que informar al consumidor de los datos para calcular la cantidad de dinero renunciada como estándar de transparencia de la cláusula de renuncia. Como hemos apuntado con anterioridad, por la propia naturaleza de la transacción, la figura del error sufre importantes restricciones (arts. 1817 y 1819 CC). Asimismo, al llevar cabo el control de transparencia sobre las cláusulas de la transacción, que en definitiva es un control del consentimiento del consumidor, debería tenerse en cuenta la naturaleza de dicho contrato. Así, puede deducirse de la regulación de este contrato que el error relevante es el que se produce en el *caput no controversum*, y no el que recae sobre la materia controvertida. Precisamente porque la incertidumbre constituía el estado de cosas sobre el que descansa el presupuesto del negocio, y para salir de esa incertidumbre se pacta. Por consiguiente, el error in *caput non controversum* es el único que puede ser relevante en la transacción, pues no es incompatible con la ratio del contrato, como lo sería la aceptación del error in *caput controversum*. En efecto, el error sobre el *caput no controversum* recae sobre cuestiones que no integran la controversia y que han sido implícitamente consideradas por las partes como pacíficas, de tal modo que no habrían estipulado

<sup>230</sup> CARRASCO PERERA, *Blog CESCO*, 2020.

<sup>231</sup> AGÜERO ORTIZ, *Blog CESCO*, 2020.

la transacción en caso contrario. En efecto, si la situación de hecho o de derecho que las partes han tomado como base de la transacción no es acorde a la realidad, la transacción es nula, si procede suponer que de haber tenido conocimiento de la realidad no hubiera surgido la incertidumbre<sup>232</sup>. La cuestión está en determinar qué es *caput controversum* o *caput no controversum*, cosa que no es fácil. Por ejemplo, es dudoso si el error sobre las secuelas de las lesiones procedentes de un accidente, desconocidas al tiempo de transigir una cantidad en concepto de indemnización por un daño extracontractual, puede ser o no considerado un error sobre el *caput controversum*<sup>233</sup>. Entonces ¿es *caput controversum* la cantidad de dinero a restituir al consumidor?

En primer lugar, podríamos considerar que la cantidad a la que el consumidor renuncia es *controversum*, pues las partes están en desacuerdo tanto en lo relativo a si la cláusula es o no transparente como en cuanto a sus efectos. No se trataría propiamente de una cuestión ajena a la discusión, pues si la transparencia o no de la cláusula suelo es cuestión discutida, también lo es por derivación los efectos de dicha falta de transparencia. Es evidente que era *caput controversum* si la cláusula era o no nula, y por tanto también los efectos de la nulidad. Es decir, si resulta que el error que recae sobre si la cláusula era o no transparente no puede servir para anular la transacción, tampoco puede hacer ineficaz la transacción un error que recae sobre las consecuencias de la nulidad de la cláusula<sup>234</sup>. Por tanto, sería innecesario que el predisponente informara de unos datos para calcular unos importes que constituyen *caput controversum*.

Con todo, también podría razonarse que era *no controversum* que la restitución de los intereses abonados en aplicación de una cláusula suelo estaba temporalmente limitada a los pagados desde el 9 de mayo de 2013, y que luego eso resultó erróneo. Para que el error sobre este aspecto invalide el consentimiento debe probarse que el consumidor aceptó la transacción bajo la creencia de que el banco solo tenía que restituir cantidades desde el 9 de mayo de 2013, y que si hubiera sabido que las cantidades se devolvían con carácter retroactivo no hubiera formalizado tal acuerdo. Es decir, de haberse conocido la situación real, no se hubiese concluido la tran-

<sup>232</sup> § 779 BGB [cf. GULLÓN BALLESTEROS, 1964, p. 167 y 2015 (b) y CARRASCO PERERA, 2021].

<sup>233</sup> La STS 195/1995, 23 de febrero, P. Alfonso Barcala Trillo-Figueroa, anula la transacción por error esencial sobre el alcance de las secuelas que padecía la persona que sufrió el daño. En cambio, la STS 1237/2007, 23 de noviembre, P. Xavier O'Callaghan Muñoz, parece entender que el error sobre las secuelas del accidente no invalida la transacción.

<sup>234</sup> RUIZ-RICO RUIZ, *RDBB*, 2018.

sacción o se hubiese formalizado en distintas condiciones<sup>235</sup>. A mi juicio, no es un argumento para negar la ineficacia de la transacción que el error en el *caput no controversum* sea común a las dos partes, pues una y otra parte pueden no dar la misma importancia a la presuposición fallida. Tampoco es un argumento suficiente para denegar la ineficacia de la transacción que el error producido sea de derecho. Así, aunque la jurisprudencia niega que el error de derecho sobre el *caput controversum* pueda suponer la ineficacia de la transacción<sup>236</sup>, cuando el error de derecho recae sobre *caput no controversum* sí puede suponer la ineficacia de la transacción<sup>237</sup>. En ese caso, no existe base para negar relevancia anulatoria al error de derecho, siempre que concurren las condiciones exigidas para que un error sea relevante a este respecto. Lo que ocurre con el error de derecho es que normalmente será inexcusable por la parte de quien yerra, ya que el coste para cada parte de informarse sobre la situación legal y el alcance y existencia de las normas será ordinariamente equivalente para ambas<sup>238</sup>. Por tanto, no puede desecharse la posibilidad de anular por error las transacciones objeto de estudio, siempre que el consumidor firmara el acuerdo bajo la creencia de que el banco solo tenía que restituir cantidades desde el 9 de mayo de 2013, y que de haber conocido que la devolución de intereses era con carácter retroactivo no habría aceptado la transacción o la habría aceptado en distintas condiciones. Cosa que no sucederá en los casos en los que el consumidor que ha firmado una transacción demande la nulidad de la cláusula suelo y la restitución de cantidades desde el 9 de mayo de 2013<sup>239</sup>.

Ahora bien, recordemos que la causa típica de la transacción es la de evitar un pleito mediante recíprocas concesiones. Y se trata de evitar dicho pleito por los más diversos motivos: dudas sobre la veracidad de las pretensiones, deseos de evitar los inconvenientes del litigio, rápida solución del conflicto, etc. Por eso en una transacción no se suele declarar el motivo real que ha llevado a efectuarla, por lo que es difícil que se puede probar en la práctica el error, pues por imperativo legal ha de ser determinante para celebrar el contrato. Si una de las partes impugna la transacción alegando error, y no constreñimos su aplicación, se corre el peligro de que

<sup>235</sup> C. 2, 4, 42 da buena muestra de que en el derecho romano se entendía que la existencia de circunstancias o bien su inexistencia, que conocidas habrían hecho que la transacción no se concluyese, permitían la nulidad de la transacción (cfr. GULLÓN BALLESTEROS, 1964, p. 169).

<sup>236</sup> STS 1153/2000, 20 de diciembre, P. Pedro González Poveda.

<sup>237</sup> GULLÓN BALLESTEROS, 2015 (c) y TAMAYO HAYA, 2016 (a).

<sup>238</sup> CARRASCO PERERA, 2021.

<sup>239</sup> Como expuse al inicio del trabajo, esto sucede en multitud de casos (cfr. por todas STS 246/2022, de 29 de marzo, P. Ignacio Sancho Gargallo).

se dé como circunstancia determinante la que alega el que yerra<sup>240</sup>. En efecto, la transacción tiene una causa muy específica, que es evitar un litigio, por lo que si las partes son conscientes de que lo decisivo es poner fin a la controversia más allá del valor que objetivamente puedan tener sus pretensiones, no puede luego una parte que ha errado sobre la valoración de su derecho impugnar la transacción. En definitiva, creo que la entidad no tiene que informar ni evaluar en beneficio del consumidor la cifra de probabilidad de que su demanda fuera estimada, porque el riesgo jurídico no forma parte de la carga que integra el deber de información. Pero tampoco puede ocultar la realidad ni minimizar el riesgo, porque ambas conductas hacen no transparente la transacción<sup>241</sup>. Por ende, está fuera de lugar que el juez nacional deba tener en cuenta el nivel de certidumbre que existía en el momento de la celebración del contrato de novación en lo referente al carácter abusivo de la cláusula suelo inicial y de sus consecuencias, para así determinar el alcance de la información que el Banco debía proporcionar al consumidor, pues si una determinada cláusula es o no transparente y sus consecuencias será una cuestión incierta hasta que se produzca un pronunciamiento judicial. Además, como argumentaré con posterioridad, la información para calcular las cantidades renunciadas era una información disponible. Porque nótese que los consumidores, cuando accionan la nulidad de la cláusula suelo, reclaman una cantidad al prestamista, que ellos mismos calculan, sin que este le haya proporcionado los datos necesarios para calcular esa cantidad<sup>242</sup>. Ahora bien, cierto sector doctrinal considera que por la trascendencia que comporta la renuncia de acciones, la cláusula que la contiene debería estar sometida a un control de transparencia especialmente riguroso<sup>243</sup>.

Finalmente, de la sentencia parece desprenderse que falta de transparencia de la cláusula de renuncia conduce automáticamente a considerarla abusiva, cuestión que trataré posteriormente con más profundidad<sup>244</sup>.

<sup>240</sup> GULLÓN BALLESTEROS, 2015 (c).

<sup>241</sup> CARRASCO PERERA, *Revista CESCO*, 2021, p. 63. Escribe CARRASCO PERERA, 2021, que las contingencias posteriores al momento en que se presta el consentimiento son un riesgo que soporta quien las padece. Como los futuros contingentes no son susceptibles de verdad o falsedad en el momento en que se celebra el contrato (aunque sí es susceptible de verdad o falsedad el haberse representado estos futuros bajo una luz optimista), no puede el predisponente informar sobre ellos, pero tampoco camuflarlos o minimizarlos.

<sup>242</sup> Cfr. SSAAPP Islas Baleares (Sección 5.ª) 275/2019, de 15 abril; Granada (Sección 3.ª) 582/2018, 13 de diciembre y Valencia (Sección 9.ª) 603/2017, 15 de noviembre; entre otras muchas.

<sup>243</sup> MARTÍNEZ ESCRIBANO, *RDC*, p. 395 que, con todo, no indicia en qué se concreta ese control más riguroso.

<sup>244</sup> Según el Abogado General, en sus conclusiones presentadas el 30 de enero de 2020, «la falta de transparencia bastaría en el contexto concreto del acuerdo aquí contro-

## 6. LA INFLUENCIA DE LA DOCTRINA COMUNITARIA EN LA JURISPRUDENCIA CIVIL MÁS RECIENTE

Después de que el TJUE dictara la referida sentencia, se observa un cambio en la jurisprudencia de la Sala Primera. Es probable que el control de transparencia que requiere la sentencia europea sea más cualificado que el que propuso la STS 205/2018<sup>245</sup>, aunque el propio tribunal lo haya negado<sup>246</sup>. Y ello como consecuencia de que el Juzgado de Teruel introduce en el debate nuevos flujos de información que, a su juicio, son necesarios para que las cláusulas del acuerdo puedan ser consideradas transparentes, esto es, información de a qué se renuncia y de a cuánto dinero renuncia.

Los hechos y los fundamentos jurídicos de la jurisprudencia referida son prácticamente los mismos<sup>247</sup>. Banco y cliente concertan un préstamo hipotecario que contiene una cláusula suelo. Después de dictarse la STS 241/2013, de 9 de mayo, las partes acuerdan una rebaja de la cláusula suelo. Además, «las partes ratifican la validez y vigor del préstamo, consideran adecuadas sus condiciones y, en consecuencia, renuncian expresa y mutuamente a ejercitar cualquier acción frente a la otra que traiga causa de su formalización y clausulado, así como por las liquidaciones y pagos realizados hasta la fecha, cuya corrección reconocen». Este documento contiene la transcripción a mano por ambos prestatarios, junto con su firma, del siguiente texto: «Soy consciente y entiendo que el tipo de interés de mi préstamo nunca bajará del x% nominal anual». El cliente presenta una demanda en la que

---

vertido, para demostrar la incompatibilidad de la cláusula en cuestión con la citada Directiva, sin que sea necesario examinar siquiera los criterios de desequilibrio importante y de buena fe previstos en el artículo 3.1 de la misma Directiva 93/13. En efecto, debido a la falta de transparencia, no puede considerarse que la renuncia prevista en la cláusula referida resulte del consentimiento informado del consumidor. Por lo demás, dicha falta de transparencia y la asimetría de información permiten presumir que existe ese desequilibrio importante y apuntan al incumplimiento de la exigencia de buena fe por parte del banco».

<sup>245</sup> Según MARÍN LÓPEZ, *Blog CESCO*, 2020, la doctrina sentada en la STS 205/2018, de 11 de abril, es contraria al artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CE y a la jurisprudencia del TJUE, por cuanto considera cumplido el control de transparencia sin que el prestamista haya informado al prestatario.

<sup>246</sup> STS 589/2020, 11 de noviembre, P. Juan María Díaz Fraile.

<sup>247</sup> SSTs 580/2020, 5 de noviembre, P. Ignacio Sancho Gargallo; 676/2020, 15 de diciembre, P. Ignacio Sancho Gargallo; 34/2021, 26 de enero, P. Pedro José Vela Torres; 242/2021, 4 de mayo, P. Pedro José Vela Torres; 325/2021, 17 de mayo, P. Rafael Saraza Jimena; 426/2021, 22 de junio, P. Ignacio Sancho Gargallo; 466/2021, 29 de junio, P. Ignacio Sancho Gargallo; 495/2021, 6 de julio, P. Ignacio Sancho Gargallo; 509/2021, 8 de julio, P. Ignacio Sancho Gargallo; 647/2021, 28 de septiembre, P. Rafael Saraza Jimena; 685/2021, 8 de octubre, P. Ignacio Sancho Gargallo; 760/2021, 3 de noviembre, P. Ignacio Sancho Gargallo; 824/2021, 30 de noviembre, P. Ignacio Sancho Gargallo; 835/2021, 1 de diciembre, P. Ignacio Sancho Gargallo; 876/2021, 20 de diciembre, P. Rafael Saraza Jimena; 923/2021, 23 de diciembre, P. Ignacio Sancho Gargallo; entre otras muchas.

pide la nulidad de la cláusula suelo incluida en la escritura de préstamo hipotecario.

Lo que sigue es un resumen de la doctrina de la Sala. El documento privado contiene dos estipulaciones relevantes. En la estipulación primera se pacta que a partir de entonces y para el resto del contrato de préstamo el tipo de interés mínimo aplicable será el  $x\%$ ; y en la estipulación tercera las partes ratifican la validez del préstamo originario y renuncian a ejercitar cualquier acción que traiga causa en su formalización y clausulado, «así como por las liquidaciones y pagos realizados hasta la fecha». La primera, por sí sola, y al margen de la tercera, constituiría una modificación o novación de la cláusula suelo. Y la tercera, en cuanto contiene una renuncia al ejercicio de acciones, podría llegar a entenderse que tiene su causa en la reducción de la cláusula suelo, de forma que ambas constituyeran los dos elementos esenciales de un negocio transaccional: el banco accede a reducir el suelo y los clientes, que en ese momento podían ejercitar la acción de nulidad de la originaria cláusula suelo, renuncian a su ejercicio.

Es posible modificar la cláusula suelo del contrato originario, siempre que esta modificación haya sido negociada o, en su defecto, cuando se hubiera empleado una cláusula contractual predispuesta por el empresario en la contratación con un consumidor, siempre que esta última cláusula cumpla con las exigencias de transparencia. En estos casos de simple modificación de la cláusula suelo, si se cumplen los requisitos expuestos, se tendría por válida la nueva cláusula, aunque pudiera declararse la nulidad de la cláusula originaria si no se cumplían los requisitos de transparencia. Con el consiguiente efecto de que se considere que no ha producido efectos y por lo tanto todo lo que se hubiera cobrado de más en aplicación de esa originaria cláusula deba ser restituido al consumidor. Además, una cláusula suelo podía ser objeto de una transacción. Las partes, partiendo de una situación de incertidumbre, controvertida y para evitar un litigio, podían convenir realizar concesiones recíprocas y alcanzar un acuerdo que convirtiera la incertidumbre en seguridad. Y si los términos de la transacción aceptada por el consumidor venían predispuestos por el empresario, entonces era preciso comprobar, también de oficio, que se habían cumplido las exigencias de transparencia en la transacción.

Al proyectar la doctrina de la STJUE de 9 de julio de 2020 sobre la estipulación primera del contrato privado que reduce el suelo inicialmente pactado, se advierte que esa cláusula no está negociada individualmente, y por lo tanto debe ser objeto de un control de transparencia. Cuando se modificó la cláusula suelo, los

prestatarios sabían de la existencia de la cláusula suelo, que era potencialmente nula por falta de transparencia y de la incidencia que había tenido. Por otra parte, como afirma el TJUE, la transcripción manuscrita en la que los prestatarios afirman ser conscientes y entender que el tipo de interés de su préstamo nunca bajará del x% no es suficiente por sí sola para afirmar que el contrato fue negociado individualmente, pero sí puede contribuir, junto con otros elementos, a apreciar la transparencia. Este criterio de transparencia se habría cumplido en este caso, pues consta el conocimiento de la evolución del índice y sus concretas consecuencias económicas, por la incidencia práctica que había tenido esta evolución en la concreción de la cuantía de la cuota periódica que había venido pagando el prestatario, y porque en el propio documento se especifica el valor del índice en ese momento. Además, esta información de la evolución de los índices de referencia oficiales era objeto de publicación oficial y periódica por el Banco de España, conforme a la disposición adicional segunda de la Orden del Ministerio de Economía de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, y a la Circular 5/1994, de 22 de julio, del Banco de España, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela. Por todo lo cual, se concluye que la cláusula de modificación cumplía con estas exigencias de transparencia.

Por otra parte, se advierte que la renuncia de acciones, por los términos en que está escrita, va más allá de la controversia suscitada en torno a la cláusula suelo. Si la cláusula de renuncia se hubiera limitado a las acciones relativas a la validez de la cláusula suelo y a las liquidaciones y pagos realizados hasta la fecha, en ese caso, podría ser tenida en consideración para analizar si la información suministrada resultaba suficiente, en atención a las circunstancias del caso, para comprender las consecuencias jurídicas de la renuncia. En la medida en que la cláusula de renuncia abarca a cuestiones ajenas a la controversia que subyace al pretendido acuerdo transaccional, no puede reconocerse su validez.

En consecuencia, se declara la validez de la estipulación del contrato privado que modifica la originaria cláusula suelo y la nulidad de la cláusula de renuncia de acciones. Esta última cláusula, que ha sido incluida por el banco en su propio interés, se debe tener por no puesta y por ello ha de ser removida del contrato transaccional. Subsiste el resto del acuerdo que, una vez suprimida la cláusula de renuncia de acciones, gira esencialmente en torno a la cláusula primera que reduce el suelo: frente al actual o potencial interés del prestatario de que se suprima la cláusula suelo, el banco accede a

reducir el límite, asegurándose que cuando menos a partir de entonces la cláusula suelo es aceptada de forma inequívoca, cumplidas las exigencias de transparencia. Esta modificación de la cláusula suelo opera únicamente a partir de la fecha del contrato privado. Se declara la nulidad de la cláusula suelo establecida en la escritura de préstamo hipotecario, que se tiene por no puesta y en su consecuencia procede la restitución de las cantidades indebidamente cobradas en aplicación de esa inicial cláusula suelo.

## 7. COMENTARIOS A LA JURISPRUDENCIA EMERGENTE

### 7.1 ¿Transacción negociada?

Reparemos en que la Directiva 93/13/CEE y los artículos 82 y siguientes TRLGDCU no se aplican cláusulas negociadas, sino a cláusulas no negociadas. En efecto, los controles de incorporación, transparencia y abusividad del contenido no son aplicables a las cláusulas negociadas<sup>248</sup>. Y la condición de consumidor de una de las partes no excluye la aplicación de esta regla<sup>249</sup>. Por consiguiente, si hubo negociación solo podría haber un control del consentimiento en base a las reglas generales, pero si el contrato no se negoció, entonces se debe examinar si se cumplió la transparencia de la nueva cláusula suelo y de la renuncia correspondiente<sup>250</sup>. Nótese que el camino para conseguir la transparencia no es el mismo para llegar a la negociación<sup>251</sup>. Para llegar a aquella, el TJUE exige que el deudor que transige sea conocedor, al transigir, de una serie de factores. En cambio, si la cláusula novada ha sido negociada, procede sin más la exclusión del control de transparencia y del control de abusividad. La cláusula deviene inmune bajo cualquier consideración relativa al Derecho de cláusulas abusivas<sup>252</sup>. La cuestión estriba en determinar cuándo una cláusula puede considerarse

<sup>248</sup> El de incorporación, como dije, es aplicable a cualquier contrato en que se utilicen condiciones generales de la contratación, aunque el adherente sea un empresario (por todas, STS 314/2018, 28 de mayo, P. Pedro José Vela Torres).

<sup>249</sup> Por todas, STS 660/2019, 11 de diciembre, P. Rafael Saraza Jimena.

<sup>250</sup> A juicio de CÁMARA LAPUENTE, *Almacén de Derecho*, 2020, el foco debiera estar puesto en la prueba de si el contrato de novación fue negociado y se pudo llegar a una auténtica transacción, o si, por el contrario, fue un contrato de adhesión y si para tal adhesión no se satisficieron los requisitos de la transparencia material.

<sup>251</sup> Con todo, a veces los procedimientos parecen solaparse. Así, la SAP Ciudad Real 48/2018, 11 de abril, considera que la cláusula suelo es negociada, y por los mismos motivos que es transparente.

<sup>252</sup> CARRASCO PERERA, *GA-P*, 2021.

negociada, y en particular si las cláusulas de nuestro acuerdo tienen esa condición.

Como dijimos, la STJUE de 9 de julio de 2020, recuerda, primero, que conforme al artículo 3.2 Directiva 93/13/CEE, debe entenderse que «una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido “redactada previamente” por el profesional y el consumidor “no haya podido influir sobre su contenido”, tal como sucede, en particular, en el caso de los “contratos de adhesión”». Se ha entendido que el hecho de que cláusula haya sido preredactada por el empresario, aunque pueda ser una presunción de que no es negociada<sup>253</sup>, no es lo trascendente, sino «la posibilidad» de incidir en tal confección, aunque el clausulado no haya sufrido ningún cambio respecto al inicialmente propuesto<sup>254</sup>. Pero no debería bastar con la «mera posibilidad» de que el consumidor hubiera podido influir en su redacción, sino que es preciso que efectivamente haya influido y ese elemento ha de ser probado<sup>255</sup>. En efecto, como se ha apuntado, es un mero juicio teórico si había una «posibilidad» de negociar ¿Hay alguna diferencia entre el empresario que hizo una oferta sobre la base de lo «tomas o lo dejas» u otro que tras escuchar al adherente o tras una fase de tratos con este acaba por no modificar la oferta? Si además se tiene en cuenta la posición a la que se aboca al predisponente en el artículo 82.2. II TRLGDCU, con una asunción de la carga de probar que la cláusula fue negociada, su posición es ciertamente irracional. Tendría que probar que aquello que estaba predispuesto para uno o muchos contratos y que no fue modificado finalmente porque el propio oferente se opuso a ello, sin embargo, fue realmente negociado, aunque sin éxito para el consumidor. ¿Y cómo dar una prueba de esta clase si no acreditando que la cláusula final incorporó modificaciones de hecho en relación con la inicial? En consecuencia, lo razonable será interpretar que todo aquello que el adherente tuvo que aceptar, pues no lo pudo modificar, es algo que no pudo negociar. En efecto, la aceptación de un precio contractual predispuesto por el empresario, en forma tal que el adherente debe aceptarlo o renunciar a contratar, es un contrato en que el consentimiento se construye por adhesión a una oferta de contrato<sup>256</sup>. Por lo tanto, para que una cláusula sea considerada como fruto de

<sup>253</sup> Según BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 2000, p. 756, la predisposición supone un indicio de que la cláusula no se ha negociado. En este caso, el predisponente tiene la carga de probar que se ha negociado, a pesar de estar preredactada, porque pudo ser alterada por el predisponente.

<sup>254</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, 2002, pp. 111-126 y STS 876/2005, 10 de noviembre, P. Jesús Corbal Fernández.

<sup>255</sup> SSTS 649/2017, 29 de noviembre, P. Pedro José Vela Torres y 489/2018, 13 de septiembre, P. Ignacio Sancho Gargallo.

<sup>256</sup> CARRASCO PERERA, 2007, p. 186 y 2021.

una negociación, el predisponente debe probar que el adherente influyó en el contenido de la cláusula<sup>257</sup>, es decir, que a instancia del adherente el predisponente modificó la cláusula que ofrecía inicialmente en uno o más contratos.

En coherencia con lo expuesto, el TS ha considerado que la cláusula suelo resultante de una novación es negociada cuando queda probado que la modificación se produjo a instancia del cliente<sup>258</sup>. También cuando el cliente propuso una rebaja que luego se reflejó en un documento privado que fue aceptado e implementado un mes más tarde por el banco<sup>259</sup>. En otras ocasiones se ha considerado negociada la modificación «al alta» de una cláusula suelo, porque supone la contraprestación del consumidor a cambio de una ampliación del plazo o del capital<sup>260</sup>. Asimismo, se considera negociada la novación solicitada por los prestatarios por la que se eleva la cláusula suelo, a cambio de que el banco ampliara del plazo de amortización e incrementara capital prestado<sup>261</sup>. Recientemente, se ha considerado que la cláusula suelo fue negociada porque se ofreció un suelo y un techo muy distinto a los ofrecidos en otros contratos similares. Es decir, si no se cumple con el requisito de la generalidad se considera la cláusula negociada<sup>262</sup>. Por el contrario, una cláusula de un préstamo no puede considerarse negociada por el hecho de que otras cláusulas del contrato sí lo sean<sup>263</sup>. Además, la entrega al consumidor de una oferta con antelación a la suscripción del documento, en la que se incluía un abanico de varias opciones diversas entre las que el consumidor podía elegir, si es que alguna de ellas se adecuaba a sus intereses, y que el contrato se formalizara previo ejercicio de la citada opción, no implica negociación, aunque sí que es un factor para determinar la transparencia de la nova-

<sup>257</sup> STS 192/2021, 6 de abril, P. Ignacio Sancho Gargallo.

<sup>258</sup> STS 675/2019, 17 de diciembre, P. Ignacio Sancho Gargallo.

<sup>259</sup> STS 742/2021, 2 de noviembre, P. María de los Angeles Parra Lucán.

<sup>260</sup> La STS 361/2019, 26 de junio, P. Rafael Saraza Jimena, declaró la validez de la cláusula suelo incorporada en un préstamo hipotecario suscrito en 2008, que fue elevada en 2012 por el prestamista a cambio de conceder a los prestatarios una ampliación de capital y un periodo de carencia, ya que «los prestatarios, siendo conocedores de la existencia de la cláusula suelo y de sus efectos, puesto que durante las anualidades 2009 a 2012 la cláusula desplegó sus efectos e impidió que el interés bajara por debajo del 3%, negociaron una novación del préstamo hipotecario en el que, como contrapartida a una ampliación del capital prestado y a la concesión de un periodo de carencia, se elevaron tanto el diferencial como el tipo del suelo». Igualmente, la STS 422/2019, 16 de julio, P. Eduardo Baena Ruiz.

<sup>261</sup> STS 468/2022, 6 de junio, P. José Luis Seoane Spiegelberg.

<sup>262</sup> STS 366/2022, 4 de mayo, P. Juan María Díaz Fraile.

<sup>263</sup> La STS 99/2021, 23 de febrero, P. Rafael Saraza Jimena, afirma que la negociación sobre el montante del préstamo, el plazo de reembolso o la incidencia de una divisa foránea no supone que sea negociada la cláusula que establece el mecanismo que determina como opera dicha divisa en el contrato.

ción<sup>264</sup>. En efecto, no hay negociación por el hecho de que el empresario ofrezca al adherente dos o tres posibilidades igualmente pre-dispuestas<sup>265</sup>. En definitiva, a la luz de la jurisprudencia referida, para considerar la novación como resultado de una negociación debería quedar acreditado que el consumidor acudió al banco para que le redujera el límite inferior a la variabilidad del interés, y que este aceptó su propuesta<sup>266</sup>, o que el banco hizo una oferta de un «precio» determinado y luego el consumidor realizó una contraoferta que fue la que finalmente se pactó, o que el empresario ofreció algo distinto a lo ofrecido en otros contratos.

La STJUE de 9 de julio de 2020, analizando el caso concreto, añade que «la circunstancia de que la celebración del contrato de novación al que se refiere al litigio principal se enmarque en la «política general» de renegociación de los contratos de préstamo hipotecario de tipo variable que incluían una cláusula suelo (...), podría constituir un indicio de que el consumidor no pudo influir en el contenido de la nueva cláusula suelo». Asimismo, es un indicio que el banco «no facilitara al prestatario una copia del contrato y tampoco le permitiera que se lo llevara consigo para que pudiera tener conocimiento de su contenido». Nótese que todos estos argumentos son los que maneja la jurisprudencia más reciente para considerar que las cláusulas del acuerdo estudiado no son negociadas<sup>267</sup>.

Sobre el indicio relativo a que la novación se enmarque en una política general del banco, hay que apuntar que en la *praxis* se observa que una misma entidad no ofrecía la misma rebaja en todos los casos, ni dicha rebaja se adaptaba al contenido de la cláusula precedentemente incluida en cada uno de los contratos. La jurisprudencia estudiada nos demuestra que un mismo banco, ante una misma cláusula suelo, ofrecía modificaciones diferentes. En efecto, una misma entidad bancaria, ante la misma cláusula suelo del 3,25%, la reduce en algunos casos al 2,65%<sup>268</sup>, mientras que en otros al 2,25%<sup>269</sup>. Asimismo, otra entidad bancaria diferente, ante la misma cláusula suelo, realiza en unos casos una rebaja del

<sup>264</sup> SSTS 208/2021, 19 de abril, P. Rafael Saraza Jimena y 407/2021, 15 de junio, P. Ignacio Sancho Gargallo. La STJUE 16 enero 2014, asunto C-226/12, declara que, «el hecho de que ofrezcan varias alternativas estandarizadas a los clientes, entre las cuales puedan elegir, no suprime el carácter impuesto del contrato».

<sup>265</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, 2002, p. 124.

<sup>266</sup> Según GONZÁLEZ PACANOWSKA, 2022, p. 441, la negociación que impide los controles específicos no puede fundamentarse únicamente en que la iniciativa para celebrar el contrato provenga del cliente.

<sup>267</sup> Por todas, STS 441/2021, 23 de junio, P. Ignacio Sancho Gargallo.

<sup>268</sup> STS 914/2021, 23 de diciembre, P. Ignacio Sancho Gargallo.

<sup>269</sup> STS 915/2021, 23 de diciembre, P. Ignacio Sancho Gargallo.

1,25%<sup>270</sup> y en otros del 1%<sup>271</sup>. Y en este sentido hay más casos. Así pues, podría argumentarse que, al no cumplirse el requisito de la generalidad, la cláusula por la que se nova la cláusula suelo no puede ser menos que negociada<sup>272</sup>. Con todo, en esos casos en que no se cumple el requisito de la generalidad, la jurisprudencia no considera la rebaja de la cláusula suelo como fruto de una negociación. En mi opinión, que no se cumpla con el requisito de la generalidad no puede ser el pretexto para concluir que el consumidor influyó en el contenido de la cláusula, pues las ofertas descritas pudieron ser impuestas y las diferencias de «precio» obedecer a la diferente condición de cada uno de los prestatarios. Es decir, a un prestatario se le podía ofrecer una rebaja «mejor» porque, por ejemplo, había contratado más productos vinculados que otro, sin que realmente existiera negociación. En este sentido, la jurisprudencia ha sostenido que pueden ser cláusulas no negociadas aquellas que no están destinadas a incorporarse una pluralidad de contratos, siendo prescindible el criterio de la generalidad<sup>273</sup>. Como he explicado, parece que el criterio decisivo es que la cláusula se dispusiera a instancia de una propuesta del consumidor.

Además, creo que el hecho de que el profesional no entregara al consumidor una copia del contrato y que tampoco le permitiera que se lo llevara consigo para que pudiera tener conocimiento de su contenido, no es un indicio determinante de que la cláusula fuese no negociada. Es cierto que si el consumidor se lleva consigo una copia de la oferta de contrato parece no cumplirse el requisito de la celeridad que impregna la contratación con condiciones generales, mas no parece imposible que el consumidor pueda influir en el contenido de una cláusula aun sin llevarse la copia del contrato a casa<sup>274</sup>. Yo creo que más bien este hecho permitiría al consumidor comparar ofertas y adoptar la decisión de contratar<sup>275</sup>, y en definitiva podría servir como indicio para acreditar la transparencia de la cláusula. En efecto, según la jurisprudencia, el perfecto conocimiento de la cláusula, de su trascendencia y de su incidencia en la ejecución del

<sup>270</sup> STS 876/2021 20 de diciembre, P. Rafael Saraza Jimena.

<sup>271</sup> STS 877/2021, 20 de diciembre, P. Rafael Saraza Jimena.

<sup>272</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, *Blog Derecho mercantil*, 2020

<sup>273</sup> Según la STS 222/2015, 29 de abril, P. Rafael Saraza Jimena, el requisito de la generalidad es en realidad innecesario, por cuanto que para que pueda realizarse el control de abusividad de una cláusula de un contrato celebrado con un consumidor basta que no haya sido negociada individualmente (art. 82.1 y 2 TRLGDCU), sin que sea imprescindible que tenga el carácter de condición general de la contratación en el sentido de que sea utilizada de un modo general en la contratación, pues puede encontrarse en un contrato de adhesión que no tenga un uso generalizado.

<sup>274</sup> Según MARÍN LÓPEZ, *Blog CESCO*, 2020, que el prestatario no se lleve copia del contrato nada tiene que ver con que ese prestatario haya podido influir o no en las cláusulas del acuerdo novatorio. En contra, ALFARO ÁGUILA-REAL, *Derecho mercantil España*, 2020.

<sup>275</sup> STS 743/2021, 2 de noviembre, P. María de los Ángeles Parra Lucán.

contrato, a fin de que el consumidor pueda adoptar su decisión económica, se habría obtenido mediante el suministro al consumidor, con una antelación más que suficiente respecto de la celebración del contrato, de una información breve y clara sobre las principales características del préstamo<sup>276</sup>.

De lo hasta ahora expuesto habrá podido notarse que, conforme a la legislación vigente, es muy difícil argumentar que las cláusulas del acuerdo enjuiciado son negociadas. Para ello el predisponente tiene que probar que, a instancia del adherente, modificó la cláusula que ofrecía inicialmente en uno o más contratos. En este sentido, la jurisprudencia ha entendido que la contratación bancaria, por lo general, es extraña a la negociación individual, ya que tiende a la contratación mediante modelos unitarios que permitan rapidez y uniformidad en los contratos<sup>277</sup>. Más aun, se parte de la premisa (presunción *iuris tantum*) de que los contratos bancarios son contratos predispuestos con condiciones generales de la contratación<sup>278</sup>. Asimismo, la doctrina sostiene que la posible negociación excluyente de cualquier control se revela como hipótesis prácticamente excepcional<sup>279</sup>. En efecto, la *praxis* diaria de nuestros tribunales se considera de partida toda cláusula (incluso relativa al precio y la contraprestación) como no negociada «a poco que el consumidor combata de alguna forma su interpretación o aplicación o se considere que no influyó *prima facie* en su decisión de compra»<sup>280</sup>. En la mayoría de los supuestos en los que se aprecia que la cláusula es fruto de una negociación, la cláusula resulta válida por otras razones: no es consumidor el deudor, no existe desequilibrio, etc. Cuando se invoca el carácter negociado de una cláusula suele tratarse de argumento secundario<sup>281</sup>.

Con todo, y aunque es muy discutible, puede razonarse que la naturaleza de la transacción formalizada conduce a considerar que sus cláusulas son negociadas<sup>282</sup>. Y no solo porque, como se ha argumentado, a las cláusulas predispuestas que regulan elementos esenciales del contrato les falte uno de los requisitos necesarios para con-

<sup>276</sup> STS 744/2021, 2 de noviembre, P. María de los Ángeles Parra Lucán.

<sup>277</sup> Así lo resalta la STS 364/2016, 3 de junio, P. Ignacio Sancho Gargallo, que cita a su vez la STJUE de 16 enero 2014, asunto C-226/12, que señala que «el sector bancario se caracteriza porque la contratación con consumidores se realiza mediante cláusulas predispuestas e impuestas por la entidad bancaria, y por tanto, no negociadas individualmente con el consumidor, lo que determina la procedencia del control de abusividad previsto en la Directiva 93/13/CEE y en el TRLGDCU, salvo que se pruebe el supuesto excepcional de que el contrato ha sido negociado y el consumidor ha obtenido contrapartidas apreciables a la inserción de cláusulas beneficiosas para el predisponente».

<sup>278</sup> STS 158/2022, 1 de marzo, P. Pedro José Vela Torres.

<sup>279</sup> PAGADOR LÓPEZ, 1998, pp. 296 ss.

<sup>280</sup> CARRASCO PERERA, 2021.

<sup>281</sup> GONZÁLEZ PACANOWSKA, 2015 (a).

<sup>282</sup> Asimismo, CARRASCO PERERA, *Blog CESCO*, 2020.

siderarlas condiciones generales, esto es, la imposición<sup>283</sup>, afirmación que es muy controvertida por no provenir de un criterio normativo<sup>284</sup>. Repárese que la transacción a la que nos referimos solo se compone de dos prestaciones y se ofrece aislada de otros conjuntos contractuales y de otras cláusulas no relevantes. Como no es un contrato «cargado» con regulación adicional a las mutuas concesiones, no puede ser menos que negociado, tanto si se rechaza como si se acepta. A mi juicio, la apreciación global del acuerdo lleva a la conclusión de que no se trata de un contrato de adhesión que contiene cláusulas no negociadas individualmente. Y recuérdese que el elemento decisivo en nuestra legislación es que el contrato sea o no un contrato de adhesión (art. 1.2 *in fine* LCGC). En efecto, el acuerdo descrito no es un contrato de adhesión, porque solo hay prestaciones centrales, sin zona periférica<sup>285</sup>. El acuerdo estudiado no cumple, a diferencia de los contratos de adhesión, con el objetivo de reducción de costes de celebración y regulación de los contratos celebrados con la empresa que evitaría la discusión de determinadas cláusulas<sup>286</sup>, simplemente porque esas cláusulas no existen. No es necesario regular otros términos de la transacción mediante condiciones generales, que permita a las partes concentrarse sobre los puntos esenciales sin renunciar a una regulación detallada, simplemente porque esos otros términos no se regulan. Al formalizar la transacción, el consumidor tiene pleno conocimiento de las cláusulas sobre las que se proyecta su influencia, de sus implicaciones para el resto del contenido contractual, de sus dere-

<sup>283</sup> Según ALFARO ÁGUILA-REAL, 2002, pp. 132-133, no puede afirmarse que los empresarios imponen a los clientes el precio o la prestación por el hecho de que lo presenten sobre la base de lo toma o lo deja, precisamente porque el cliente no se ve afectado en su libertad contractual por la forma de contratar. Para el consumidor es una alternativa razonablemente disponible la de renunciar a contratar, y acudir a otro oferente, si considera que el precio del contrato es muy elevado. La STS 406/2012, de 18 junio, P. Javier Orduña Moreno, se muestra favorable a estimar el carácter negociado de las cláusulas relativas al tipo del interés remuneratorio pactado, «no sólo por incidir en la esencia patrimonial de la póliza de préstamo, sino también por la comparación y contraste que hicieron los actores al recurrir, sin éxito, a otras entidades financieras». Con todo, nuestro contrato es una transacción, cuya finalidad es resolver una controversia y evitar un litigio, por lo que el consumidor no puede renunciar a contratar y acudir a otro oferente.

<sup>284</sup> La STS 44/2022, de 27 de enero, P. Pedro José Vela Torres, entre otras, reitera que no puede equipararse la negociación con la posibilidad real de escoger entre pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación, aunque varias de ellas procedan del mismo empresario, ni equivale a dicha negociación la posibilidad, cuando menos teórica, de escoger entre diferentes ofertas de distintos empresarios. En sentido parecido, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANCO, 2000, p. 44, quien argumenta que el artículo 1 LCGC alude a «cualesquiera otras circunstancias». Asimismo, el artículo 9.2 LCGC se refiere a la nulidad de condiciones generales que regulen elementos esenciales del contrato. Además, de la jurisprudencia del TJUE se desprende que no constituye un alegato eficaz del predisponente la prueba de que el consumidor disponía de otras alternativas razonables a las de no contratar en absoluto [cfr. Comunicación de la Comisión sobre «directrices interpretativas y la aplicación de la Directiva 93/13 CEE» (2019/C323/04)].

<sup>285</sup> ROYO MARTÍNEZ, ADC, 1949, p. 62

<sup>286</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, 1991, p. 34.

chos legales en caso de no existir dicha cláusula, etc., lo que evidencia que está en una posición negociadora<sup>287</sup>. Históricamente una transacción nunca ha sido juzgada como un contrato de adhesión, sino por las reglas civiles generales, lo que demuestra que es un contrato por negociación. En efecto, no tiene sentido que una transacción sea un contrato de adhesión. Si la causa de la transacción es eliminar la incertidumbre para evitar la provocación de un pleito, va de suyo que las partes implicadas negocien. Todo esto no comporta que la transacción en cuestión no pueda ser nula conforme a las reglas generales, por lo que queda sujeta a las previsiones normativas de los artículos 1265 CC y concordantes para caso en que haya mediado error, dolo violencia o intimidación<sup>288</sup>.

## 7.2 REQUISITOS DE TRANSPARENCIA DE LA NOVACIÓN

### 7.2.1 Prolegómenos

Como se ha dicho con anterioridad, si la cláusula de rebaja del suelo ha sido predispuesta por el empresario, entonces debería cumplir con las exigencias de transparencia. En efecto, como esta cláusula define el objeto del contrato de transacción, solo se puede entrar a valorar su posible carácter abusivo si dicha cláusula no es transparente (art. 4.2 Directiva 93/13). La jurisprudencia civil, con fundamento en la STJUE de 9 julio de 2020, llega a la conclusión de que se tienen que cumplir una serie de circunstancias concurrentes que, tomadas conjuntamente, permiten apreciar la transparencia de la cláusula que establece la nueva limitación del tipo de interés.

### 7.2.2 La STS de 9 de mayo de 2013

Una de las circunstancias a tomar en consideración es que la novación se hubiera producido después de la STS 241/2013, de 9 de mayo, que genera un conocimiento generalizado de la eventual nulidad de estas cláusulas suelo y que el efecto de esta nulidad sería a partir de la fecha de esa sentencia<sup>289</sup>. En ocasiones, en el propio documento privado se hace referencia a dicha sentencia o a la pendencia de una acción colectiva contra prácticamente todas las cláusulas

<sup>287</sup> Cfr. PAGADOR LÓPEZ, 1998, pp. 296 ss.

<sup>288</sup> STS 61/2022, 2 de febrero, P. Juan María Díaz Fraile.

<sup>289</sup> MARÍN LÓPEZ, *Blog CESCO*, 2020, juzga esta circunstancia insuficiente, pues en muchos casos el banco no informó al consumidor de que la cláusula suelo podía ser nula por falta de transparencia, y por tanto no había ninguna controversia sobre ello.

las suelo de España<sup>290</sup>. En otras, el documento alude a «la problemática surgida con las cláusulas suelo, incluida la actual tendencia jurisprudencial favorable a la eliminación de las mismas»<sup>291</sup>. Mas, en mi opinión, ni siquiera el consumidor tenía que saber por una sentencia que la cláusula suelo podía ser no transparente. Lo esencial de la transacción es que haya un estado de mínima contienda o controversia entre las partes contratantes. Esta controversia, como dijimos, es de carácter subjetivo, y basta con que las partes tengan posiciones enfrentadas sobre la cláusula suelo, sin necesidad de que la contienda traiga causa de una sentencia anterior. Es decir, es perfectamente posible que, antes de que se dictara la STS 241/2013, un banco y consumidor llegaran a una transacción sobre una cláusula suelo porque sus posiciones sobre la misma divergieran<sup>292</sup>. Ahora bien, es cierto que tanto esta sentencia como otras posteriores provocaron que la cláusula suelo fuera un tema de opinión pública, por lo que verdaderamente pudieron ser el detonante para que muchos consumidores supieran sobre la existencia de estas cláusulas y para que, en definitiva, comenzara la controversia. De hecho, la jurisprudencia ha considerado que, si la novación se produce mucho antes de la STS 241/2013, «no cabe suponer que los prestatarios estuvieran previamente advertidos, por circunstancias o conocimientos extra negociales, de la carga jurídica y económica derivada de las cláusulas suelo y de su eventual nulidad, ni del fenómeno de litigiosidad masiva a que dieron lugar»<sup>293</sup>.

### 7.2.3 Transparencia y expresión manuscrita

También es necesario suministrar al prestatario información para que pueda percatarse de que su tipo de interés no bajará del nuevo suelo. Así, la transcripción manuscrita por la que el prestatario afirma que entiende que el tipo de interés no bajará del nuevo suelo puede contribuir, junto con otros elementos, a apreciar la transparencia de la cláusula. Repárese que en prácticamente todos los casos que conoce la sala, el documento privado en que se formaliza la transacción contiene, junto a la firma del cliente, una expresión manuscrita por la que este manifiesta que «comprende que el tipo de interés nunca bajará del x por ciento». En mi opinión, que

<sup>290</sup> SSTs 336/2021, 18 de mayo; 339/2021, 18 de mayo; 633/2021, 27 de septiembre; y 746/2021, de 2 de noviembre, P. Rafael Saraza Jimena; entre otras.

<sup>291</sup> SSTs 589/2020, 11 de noviembre, P. Juan María Díaz Fraile; 208/2021, 19 de abril, P. Rafael Saraza Jimena y 407/2021, 15 de junio, P. Ignacio Sancho Gargallo.

<sup>292</sup> Por ejemplo, en el caso enjuiciado por la STS 208/2021, 19 de abril, P. Rafael Saraza Jimena, el acuerdo se firmó en 2010.

<sup>293</sup> STS 158/2022, 1 de marzo, P. Pedro José Vela Torres.

los documentos incluyan, junto a la firma del cliente, la referida expresión manuscrita es una consecuencia directa de lo previsto en el artículo 6 Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, y tiene como finalidad última que la modificación de la cláusula suelo a la baja resulte transparente<sup>294</sup>. En general, la constancia de la expresión manuscrita declarando que se es consciente de los riesgos que se derivan del contrato cuando este incluye determinadas cláusulas es un requisito más relacionado con la transparencia en los contratos de préstamo hipotecario sobre vivienda celebrados con consumidores. Mecanismo que algunos autores han considerado adecuado para cumplir con el control de transparencia de la cláusula suelo<sup>295</sup>.

La particularidad que presenta la STS 893/2021, de 21 de diciembre<sup>296</sup>, a diferencia de la generalidad de casos enjuiciados por la Sala, es que en el documento en el que se formalizaba la transacción tenía un espacio destinado a una declaración manuscrita que debía decir «soy consciente y entiendo que el tipo de interés de mi préstamo nunca bajará del 2,25% nominal anual». Sin embargo, tal declaración manuscrita no se efectuó. Según el TS, la expresión manuscrita, prevista en el artículo 6 Ley 1/2013 para el préstamo hipotecario que contenga una cláusula suelo, es también exigible a la novación del préstamo hipotecario, «porque dicha novación consiste en introducir una cláusula suelo» y, además, porque viene motivada por la falta de transparencia con la que se incluyó la cláusula en la escritura. Al no haber cumplido esta exigencia legal de transparencia y no concurrir otras circunstancias excepcionales que permitan considerar suplida esta obligación legal, la cláusula que establece el nuevo suelo es nula y carece de eficacia.

Parece que la sentencia referenciada entiende que la exigencia de la expresión manuscrita prevista en el artículo 6 Ley 1/2013 debe aplicarse analógicamente (art. 4.1 CC) a la novación del préstamo hipotecario. Observemos que el principal argumento de la sentencia glosada para aplicar el artículo 6 Ley 1/2013 a la novación es que esta consiste en introducir una (nueva) cláusula suelo. Mas, en mi opinión, no es posible la aplicación analógica del precepto, pues no existe « semejanza » ni « identidad de razón » entre el supuesto de hecho regulado (el préstamo hipotecario con cláusula suelo) con el no regulado (la novación). En efecto, el contexto que rodea la formalización del préstamo hipotecario con cláusula suelo y el que

<sup>294</sup> La exigencia de expresión manuscrita en el artículo 79 bis.7 LMV es único antecedente normativo inmediato.

<sup>295</sup> Cfr. ALBIEZ DORHMANN Y CASTILLO PARRILLA, *La Ley*, 2016.

<sup>296</sup> P. Rafael Saraza Jimena.

rodea la posterior transacción novatoria es muy distinto. Es posible que cuando el consumidor firmó el préstamo hipotecario no supiera sobre la incidencia que tendría la cláusula suelo, por lo que tendría cierto sentido la expresión manuscrita para salvar la «sorpresa». Pero en el tiempo en el que el consumidor formaliza la transacción novatoria es seguro que ya sabía que la cláusula suelo impedía que el tipo de interés bajara del tipo suelo reducido. Además, la transacción a la que me refiero es un contrato mucho más simple que el préstamo hipotecario con cláusula suelo, pues no está saturado de regulación adicional a las recíprocas concesiones. Obsérvese que la *novatio in minus* no puede suponer la «introducción» del contenido de la regulación que se está disminuyendo. Por consiguiente, no se está «pactando» una cláusula suelo, sino novando a la baja la existente, en el seno de una transacción. A diferencia del préstamo hipotecario con cláusula suelo, la novación a la baja de una cláusula suelo es un negocio que un menor puede realizar ahora por sí mismo, si en el contrato original estaba bien representado (dejando al lado la renuncia a acciones), pues no contiene un acto de gravamen (art. 247 CC)<sup>297</sup>. A mi juicio, si la lógica de la sentencia comentada fuera correcta, es decir, que la novación por la que se modifica a la baja una cláusula suelo consiste realmente en introducir una cláusula suelo, entonces al formalizar dicha novación habría que repetir el protocolo de los artículos 14 y 15 LCCI y la evaluación de la solvencia, y habría también que volver a tasar la finca<sup>298</sup>. Nótese que, como expondré a continuación, otras sentencias de la Sala han considerado que el artículo 6 Ley 1/2013 no es aplicable a la novación por la que se suprime la cláusula suelo y se establece de un tipo de interés fijo<sup>299</sup>; ni a la novación consistente en la eliminación de la cláusula suelo con posterioridad a la aplicación de un tipo fijo durante un periodo de tiempo<sup>300</sup>; ni tampoco a la novación por la que se excluye la cláusula suelo y se mantiene o modifica el tipo de interés variable inicialmente previsto<sup>301</sup>. Y ello porque las referidas novaciones no suponen la introducción de una cláusula suelo, sino su completa eliminación en la regulación del interés remuneratorio del préstamo hipotecario.

Como tendremos oportunidad de observar a continuación, en términos generales la jurisprudencia civil anotada está declarando

<sup>297</sup> Cfr. ÁLVAREZ MORENO, 2021.

<sup>298</sup> MARTÍN FABA, *Blog CESCO*, 2022.

<sup>299</sup> SSTS 530/2021, 13 de agosto, P. Rafael Saraza Jimena, 622/2021, 22 de septiembre, P. Rafael Saraza Jimena; 805/2021, 23 de noviembre, P. Juan María Díaz Fraile y 806/2021, 23 de noviembre, P. Juan María Díaz Fraile.

<sup>300</sup> STS 589/2020, 11 de noviembre, P. Juan María Díaz Fraile.

<sup>301</sup> SSTS 63/2021, 9 de febrero, P. Juan María Díaz Fraile y 407/2021, 15 de junio, P. Ignacio Sancho Gargallo.

transparente la modificación a la baja de la cláusula suelo cuando se dan las siguientes circunstancias: (i) constancia de la expresión manuscrita; (ii) novación formalizada después de la STS 241/2013, que generó un conocimiento generalizado de la eventual nulidad de las cláusulas suelo; (iii) incidencia práctica que había tenido la evolución del índice de referencia en la concreción de la cuantía de la cuota periódica que había venido pagando el prestatario (iv); información de la evolución del índice de referencia oficial publicada por el Banco de España (v); información sobre el índice de referencia en los años anteriores reflejada en el documento privado. En mi opinión, con excepción de la expresión manuscrita, la información a la que se refieren los requisitos anteriormente enumerados es una información disponible para todo consumidor, y por tanto el consumidor de la sentencia comentada disponía de ella. Observemos, por tanto, que la sentencia anotada declara no transparente la cláusula suelo reducida únicamente por la ausencia de expresión manuscrita, porque todos los demás requisitos requeridos para apreciar la transparencia de la cláusula se daban en el caso, aunque no se diga<sup>302</sup>. Así pues, la sentencia se aparta de su doctrina precedente, que interpretada a *sensu contrario* establece que la ausencia expresión manuscrita no es suficiente, por sí sola, para afirmar que la nueva cláusula suelo no es transparente, aunque sí puede contribuir, junto con otros elementos, a apreciar su *intransparencia*. Entonces, de la sentencia comentada puede también inferirse que, si la escritura de préstamo original contiene la expresión manuscrita, la cláusula suelo es transparente. Si así fuera, no entraría en juego el artículo 1208 CC para cualquier novación posterior sobre la cláusula suelo, pues la *prior obligatio* no es nula.

En sentido parecido, la DGRN considera que con la presencia de la expresión manuscrita se materializa la superación del control de transparencia de la cláusula suelo, por lo que la falta de constancia de la expresión tiene como consecuencia la falta de transparencia de la cláusula, negándose en consecuencia su inscripción en el Registro de la Propiedad<sup>303</sup>. Expresión manuscrita que, según la DG y cierta jurisprudencia menor debería aplicarse expansivamente<sup>304</sup>. Así, aun-

<sup>302</sup> Según ALFARO ÁGUILA-REAL, *Blog Derecho Mercantil*, 2020, esa postura sería correcta, porque, un consumidor atento y perspicaz no escribe de su puño y letra que comprende el mecanismo de la cláusula suelo si no lo comprende

<sup>303</sup> RRDGRN 6547/2017, 19 de mayo; 7888/2016, 15 de julio y 3794/2015, 12 de marzo; entre otras.

<sup>304</sup> Según la RDGRN 14180/2015, 10 de diciembre, «frente a la opinión de quienes defienden una interpretación restrictiva del indicado artículo, debe prevalecer una interpretación extensiva *pro-consumidor* en coherencia con la finalidad legal de favorecer respectivamente la información, comprensibilidad y la protección de los usuarios de servicios financieros». Ideas asumidas por la SAP Pontevedra (Sección 1.ª) 371/2020, 25 de junio.

que la norma comentada se refiere específicamente al prestatario persona física, también se aplica al hipotecante no deudor persona física<sup>305</sup>. Asimismo, debe exigirse la expresión manuscrita cuando se contrata un instrumento de cobertura, que vaya asociado al préstamo hipotecario, aunque no implique la simultánea y necesaria contratación de dicho instrumento en el momento de formalizarse el préstamo hipotecario<sup>306</sup>. Igualmente, debe exigirse la expresión manuscrita del prestatario cuando el contrato de préstamo contenga cláusulas que de algún modo limiten la variabilidad del tipo de interés. Así, debería ser exigible la expresión manuscrita del consumidor en préstamos hipotecarios a interés variable en que se pacte que no se devengarán intereses negativos (es decir, a favor de la parte prestataria) y siempre que se den los demás requisitos que recoge el artículo 6 de la Ley 1/2013<sup>307</sup>. Finalmente, no puede el prestatario renunciar a redactar la expresión manuscrita por considerarse suficientemente informado<sup>308</sup>. Por tanto, según la DG, debe exigirse la expresión manuscrita en todos aquellos casos en que resulte aplicable el contenido del artículo 6 Ley 1/2013 de manera extensiva, para que pueda lograrse un efectivo fortalecimiento de la posición del deudor hipotecario en este tipo de préstamos.

#### 7.2.4 La evolución pasada y futura del índice de referencia

Como expusimos, la STJUE de 9 de julio de 2020 afirma que no hay que poner a disposición del consumidor la evolución futura del índice de referencia, porque son variaciones que «dependen de acontecimientos futuros no previsibles y ajenos a la voluntad del profesional». Anteriormente, la STJUE de 3 marzo 2020, asunto C-125/18, descartó el deber de comunicar la información sobre la previsible evolución futura del IRPH. Ahora bien, el profesional debe poner a disposición del consumidor la evolución pasada del índice utilizado para calcular el tipo de interés, obligación que también proviene de la STJUE de 3 de marzo de 2020. En efecto, mediante tal información puede situarse al consumidor en condiciones de tomar conciencia, a la luz de las fluctuaciones pasadas, de la eventualidad de que no pueda beneficiarse de tipos inferiores al tipo suelo que se le propone. Esta es una exigencia que no impo-

<sup>305</sup> RDGRN 10955/2014, 29 de septiembre.

<sup>306</sup> Por todas, RDGRN 2129/2014, 5 de febrero.

<sup>307</sup> Por todas, RDGRN 11323/2018, 20 de julio.

<sup>308</sup> RDGRN 3794/2015, 12 de marzo.

nía la STS 205/2018<sup>309</sup>, pero que ha sido asumida por la jurisprudencia civil más reciente.

En la jurisprudencia se observa que se satisface este requisito si se cumplen una serie de circunstancias que se toman en consideración conjuntamente. Con todo, dichas circunstancias pueden dividirse en dos grupos. El primer grupo se refiere a información proporcionada por el banco. Así, porque consta en el documento privado que el banco había informado a los clientes de la previsión de la variabilidad al alza y a la baja del tipo de interés<sup>310</sup>. Asimismo, porque en el propio documento se especifica el valor del índice en el momento de la novación<sup>311</sup>. O porque simplemente consta la puesta a disposición de la información sobre la evolución del índice a partir del cual se calcula el tipo de interés<sup>312</sup>. También cuando el documento refleja el valor del índice en el momento de la novación y asimismo dispone que «no se prevé su alza generalizada a corto plazo»<sup>313</sup>, a lo que se puede unir un segundo documento con la evolución del Euríbor<sup>314</sup>. O cuando el documento contiene un anexo de «la evolución del índice de referencia en los años anteriores, por ejemplo, desde 1999 hasta 2015»<sup>315</sup>, mediante la inserción de un gráfico<sup>316</sup> o varios<sup>317</sup>. También porque el documento contenía la información de la evolución del índice de referencia en los años anteriores, mediante la inserción de un gráfico, y la declaración de que «no se prevé su alza generalizada a corto plazo»<sup>318</sup>. O simplemente cuando consta la puesta a disposición de la información gráfica sobre evolución del índice a partir del cual se calcula el tipo de interés<sup>319</sup>.

El segundo grupo se refiere a una serie de información que es disponible para cualquier consumidor. Así, la evolución de los índices de referencia oficiales era objeto de publicación oficial y periódica por el Banco de España, conforme a la disposición adicional segunda de la Orden del Ministerio de Economía de 5 de mayo de 1994, y a la Circular 5/1994, de 22 de julio, del Banco de España. Asimismo, la incidencia práctica que había tenido esta evolución en

<sup>309</sup> MARÍN LÓPEZ, *Blog CESCO*, 2020.

<sup>310</sup> STS 464/2021, 29 de junio, P. Ignacio Sancho Gargallo.

<sup>311</sup> SSTS 760/2021, 3 de noviembre, P. Ignacio Sancho Gargallo y 766/2021, 3 de noviembre, P. Rafael Saraza Jimena.

<sup>312</sup> STS 429/2021, 22 de junio, P. Ignacio Sancho Gargallo.

<sup>313</sup> SSTS 241/2021, 4 de mayo, P. Rafael Saraza Jimena; 465/2021, 29 de junio; 466/2021, 29 de junio; 649/2021, 13 de octubre; 697/2021, 13 de octubre, P. Ignacio Sancho Gargallo.

<sup>314</sup> STS 737/2021, 2 de noviembre, P. Ignacio Sancho Gargallo.

<sup>315</sup> STS 243/2021, 4 de mayo, P. Juan María Díaz Fraile.

<sup>316</sup> STS 764/2021, 3 de noviembre, P. Rafael Saraza Jimena.

<sup>317</sup> STS 49/2021, 4 de febrero, P. Ignacio Sancho Gargallo.

<sup>318</sup> SSTS 646/2021, 28 de septiembre, P. Rafael Saraza Jimena y 882/2021, 20 de diciembre, P. Rafael Saraza Jimena.

<sup>319</sup> STS 474/2021, 20 de junio, P. Ignacio Sancho Gargallo.

la concreción de la cuantía de la cuota periódica que había venido pagando el prestatario<sup>320</sup>. Obsérvese que la información sobre la evolución del índice a través de la liquidación de la cuantía de las cuotas y de la publicación por el banco de España es accesible para cualquier consumidor.

Entonces, qué sentido tiene que el prestamista informe de algo que es abierto y disponible<sup>321</sup>. Parece que el TJUE se ha dado cuenta de esta incongruencia. Como hemos dicho, la STJUE de 3 de marzo de 2020 estableció como parámetro de transparencia que la entidad prestamista facilite al consumidor información sobre la evolución pasada del índice. En concreto, debía comprobarse el cumplimiento por la entidad de crédito de la obligación de informar a los consumidores, conforme a la normativa nacional, de «cuál había sido la evolución del IRPH de las cajas de ahorros durante los dos años naturales anteriores a la celebración de los contratos de préstamo y del último valor disponible». Sin embargo, esta obligación ha sido matizada de forma significativa por los AATJUE de 17 de noviembre de 2021, recaídos en los asuntos C-655/2020, a instancia de un Juzgado de Primera Instancia de Ibiza, y C-79/21, a instancia de uno Juzgado de Barcelona, al declarar que: «el artículo 5 de la Directiva 93/13 y la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales, en el marco de un contrato de préstamo hipotecario, deben interpretarse en el sentido de que permiten al profesional no incluir en tal contrato la definición completa del índice de referencia que sirve para calcular un tipo de interés variable o no entregar al consumidor, antes de la celebración de ese contrato, un folleto informativo que recoja la evolución anterior de ese índice, por la razón de que la información relativa al mencionado índice es objeto de publicación oficial, siempre que, habida cuenta de los datos públicamente disponibles ya accesibles y de la información facilitada, en su caso, por el profesional, un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, estuviera en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo del índice de referencia y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financie-

<sup>320</sup> Por todas, STS 466/2021, 29 de junio, P. Ignacio Sancho Gargallo.

<sup>321</sup> Con todo, la STS 355/2022, 3 de mayo, P. Pedro José Vela Torres, en relación con producto de inversión, afirma que para entidad de servicios de inversión la obligación de información es una obligación activa, no de mera disponibilidad. Es la empresa de servicios de inversión la que tiene obligación de facilitar la información que le impone la normativa legal, no sus clientes, inversores no profesionales, quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión.

ras». En mi opinión, si estas resoluciones han provocado que el TS matice su doctrina en materia de cláusula IRPH<sup>322</sup>, también debe servir para que el propio Tribunal elimine como parámetro de transparencia de la cláusula novatoria que el prestamista proporcione en el documento contractual información sobre la evolución pasada del Euribor.

#### **7.2.5 Exigencias de transparencia cuando la novación no consiste propiamente en reducir una cláusula suelo**

Según la jurisprudencia, estas exigencias de transparencia que se acaban de formular no se deben cumplir si la modificación de la cláusula relativa a los intereses ordinarios no supuso la mera rebaja del límite mínimo de variabilidad, sino la completa eliminación de la cláusula suelo en la regulación del interés remuneratorio del préstamo hipotecario. No se introdujo, por tanto, una nueva cláusula suelo sobre la que deban proyectarse las específicas exigencias derivadas del principio de transparencia aplicables a tales cláusulas. Por ello, no concurre el supuesto de hecho del artículo 6 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, que exige la inclusión, junto a la firma del cliente, de una expresión manuscrita en la que el prestatario manifieste que ha sido adecuadamente advertido de los posibles riesgos derivados del préstamo hipotecario.

En estos casos, se afirma que es suficiente para superar el control de transparencia el contexto en el que se lleva a cabo la novación, después de que la STS 241/2013, de 9 de mayo, provocara un conocimiento generalizado de la eventual nulidad de estas cláusulas suelo si no cumplían con el control de transparencia. En estos supuestos, las consecuencias jurídicas y económicas que supone la aplicación de un interés remuneratorio a tipo fijo son fácilmente comprensibles por cualquier consumidor<sup>323</sup>. Mas aun cuando en el propio documento se fija el importe exacto de las cuotas mensuales, de modo que el consumidor puede compararlo con el importe de las que viene pagando por aplicación de la cláusula suelo<sup>324</sup>. O cuando las partes, a iniciativa de los prestatarios, ya habían pactado anteriormente otra novación del tipo de interés, consistente en una rebaja del límite

<sup>322</sup> SSTS 423/2022, 25 de mayo, P. Ignacio Sancho Gargallo; 67/2022, 1 de febrero, P. Pedro José Vela Torres; 42/2022, 27 de enero, p.; Ignacio Sancho Gargallo; y 43/2022, 27 de enero, P. Rafael Saraza Jimena; entre otras muchas.

<sup>323</sup> SSTS 60/2022, 1 de febrero; 644/2021, 28 de septiembre; y 643/2021, 28 de septiembre, P. Juan María Díaz Fraile; entre otras.

<sup>324</sup> STS 622/2021, 22 de septiembre, P. Rafael Saraza Jimena.

mínimo de variabilidad<sup>325</sup>. Estas circunstancias son suficientes para que la estipulación en la que se suprime el interés variable con un límite mínimo y se establece un interés fijo, con indicación del importe de las cuotas mensuales, pueda superar el control de transparencia, pues un «consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz», puede comprender las consecuencias jurídicas y económicas determinantes que para él se derivan de esa novación<sup>326</sup>.

Tampoco se requerirán los requisitos de transparencia descritos si la novación consiste en suprimir el interés mínimo y restablecer el sistema de interés variable fijado en el préstamo originariamente, manteniendo el diferencial pactado<sup>327</sup> o con un incremento de dicho diferencial<sup>328</sup>. Ni tampoco cuando la modificación suponía la sustitución del interés variable por uno fijo, durante los primeros meses, para que luego operara el interés variable pactado originariamente<sup>329</sup>. En ese caso, el sistema de interés variable que regiría pasado el tiempo en que el interés se devengaría a un tipo fijo, era el previsto en el contrato originalmente, que es justamente el interés que el consumidor está interesado en que se aplique<sup>330</sup>. A mi juicio, en estos casos la jurisprudencia sí aplica de forma adecuada el principio de analogía o interpretación expansiva, pues no extiende los requisitos de transparencia de la cláusula suelo a la novación mediante la que se establece un tipo fijo o uno variable sin limitación. En efecto, la referida novación no es supuesto semejante o que guarde identidad de razón con el préstamo hipotecario con cláusula suelo. Finalmente, debe ponerse de manifiesto que en estos casos en los que la novación supone la introducción de un tipo de interés fijo, los documentos que reflejan dicha novación no suelen contener una cláusula de renuncia de acciones, y cuando lo contienen se declara no transparente, como veremos posteriormente<sup>331</sup>.

#### 7.2.6 Conclusión parcial

Notemos entonces que se está equiparando el control de transparencia de la nueva cláusula suelo con el de la cláusula suelo original. Pero como expliqué previamente, no tiene sentido, en mi

<sup>325</sup> STS 424/2022, 25 de mayo, P. Juan María Díaz Fraile.

<sup>326</sup> STS 806/2021, 23 de noviembre, P. Juan María Díaz Fraile.

<sup>327</sup> STS 157/2022, 1 de marzo, P. Juan María Díaz Fraile.

<sup>328</sup> STS 407/2021, 15 de junio, P. Rafael Saraza Jimena.

<sup>329</sup> STS 827/2021, 30 de noviembre, P. Ignacio Sancho Gargallo.

<sup>330</sup> STS 208/2021, 19 de abril, P. Rafael Saraza Jimena.

<sup>331</sup> Por todas, STS 312/2022, 19 de abril, P. Juan María Díaz Fraile.

opinión, que sean iguales las condiciones de transparencia de la nueva cláusula suelo que las de la original, pues ambas cláusulas se contienen en acuerdos muy diferentes. La cláusula suelo novada pasa a ser, en todo caso, una cláusula que define el objeto «único» del contrato, porque la cláusula como tal es la entraña de un contrato de transacción. Nótese que una transacción como la enjuiciada es un contrato más simple que un préstamo hipotecario con cláusula suelo, pues el flujo de información que se requiere para comprender el primero es mucho menor que para entender el segundo. En el contrato transaccional lo principal es la nueva cláusula suelo, mientras que en el préstamo hipotecario había otros elementos relevantes. Esta distinción pone de manifiesto que la transparencia que requerimos a la cláusula suelo original no puede ser cualitativamente idéntica a la que requerimos a la cláusula suelo novada; y mucho menos que las exigencias de transparencia de la novación sean aún más rigurosas y severas que las de la cláusula suelo, que es lo que se desprende de la jurisprudencia analizada. Los requisitos de transparencia de la cláusula suelo no se pueden aplicar expansivamente a un supuesto con el que no guarda semejanza. Por consiguiente, el control de transparencia sobre la nueva cláusula suelo no debe centrarse en un tema de comprensión de las particularidades del mecanismo que supone la cláusula suelo y sus posibles escenarios, sino en el entendimiento que supone renunciar a un crédito contingente a cambio de una remuneración o ventaja, que es lo que venía a sostener la STS 205/2018, de 11 de abril.

### 7.3 SOBRE LA CLÁUSULA DE RENUNCIA

#### 7.3.1 Interpretación o transacción sin causa onerosa

La última jurisprudencia civil a la que hemos hecho referencia está declarando nulas casi todas las cláusulas de renuncia de las transacciones que enjuicia, pues se refieren a cuestiones ajenas a la controversia o a acciones futuras: a «cualquier acción que traiga causa de su formalización y clausulado –del contrato de préstamo–, así como por las liquidaciones y pago realizados hasta la fecha». Entonces, la cláusula tampoco puede disponer que se «renuncia expresamente a la interposición de reclamación de cualquier naturaleza o tipo (judicial o extrajudicial) y con los más amplios efectos con relación al préstamo hipotecario (...), y en especial, sobre la cláusula limitativa de tipo de interés (suelo y/o

techo)»<sup>332</sup>. En la medida en que la cláusula de renuncia abarca cuestiones ajenas a la controversia que subyace al pretendido acuerdo transaccional, no puede reconocerse su validez. En consecuencia, se declara la nulidad de la cláusula suelo y se procede la restitución de las cantidades indebidamente cobradas en aplicación de esa inicial cláusula suelo.

Según esta lógica, la cláusula de renuncia debe limitarse a las acciones relativas «a la validez de la cláusula suelo y a las liquidaciones y pagos realizados hasta la fecha». Por ejemplo, a «toda acción reclamatoria sobre la cláusula suelo, ya sea administrativa, judicial, arbitral o de cualquier otra índole (...)»<sup>333</sup>. Tampoco sería nula la cláusula de renuncia, por exceder su objeto del *caput controversum*, que establece que «los prestatarios dan por buenas las liquidaciones de intereses devengados hasta la fecha en la que tenga efecto lo pactado en la estipulación primera, liquidaciones que se han efectuado de acuerdo con los límites a la variación a la baja (suelo) pactados, por lo que declaran que nada más tienen que reclamarse entre sí respecto de la citada cláusula, ni judicial ni extrajudicialmente»<sup>334</sup>. Ni la que reza que «con la firma del Acuerdo, ambas partes declaran que nada más tienen que reclamarse entre sí respecto de la cláusula suelo. Por tanto, el prestatario renuncia a reclamar cualquier concepto relativo a dicha cláusula, así como a entablar reclamaciones extrajudiciales o acciones judiciales con dicho objeto, tanto en acciones individuales como en las derivadas de cualquier acción de carácter general o difuso»<sup>335</sup>. Ni tampoco la que dispone que «ambas partes declaran formalmente que, una vez cumplido el contenido de este acuerdo, no tienen nada más que reclamarse en relación con la nulidad de la cláusula suelo y sus efectos»<sup>336</sup>.

Ahora bien, podría razonarse que, a pesar de que la literalidad de la cláusula condujera a sostener que la renuncia se refiere a acciones futuras y que exceden del *caput controversum*, debería interpretarse dicha cláusula conforme al artículo 1815 CC, y concluirse que la renuncia del consumidor se refiere a la acción de nulidad de la cláusula suelo original<sup>337</sup>. Según la primera parte de este precepto de carácter interpretativo, la transacción, por su naturaleza, no puede alcanzar a otros objetos que los expresados

<sup>332</sup> SSTS 482/2022, 14 de junio y 61/2022, 1 de febrero, P. Juan María Díaz Fraile.

<sup>333</sup> STS 675/2020, 15 de diciembre, P. Ignacio Sancho Gargallo.

<sup>334</sup> STS 63/2021, 9 de febrero, P. Juan María Díaz Fraile.

<sup>335</sup> SSTS 407/2021, 15 de junio, P. Ignacio Sancho Gargallo y 143/2022, 22 de febrero, P. Juan María Díaz Fraile.

<sup>336</sup> STS 60/2022, 2 de febrero, P. Juan María Díaz Fraile.

<sup>337</sup> Según MANRESA Y NAVARRO, 1914, p.123 esta norma sobre interpretación tiene su origen en D. *de trans*, 2, 15

determinadamente en ella, o que, por una inducción necesaria de sus palabras, deban reputarse comprendidos en la misma<sup>338</sup>. Este artículo es, en realidad, una concreción del artículo 1283 CC, que previene que no deberán entenderse comprendidos en el contrato cosas distintas y casos diferentes de aquellos sobre que los interesados se propusieron contratar, y requiere una remisión al arbitrio judicial para, en el supuesto de duda, determinar con precisión el objeto de la disputa que ha cesado por la transacción<sup>339</sup>. La segunda parte del artículo 1815 CC establece que la renuncia general de derechos debe entenderse referida a los que tienen relación con la disputa sobre que ha recaído la transacción. Esto es, sienta el principio de mínima extensión de los efectos de la renuncia de derechos en la transacción y, en ese sentido, constituye un trasunto de la regla general que subyace en los artículos 6.2 y 1289 CC<sup>340</sup>. Dicha norma tiene como presupuesto la cláusula general de renuncia a las acciones o pretensiones o derechos que uno de los transigentes tenga contra el otro, y ordena que se entienda limitada a los relacionados con la disputa transigida<sup>341</sup>. En efecto, si la renuncia es general y las partes estipulan que después de la transacción nada queda pendiente entre ellas, debe entenderse comprendida en aquella solo las cuestiones que hubiera entre los contratantes<sup>342</sup>.

Pues bien, habrá podido notarse que la jurisprudencia aludida no somete a la cláusula a una interpretación conforme al artículo 1815 CC. En cambio, la jurisprudencia aprecia normalmente la validez de la estipulación que modifica a la baja la cláusula suelo, pero declara nula la renuncia y, en consecuencia, procede restituir

<sup>338</sup> Como sostiene la STS 642/2008, 8 julio, P. Xavier O'Callaghan Muñoz, el art. 1815 CC es una norma de interpretación complementaria a las previstas en los artículos 1281 a 1289 CC. No obstante, extramuros de la legislación de consumidores, GULLÓN BALLESTEROS, 2015 (a), ha considerado que, si los términos utilizados son claros en el sentido de que nada tienen que reclamarse entre sí por ningún concepto, es lógico que la transacción abarque cuantas cuestiones pudieran mediar entre las partes, no solo la específicamente contemplada en el acuerdo transaccional.

<sup>339</sup> OGAYAR AYLLÓN, 1982 (a).

<sup>340</sup> CARRASCO PERERA, 2021 (c). Como afirma LÓPEZ Y LÓPEZ, 1989 (b), el artículo 1289 CC debe entenderse unido al principio de conservación de los contratos, pues, según su hipótesis, el contrato presenta dudas de resolución imposible, intentando que produzca efecto, en el caso de que tales dudas versen sobre elementos accidentales del contrato. Asimismo, DÍEZ-PICAZO, 2007 y GARCÍA VICENTE, 2013.

<sup>341</sup> CARRASCO PERERA, 2021 (c) y RODRÍGUEZ MORATA, 2013 (a). En contra, la STS 929/2000, 11 de octubre, P. Antonio Gullón Ballesteros, señala que «la doctrina de esta Sala sobre los requisitos para que la renuncia de derechos subjetivos sea eficaz jurídicamente atañen sólo a las abdicativas, y no es aplicable al contrato de transacción, porque ésta es un contrato en el que las partes se hacen recíprocas concesiones para alcanzar un acuerdo que zanja sus diferencias. Son renunciaciones de sus pretensiones a cambio de reconocimientos parciales de los mismos. Una transacción en modo alguno puede ser calificada y juzgada como una renuncia abdicativa pura y simple de derechos».

<sup>342</sup> STS 6 febrero 1959, P. Acacio Charrín y Martín Veña.

todas las cantidades indebidamente cobradas en aplicación de la cláusula suelo original<sup>343</sup>; aunque si en la demanda se piden cantidades desde el 9 de mayo de 2013 deberá acordarse así por razones de congruencia<sup>344</sup>. En mi opinión, es doctrina común en materia de condiciones generales de la contratación que el control que se obtiene con la interpretación es previo al que se consigue con la nulidad (art. 1288 CC)<sup>345</sup>. La interpretación con las reglas del CC es incluso previa a las reglas de interpretación del artículo 6 LCGC<sup>346</sup>. Es preferible no declarar ineficaz una cláusula cuando se puede conseguir el efecto deseado por medio de un criterio de interpretación del conjunto (art. 1285 CC)<sup>347</sup>.

Nótese que la solución de nulidad parcial a la que llega la jurisprudencia no tiene en cuenta la regla que subyace en el artículo 1284 CC, esto es, que es preferible una interpretación que conduzca a la eficacia de la cláusula de renuncia, no a su ineficacia, limitando sus efectos a las acciones de nulidad que pudieran nacer de la controversia surgida sobre la cláusula suelo. En efecto, es racional entender que las partes que han dado comienzo a una relación jurídica prefieren que dicha relación surta efectos a que no los surta<sup>348</sup>. Con todo, el principio de conservación del contrato (art. 1091 CC) no parece de grado superior al principio de rescisión o nulidad de los contratos (arts. 1290 y 1300 CC)<sup>349</sup>. Por ello, no podemos pensar que la nulidad es excepcional y que el principio general es la conservación del contrato<sup>350</sup>. Y lo mismo sucede con la resolución, aunque en principio un incumplimiento leve no la pueda provocar<sup>351</sup>. En

<sup>343</sup> Según CARRASCO PERERA, *Blog CESCO*, 2020, por pura lógica, antes es la interpretación «correctora» que la «reducción invalidante» de una cláusula.

<sup>344</sup> STS 34/2021, 26 de enero, P. Pedro José Vela Torres.

<sup>345</sup> En efecto, prevalece una interpretación más favorable para el consumidor (arts. 5 Directiva 93/13/CEE, 6.2 LCGC y 80.2 TRLGDCU). Como expone Díez-PICAZO, 2007, primero el juez debe seleccionar entre todos los significados posibles de la cláusula el más beneficioso para el predisponente, para, a continuación, analizar dicho significado a la luz de las normas del control de validez y declarar, si procede, la ineficacia de la cláusula. Cuestión distinta es que en la *praxis* el artículo 1288 CC haya sido utilizado para practicar un control de validez de cláusulas no negociadas (Cfr. GONZÁLEZ PACANOWSKA, 2015 y la jurisprudencia que cita)

<sup>346</sup> GONZÁLEZ PACANOWSKA, 2022, p. 444.

<sup>347</sup> CARRASCO PERERA, *Blog CESCO*, 2020. Como expresa, entre otras, la STS 898/2021, 21 diciembre, P. Ignacio Sancho Gargallo, la búsqueda de la intención común de las partes se proyecta, necesariamente, sobre la totalidad del contrato celebrado, considerado como una unidad lógica y no como una mera suma de cláusulas, de ahí que la interpretación sistemática (art. 1285 CC) constituya un presupuesto lógico-jurídico de esta labor de interpretación.

<sup>348</sup> MANRESA Y NAVARRO, 1914, p. 712. La STS 31 marzo 1980, P. Manuel González Alegre y Bernardo, sostiene que «la interpretación de todo contrato debe conducir a evitar su ineficacia, porque racionalmente ha de presumirse en sus otorgantes el propósito de que tenga efectividad».

<sup>349</sup> CARRASCO PERERA, 2021

<sup>350</sup> Díez-PICAZO, 2007.

<sup>351</sup> Cfr. BASOZABAL ARRUE, 2022, p. 59.

efecto, no existe un principio preferente de salvar el contrato o la cláusula en vez de anularlos, pues el *favor negotii* en esta materia tiene unos límites, representados por las restantes normas interpretativas. En última instancia, la regla del artículo 1284 CC solo debe aplicarse en la medida en que con ella se consiga el resultado amparado por artículo 1281. II, es decir, no puede aplicarse al margen de la voluntad común de las partes, en cuya búsqueda el artículo 1284 CC es un medio<sup>352</sup>. Es evidente que una interpretación conforme al artículo 1815 CC conduciría a una solución que es conforme a la voluntad de las partes. En efecto, solo la renuncia a la acción de nulidad de la cláusula suelo es la que puede comprender en la intención común de las partes<sup>353</sup>. Si interpretamos la cláusula conforme a la intención común de los contratantes, sería ilógico comprender que las partes estaban renunciando a todas las acciones que en el futuro les correspondieran contra la otra<sup>354</sup>. En cambio, es la solución de nulidad parcial descrita la que deja una transacción no correspondiente con los intereses y con las intenciones de las partes. Podríamos entender que la causa concreta de la transacción, que se refiere a los motivos y al fin común perseguido por las partes en la celebración de dicho negocio, queda totalmente desvirtuada<sup>355</sup>. La nulidad parcial referida tampoco se corresponde con la naturaleza (art. 1286 CC) del contrato de transacción. Una transacción sin contraprestación de una de las partes no tiene la naturaleza típica de la transacción, sino de la renuncia unilateral. Y repárese que la nulidad parcial no es posible cuando la eliminación de la cláusula desnaturalice el contrato o afecte a uno de sus elementos esenciales (art. 9.2 LCGC).

Obsérvese, además, que la consecuencia de la interdependencia causal entre dos contratos sería que la desaparición o extinción de uno de los contratos arrastraría como regla la del otro, por una desaparición sobrevenida de la causa, lo que tendría como consecuencia la posibilidad de instar la resolución u otro tipo de ineficacia<sup>356</sup>.

<sup>352</sup> CARRASCO PERERA, 2021.

<sup>353</sup> La referencia del artículo 1281. II CC a la «intención evidente de los contratantes», supone que lo que ha de averiguarse por medio de la interpretación es la voluntad concorde de los contratantes (Cfr. LÓPEZ Y LÓPEZ, 1989). Según la STS 30 abril 1982, P. Jaime Santos Briz, «los tribunales han de atender la voluntad común de ambos y desatender la voluntad interna meramente subjetiva de cualquiera de ellos (...), de modo que la intención común de los contratantes no es lo que ellos quisieron, sino lo que decida un observador imparcial, en este caso el tribunal *a quo*, con arreglo a lo pactado, a la buena fe, al uso y a la ley, como se deduce del art. 1258 CC».

<sup>354</sup> CARRASCO PERERA, *Blog CESCO*, 2020.

<sup>355</sup> Cfr. RUIZ ARRANZ, 2019, pp. 102-104.

<sup>356</sup> La jurisprudencia admite que, en caso de conexión causal, la nulidad o resolución del contrato «principal» se extiende al contrato coligado, como ocurre con el contrato de financiación que deviene ineficaz cuando se resuelve contrato por el que se procura el bien o servicio financiados. Así, según la STS 120/1996, 26 de febrero, P. Francisco Morales Morales, el arrendamiento financiero se extingue cuando se resuelve el contrato de

También la interdependencia causal entre dos obligaciones contractuales recíprocas tendría como consecuencia que la desaparición de una de ellas conlleva que su correspondiente deje de tener causa onerosa, y sería posible la extinción sobrevinida del contrato por resolución<sup>357</sup>. Si, como decíamos, la transacción es un contrato sinalagmático, la ineficacia de la renuncia a reclamar la nulidad de la cláusula suelo, que es la prestación del consumidor, deja privada de causa onerosa a la contraprestación realizada por el banco (art. 1274 CC), que es la reducción o eliminación de la cláusula suelo, y el contrato debería ser ineficaz. Nótese que la solución por la que opta la jurisprudencia deja un contrato parcialmente nulo privado de su carácter sinalagmático y oneroso, pues la contraprestación del banco, la reducción de la cláusula suelo, no es ya correspondiente de otra, sino una liberalidad unilateral. La causa onerosa se convierte entonces en una mera liberalidad del bienhechor. Nótese que la renuncia a la acción de nulidad de la cláusula suelo solo puede tener causa onerosa suficiente, en el sentido del artículo 1274 CC, en la rebaja del suelo, y no en una renuncia a derechos futuros<sup>358</sup>.

El origen de la nulidad parcial puede encontrarse en D. 45, 1, 1, 5: *neque vitatur utilis per hanc inutilem*. Así, la estipulación válida no queda afectada por la parte inválida del acuerdo. No obstante, como se ha apuntado, la nulidad parcial no era una máxima o regla general imperante en Roma, sino la base de la decisión de algunos casos determinados. No existe pues una tendencia a mantener el contrato sin la parte inválida. Parece que, a partir de la Edad Media, con sustento en el pasaje apuntado, la regla *utile per inutile non vitatur* se convirtió en un principio de Derecho común, conduciendo en algunos casos a resultados insatisfactorios, sobre todo cuando la parte inválida consti-

venta con el proveedor. Asimismo, en la STS 494/2012, 20 de julio, P. Juan Antonio Xiol Ríos, se resuelve el contrato de financiación cuando se extingue el contrato de enseñanza de idiomas vinculado. Recientemente, la STS 145/2022, 23 de febrero, P. Ignacio Sancho Gargallo (JUR\2022\98429), extiende la nulidad del del contrato de adquisición del producto financiero al contrato de crédito vinculado. Cfr. PALOMINO MORALEDA, *Blog CESCO*, 2022. Por tanto, como regla, la consecuencia de la interdependencia causal entre dos contratos es que la desaparición de uno de ellos provoca la del otro. Pero además de la doctrina de la causa, la extensión de los efectos extintivos entre los contratos coligados depende de diversas consideraciones adicionales al propio hecho de la coligación (Cfr. CARRASCO PERERA, 2021).

<sup>357</sup> DE CASTRO Y BRAVO, 1985. p. 167. Como explica CLEMENTE MEORO, 1998, pp. 20-23, parece que fueron los *iusnaturalistas* los que asentaron la idea de que las obligaciones de las dos partes de un contrato recíproco eran dependientes, condicionales la una de la otra, de manera que si uno no cumplía el otro no tenía que cumplir y podía abstenerse. Según el autor citado, esta misma idea de interdependencia entre las obligaciones nacidas de los contratos bilaterales es manifestada por Bartolo a través de la figura de la causa, considerando que en la compraventa el pago del precio constituye la causa de la obligación del vendedor, de manera que el incumplimiento de esta obligación por el comprador faculta para resolver por medio de la *condictio ob causam*, y extendiendo este razonamiento a los demás contratos.

<sup>358</sup> CARRASCO PERERA, *Blog CESCO*, 2020.

tuía un elemento esencial del negocio. Ante esta situación se propuso que la intención de las partes en el negocio se enfatizara, debiéndose examinar la voluntad real o la voluntad presumible de aquellas. De este modo, si es posible inducir que las partes quisieron o hubieran querido el contrato, aun sin la parte inválida, el resto del contrato debe valer pese a la nulidad, que en tal caso es una nulidad parcial. Si la valoración de la voluntad de las partes conduce a la solución contraria, la regla ha de ser la de la nulidad total<sup>359</sup>. Normalmente, la nulidad de una cláusula que tiene una influencia decisiva en el consentimiento de las partes provocará la nulidad de todo el contrato<sup>360</sup>.

Por tanto, en el Derecho común solo ha sido posible aplicar la regla *utile por inutile non vitatur* o de nulidad parcial si se induce que las partes quisieron o hubieran querido el contrato, aun sin la parte inválida. En ese caso, el resto del contrato debe valer pese a la nulidad parcial<sup>361</sup>. Pero si la valoración de la voluntad de las partes conduce a la solución contraria, es decir, que su intención no era celebrar el contrato sin la parte inválida, la regla ha de ser la de la nulidad total<sup>362</sup>. Es, pues, una cuestión de interpretación de la voluntad contractual<sup>363</sup>. Mas nótese que en muchos casos resulta prácticamente imposible determinar si las partes hubieran o no celebrado el contrato sin la parte inválida, pues las partes normalmente no se representan este problema al tiempo que formalizan el contrato. Por tanto, la voluntad real queda reemplazada por una voluntad hipotética, esto es, por una evaluación de los intereses de las partes conforme al estándar de un hombre leal<sup>364</sup>. La voluntad hipotética puede considerarse como un paradigma objetivo de justicia del intercambio contractual<sup>365</sup>. La voluntad de las partes debe apreciarse objetivamente, tomando en consideración los elementos del negocio afectado<sup>366</sup>. No se trata de la voluntad real de los contratantes, sino de la voluntad de contratantes ideales<sup>367</sup>. Por tanto, podríamos afirmar que la resultante de transacción parcialmente nula no se corresponde con la voluntad hipotética de las partes ni con la naturaleza del contrato

<sup>359</sup> ZIMMERMANN, 1992, p. 76, que cita como ejemplos de nulidad parcial D. 18, 1, 34; D. 13, 6, 17 y D. 28, 4, 2.

<sup>360</sup> RUIZ MUÑOZ, 1991, p. 326.

<sup>361</sup> Idea que ha quedado plasmada en el artículo 1419 CC italiano, el cual reza que la nulidad de una cláusula determinará la nulidad total del contrato si resulta que las partes no lo hubieran celebrado sin la parte ineficaz.

<sup>362</sup> Según la STS 12 noviembre 1987, P. Matías Malpica González-Elipe, no es posible la nulidad parcial porque, en el caso, sería necesario que recayera una nueva voluntad de las partes sobre lo que ha de ser su objeto.

<sup>363</sup> ALBIEZ DHORMANN, 1994, p. 84.

<sup>364</sup> ZIMMERMANN, 1992, p. 76.

<sup>365</sup> CARRASCO PERERA, 2021.

<sup>366</sup> Díez-PICAZO, 2007.

<sup>367</sup> RUIZ ARRANZ, *Indret*, 2019, p. 83.

de transacción. Las partes no hubieran querido la subsistencia del contrato de transacción sin la parte eliminada.

Con todo, puede decirse que en la actualidad la nulidad parcial ha sido elevada a regla general frente a la nulidad total, sobre todo en sectores en los que existe una parte contractual débil a la que se pretende proteger con dicho tipo de nulidad<sup>368</sup>. En los casos en que el mandato de la norma sea la nulidad parcial, como el artículo 83 TRLGDCU (siempre que pueda subsistir), parece a él habrá de estarse, siendo indiferente cuál haya sido la voluntad de los contratantes, en concreto la del predisponente. El predisponente, en muchos casos, no habría celebrado el contrato si la cláusula inválida, por lo que podría alegar su voluntad hipotética para pretender la nulidad total<sup>369</sup>. El establecimiento de una validez contractual parcial, cuando alguna o algunas cláusulas non nulas, que no remite a la voluntad hipotética de las partes, trata de evitar las consecuencias perjudiciales que para el consumidor puede tener la nulidad del contrato, como puede ser la restitución de su prestación<sup>370</sup>. Recientemente, la jurisprudencia del TJUE ha justificado la nulidad parcial en el restablecimiento del equilibrio de los derechos y obligaciones, mediante la eliminación de la cláusula, y no declarar nulos todos los contratos que contengan cláusulas abusivas<sup>371</sup>. Ahora bien, en estos sectores la nulidad parcial se antoja difícil cuando se trata de una cláusula que regule un elemento esencial del contrato, sin el cual las partes no lo hubieran formalizado<sup>372</sup>. Normalmente no se producirán problemas de subsistencia cuando las cláusulas se refieran a elementos accesorios, como penas convencionales, limitaciones de responsabilidad o de jurisdicción aplicable<sup>373</sup>.

Así las cosas, podría objetarse que una interpretación de la cláusula conforme al artículo 1815 CC tendría como finalidad reducir hasta términos justos una cláusula abusiva, por lo que se conculcaría la doctrina europea según la cual, y en aras del principio de efectividad, las cláusulas nulas por abusivas no pueden ser moderadas ni integradas, sino que se eliminarán sin más<sup>374</sup>; excepto si la abusividad de la cláusula provoca que el contrato no subsista, y el consumidor queda expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales a

<sup>368</sup> ALBIEZ DHORMANN, 1994, p. 85.

<sup>369</sup> SARAZA JIMENA, 1994, p. 30.

<sup>370</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, 1991, p. 341 a 342.

<sup>371</sup> STJUE 14 marzo 2019, asunto C-118/17.

<sup>372</sup> Cfr. RUIZ MUÑOZ, 1991, p. 338.

<sup>373</sup> MARTÍNEZ ESPÍN, 2020.

<sup>374</sup> SSTJUE 14 junio 2012, asunto C-618-2010, 30 mayo 2013, asunto C-512/19 y 27 de enero 2021, asuntos acumulados C-229/19 y C-289/19. Esta jurisprudencia se refiere, en esencia, a cláusulas penales, y tiene un objetivo de prevención general, pues perdida la posibilidad de la moderación, se eliminan los incentivos para introducir cláusulas abusivas.

causa de dicha nulidad, supuesto en que es posible la integración con una norma de derecho nacional<sup>375</sup>. Regla que, aunque parece clara en sus términos<sup>376</sup>, no ha sido cumplida escrupulosamente por la jurisprudencia comunitaria ni por la nacional, pues conduce a situaciones desequilibradas, normalmente en perjuicio del predisponente<sup>377</sup>. Perniciosas consecuencias que, como se ha dicho, quebrantarían el objetivo de la Directiva 93/13/CEE de conseguir una regulación equilibrada<sup>378</sup>. Repetimos que la solución a la que llega la más reciente jurisprudencia civil, considerando nula la cláusula de renuncia y permitiendo impugnar la cláusula suelo, deja una transacción parcialmente nula que no se corresponde con los intereses de las partes, que no respeta la naturaleza del contrato ni tampoco el *sinalagma* transaccional. En estos casos en los que la nulidad parcial no se corresponde con la voluntad común hipotética de las partes, ya que estas no hubieran celebrado el contrato sin la cláusula nula, quedando afectada por consiguiente la finalidad o la naturaleza jurídica del contrato, el TJUE ha considerado que el contrato no subsiste (adaptando un enfoque objetivo), para así permitir la integración con una norma de derecho nacional<sup>379</sup>. Además, puede razonarse que la

<sup>375</sup> SSTJUE 30 abril 2014, asunto C-26/13; 21 enero 2015, asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13; y 26 marzo 2019, asuntos acumulados C-70/17 y C-179/17. Esta jurisprudencia se refiere, por un lado, a cláusulas que regulan elementos esenciales del contrato de préstamo, cuya nulidad supondría que el prestatario tendría que reembolsar todo el capital pendiente y, por otro, a la cláusula de vencimiento anticipado del préstamo hipotecario, cuya nulidad tendría como consecuencia que el prestamista no podría reclamar el capital prestado y los intereses debidos a pesar de un incumplimiento grave del prestatario.

<sup>376</sup> Según las SSTs (Pleno) 265/2015, 22 de abril, P. Rafael Sarza Jimena; 469/2015, 8 de septiembre, P. Rafael Sarza Jimena y (Pleno) 705/2015, 23 de diciembre, P. Pedro José Vela Torres, «la conclusión que se extrae de las sentencias del TJUE que interpretan los preceptos de la Directiva sobre cláusulas abusivas en contratos con consumidores es que la consecuencia de la apreciación de la abusividad de una cláusula es la supresión de tal cláusula, sin que el juez pueda aplicar la norma supletoria que el Derecho nacional prevea a falta de estipulación contractual, y sin que pueda integrarse el contrato mediante los criterios establecidos en el Derecho español en el art. 1258 CC, salvo que se trate de una cláusula necesaria para la subsistencia del contrato, en beneficio del consumidor».

<sup>377</sup> En materia de intereses moratorios, la STJUE 7 agosto 2018, asuntos acumulados C-96/16 y C-94/17, ha permitido la integración del contrato conforme a una interpretación integradora, y eso que el contrato no es nulo en su totalidad en perjuicio del consumidor. Así, el TJUE ha validado la doctrina del TS (por todas, STS 63/2019, 31 de enero, P. Eduardo Baena Ruiz), según la cual, una vez declarada abusiva la cláusula de intereses moratorios en contratos de préstamo con consumidores, debe aplicarse el interés remuneratorio como indemnización por el retraso. También podría entenderse que en materia de cláusulas que imponen el pago de los gastos de constitución del préstamo, la STJUE 16 julio 2020, asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19, ha permitido la integración conforme al derecho dispositivo, aunque el contrato subsista sin la cláusula. El caso de la subsistencia del préstamo hipotecario tras la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado será tratado a continuación.

<sup>378</sup> GONZÁLEZ PACANOWSKA, 2022, p. 468.

<sup>379</sup> La determinación de si el contrato puede o no subsistir ha de resolverse conforme a Derecho nacional. Pero adaptando un enfoque objetivo, es decir, no puede basarse en los intereses de una sola de las partes. La referencia más clara a esta doctrina se encuentra en

nulidad de la transacción perjudicaría al consumidor, al que se le volvería a aplicar la cláusula suelo original<sup>380</sup>.

En este sentido, la jurisprudencia civil ha determinado que la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado deja como resultado un préstamo hipotecario nulo parcialmente, que no se corresponde con la voluntad hipotética de las partes. Así, «el fundamento de la celebración del contrato para ambas partes fue la obtención de un crédito más barato (consumidor) a cambio de una garantía eficaz en caso de impago (banco). De ser así, no puede subsistir un contrato de préstamo hipotecario de larga duración si la ejecución de la garantía resulta ilusoria o extremadamente dificultosa. En efecto, la supresión de la cláusula afecta a la garantía y, por tanto, a la economía del contrato y a su subsistencia. El negocio jurídico tiene sentido si es posible resolver anticipadamente el préstamo y ejecutar la garantía para reintegrarse la totalidad del capital debido y los intereses devengados, en caso de que se haya producido un impago relevante del prestatario. Estaríamos, pues, en un supuesto en el que procedería la nulidad total del contrato porque el negocio no se habría realizado sin la cláusula nula, conforme a la voluntad común real o hipotética de ambas partes, porque la finalidad o la naturaleza jurídica del contrato ya no son las mismas». En este caso es posible una integración del préstamo hipotecario con una norma de derecho nacional (art. 24 LCCI)<sup>381</sup>.

las Conclusiones de la Abogada General, de 29 de noviembre de 2011, asunto C-453/10, que hace suyas las consideraciones de la STJUE 15 marzo 2012, asunto C-453/10. También se refiere a ello la STJUE 26 marzo 2019, asuntos C-70/17 y C-179/17; los tres AATJUE 3 julio 2019, asunto C-92/16, asunto C-167/16 y asunto C-486/16 y la STJUE 2 septiembre 2021, asunto C-932-19. Sobre un minucioso análisis del enfoque objetivo de subsistencia cfr. RUIZ ARRANZ, 2020, pp. 97 ss.

<sup>380</sup> Según la Comunicación de la Comisión Europea, sobre «Directrices sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 93/13/CEE» (2019/C323/04), hasta la fecha, el TJUE no ha declarado explícitamente si el órgano jurisdiccional nacional debe determinar el interés del consumidor en la nulidad del contrato, basándose exclusivamente en criterios objetivos o en la preferencia del consumidor según lo expresado en el proceso. No obstante, hay argumentos sólidos para respetar la preferencia de los consumidores, teniendo en consideración que el consumidor incluso puede insistir, en el proceso, en que se aplique una cláusula contractual abusiva. Así, de la STJUE 14 marzo 2019, asunto C-118/17, se desprende que el interés del consumidor en la nulidad del contrato coincidía con la solicitud del consumidor. En sus Conclusiones de 14 de mayo de 2019, asunto C-260/18, el Abogado General considera que la preferencia de los consumidores es decisiva. Finalmente, en la STJUE 26 marzo 2019, asuntos acumulados C-70/17 y C-179/17, el tribunal hace referencia a una evaluación que debe llevar a cabo el órgano jurisdiccional nacional, en vista del Derecho nacional aplicable, pero no excluye que el órgano jurisdiccional nacional plantee esta pregunta al consumidor.

<sup>381</sup> STS (Pleno) 463/2019, 11 de septiembre, P. Pedro José Vela Torres. No obstante, afirma CARRASCO PERERA, 2021, que la sentencia aplicó un test no permitido por la jurisprudencia del TJUE ni por el artículo 83 TRLGDCU: si, atendiendo la voluntad hipotética de las partes, estas hubieran contratado sin incluir la cláusula en cuestión. A su juicio, de aplicarse en el resto de los contextos, ningún contrato podría subsistir sin la cláusula. Cfr., con todo, RUIZ ARRANZ, *Indret*, 2019, pp. 59 ss.

Extrapolando dicha jurisprudencia a nuestro caso, podríamos concluir que al considerar abusiva la cláusula de renuncia, que supone un elemento esencial del contrato de transacción, esta no podría subsistir, conforme a la voluntad común hipotética de las partes, en perjuicio del consumidor. Entraría por tanto en juego la excepción a la regla europea expuesta y, en definitiva, podría integrarse el contrato o, en rigor, interpretarlo conforme al artículo 1815 CC<sup>382</sup>. Aplicando a nuestra transacción este modo de entender las cosas, la renuncia se ceñiría a reclamar la nulidad de la cláusula suelo y los intereses pagados en su virtud, que sería «cosa juzgada» (art. 1816 CC). Mas nótese que la solución a la que se llega con este razonamiento es la misma que se alcanza si practicáramos una interpretación de la cláusula de renuncia, conforme al artículo 1815 CC, de forma previa a fiscalizar su contenido; con la ventaja añadida de que si interpretamos antes de realizar el control de contenido no tendríamos que razonar sobre la compleja cuestión de la «subsistencia» del contrato.

Con todo, podría afirmarse que la suerte de nulidad parcial a la que llega la referida jurisprudencia no crea una situación tan perjudicial o inequitativa para el predisponente como la que provoca la nulidad parcial del préstamo hipotecario tras la declaración de abusividad de las cláusulas de intereses moratorios o de vencimiento anticipado. En estos casos, si el contrato no se recompone, el acreedor, a pesar de un incumplimiento flagrante del consumidor, no puede pedir ningún tipo de indemnización por el retraso ni resolver el contrato por incumplimiento para solicitar la restitución del capital y los intereses prestados e impagados. Mas en nuestro caso, la nulidad parcial de la transacción tiene como consecuencia que el banco conserva los intereses que de cara al futuro le proporcionará la nueva cláusula suelo, y aunque la vieja sea declarada nula, la entidad solo tiene que restituir importes hasta la fecha de formalización de la novación. Por consiguiente, cuanto más perjuicio cause al empresario la nulidad de la cláusula y la subsistencia (parcial) del contrato, menos obstáculos se pondrán para la recomposición del contrato.

<sup>382</sup> La integración debe ser con una norma supletoria de derecho interno. Mas no cabe la integración con normas que remitan a la equidad o los usos, pues estas no han sido objeto de una valoración específica del legislador a efectos de distribuir equilibradamente los derechos y obligaciones de las partes en el contrato (SSTJUE 3 octubre 2019, asunto C-260/18 y 25 noviembre 2020, asunto C-269/19).

### 7.3.2 **Sobre la transparencia de la renuncia que se ciñe al *caput controversum***

A pesar de lo dicho con anterioridad, la jurisprudencia sostiene que el hecho de que la cláusula de renuncia de acciones se ciña a las reclamaciones que tengan por objeto la cláusula suelo no excluye que haya que examinar la transparencia y, en su caso, la abusividad, pues se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, en el sentido del artículo 4.2 Directiva 93/13/CEE. Observemos que según la STS 205/2018, de 11 de abril, la transparencia de la cláusula de renuncia al ejercicio de acciones se produce cuando el consumidor conoce que no podrá solicitar la nulidad de la cláusula suelo contenida en el contrato inicial de préstamo. Por tanto, según esta doctrina, la cláusula de renuncia sería no transparente si el banco no informó de que una de las contrapartidas a la modificación de la regulación del tipo de interés consistía en la renuncia del prestatario a las acciones relativas al carácter abusivo de la cláusula suelo<sup>383</sup>.

Sin embargo, según la jurisprudencia civil más reciente, por influjo de la STJUE de 9 de julio de 2020, la renuncia será transparente cuando proceda de un consentimiento «libre e informado», lo que solo sucederá si, en el momento de la renuncia, el consumidor era consciente del carácter no vinculante de esa cláusula y de las consecuencias que la renuncia conllevaba. En particular, el consumidor debe disponer de la información pertinente que le hubiera permitido «comprender las consecuencias jurídicas y económicas que se derivaban para él de tal cláusula». Las «consecuencias jurídicas» derivadas de la cláusula de renuncia de acciones sobre la cláusula suelo son que, a cambio de la seguridad de que en adelante el límite inferior a la variabilidad del interés se suprima, no podría reclamar las diferencias existentes entre lo que hubiera podido cobrar el banco por la aplicación de la original cláusula suelo. Y en relación con el «alcance económico» de la renuncia, esto es, las cantidades a las que el consumidor renunciaría aceptando una nueva cláusula suelo, coincidentes con la diferencia entre las sumas satisfechas por el consumidor en aplicación de la cláusula suelo inicial y las que hubieran debido abonarse en ausencia de cláusula suelo, el TJUE precisó que, en principio, esas cantidades pueden calcularse fácilmente por un «consumidor medio normalmente informado y razonablemente perspicaz», siempre que la entidad bancaria, que reúne los conocimientos técnicos y la infor-

<sup>383</sup> Cfr. STS 407/2021, 15 de junio, P. Rafael Saraza Jimena.

mación necesarios a este respecto, «haya puesto a su disposición todos los datos necesarios»<sup>384</sup>.

Por tanto, no se requiere que el prestamista informe de la cuantía exacta de estos intereses a los que el consumidor renuncia por aceptar la nueva cláusula suelo, pero sí requiere que ponga a disposición del prestatario los «datos necesarios» para que este pueda calcular la cuantía de las cantidades renunciadas, lo que es una novedad de la STJUE en relación con la STS 205/2018<sup>385</sup>. Se ha afirmado que este cálculo no es tan sencillo como una mera resta si no se dispone de cierta información que tiene el banco, teniendo en consideración el sistema de amortización, las fórmulas de matemática financiera aplicadas para calcular el interés variable, los cambios según el mes de referencia que se tome para el Euribor, etc. Se razona que el consumidor puede no ser plenamente consciente al renunciar, si el banco no le facilitó esos cálculos, de a qué concreto importe está renunciando al aceptar la nueva cláusula suelo<sup>386</sup>. Otros autores han entendido que si el banco no suministra ningún dato al prestatario para que pueda calcular los intereses indebidamente abonados, no se cumple con la transparencia material. Se sostiene que para el consumidor puede resultar sencillo averiguar las cantidades de amortización del préstamo que ha abonado hasta la fecha; pero le resultará muy difícil calcular, por sus propios medios, las cantidades que debería haber abonado si no se hubiera aplicado la cláusula suelo, pues supone realizar complejas operaciones de matemáticas financieras. Por tanto, se entiende que exigir al consumidor que averigüe ese dato es irrazonable. Para el prestamista, sin embargo, es fácil conocer ese dato, pues dispone de los medios técnicos para ello<sup>387</sup>.

De la jurisprudencia civil no se infiere con facilidad qué datos son los que tiene que proporcionar el banco al consumidor para que este sea capaz de calcular las cantidades a las que se renunciaba. En algunas ocasiones la jurisprudencia considera que no se proporcionan los datos para el cálculo, pero no especifica por qué<sup>388</sup>. Tampoco se proporcionan los datos necesarios para el cálculo de las cantidades renunciadas en un caso en el que solo figuraba en el acuerdo transaccional el importe de las liquidaciones de intereses cobrados por aplicación de la cláusula suelo durante los años 2013, 2014,

<sup>384</sup> Por todas, STS 60/2022, 1 de febrero, P. Juan María Díaz Fraile.

<sup>385</sup> MARÍN LÓPEZ, *Blog CESCO*, 2020.

<sup>386</sup> CÁMARA LAPUENTE, *Almacén de derecho*, 2020.

<sup>387</sup> MARÍN LÓPEZ, *Blog CESCO*, 2020.

<sup>388</sup> SSTs 303/2022, 19 de abril; 157/2022, 1 de marzo; 143/2022, 22 de febrero; 644/2021, 28 de septiembre, P. Juan María Díaz Fraile; 806/2021, 23 de noviembre; 805/2021, 23 de noviembre, P. Juan María Díaz Fraile (ECLI: ES: TS:2021:4223) y 622/2021, 22 de septiembre, P. Rafael Saraza Jimena.

2015 y 2016, en los siguientes términos (estipulación segunda): «(el banco) restituirá a los prestatarios parte de los intereses que hubiesen pagado en aplicación de dicha cláusula según lo acordado y la liquidación que se detalla a continuación, y que ambas partes fijan en un total de 1.100 euros mediante ingreso en su cuenta [...] Liquidación correspondiente al año: 2013: 281€ // 2014: 425,79 € // 2015: 347,49 € // 2016: 45,73 €»<sup>389</sup>.

No obstante, se ha considerado que sí se proporcionan los datos necesarios para el cálculo cuando se informaba a los prestatarios de cuál sería el interés que estarían pagando en el momento de formalizarse la novación (31 de julio de 2013) si no se aplicara la cláusula suelo a esa fecha, que sería del 1,907% (valor resultante de la suma del índice de referencia y el diferencial). Con esta información, los consumidores podían calcular fácilmente esas cantidades, teniendo en cuenta que, dada la proximidad de la fecha de referencia (el 9 de mayo de 2013, en atención a que el TS había declarado que las cantidades a devolver lo serían desde esa fecha), bastaría calcular la diferencia entre el interés aplicado desde entonces hasta el 31 de julio de 2013 (apenas tres meses), interés que era el suelo incluido en la originaria escritura (2,75%), y el que habría que aplicar si no existiera el suelo (1,907%). En la conclusión alcanzada resultaban determinantes tres elementos: (i) la claridad y fácil comprensión en la redacción de la cláusula; (ii) la información ofrecida sobre el valor que tenía el índice de referencia (Euribor) en el momento de pactarse la novación (0,507%); y (iii) la proximidad entre la fecha de la novación (31 de julio de 2013) y la fecha de referencia (9 de mayo de 2013) que delimitaba el periodo de tiempo en que se había aplicado la cláusula suelo inicial. La conjunción de estos factores, en aquel caso, permitían al prestatario calcular fácilmente la diferencia entre lo pagado por aplicación de la cláusula suelo controvertida y lo que hubiera pagado en caso de no haberse pactado o no haberse aplicado esa cláusula<sup>390</sup>. Por consiguiente, de esta sentencia se infiere que el banco proporciona los datos para que el consumidor pueda calcular los importes a los que renunciaba si aquel informa a este del valor del índice de referencia más el diferencial en el momento de la novación, lo que permitiría al consumidor saber cuánto debería haber abonado sin cláusula suelo en el periodo desde el 9 de mayo de 2013 hasta el 31 de julio de 2013, fecha en la que se produce la novación. Y, además, si el periodo en que es procedente la devolución de intereses, esto es, desde el 9 de mayo de 2013 hasta que se produce la novación, es

<sup>389</sup> STS 60/2022, 1 de febrero, P. Juan María Díaz Fraile.

<sup>390</sup> STS 675/2020, 15 de diciembre, P. Ignacio Sancho Gargallo.

breve. Si es un periodo corto será más fácil para el consumidor calcular las cantidades que debería pagar sin cláusula suelo (en el caso, a un tipo de 1,907%) y con suelo (2,75%).

Sin embargo, se ha considerado que no se proporcionan los datos necesarios para el cálculo en un supuesto en que la concreta información facilitada a través de la oferta vinculante de la novación del préstamo (consistente en la supresión de la cláusula suelo) y en su anexo sobre posibles escenarios de evolución de tipos de interés, fue la siguiente: «(i) variación experimentada por el Euribor en los dos últimos años: 0,545%; (ii) durante los quince últimos años el valor máximo alcanzado por el Euribor fue del 5,393% (en julio de 2008), y el valor mínimo del 0,059% (en diciembre de 2015); (iii) calculada la cuota del préstamo con el tipo máximo del punto anterior ascendería a 1.091,12 € y con el tipo mínimo a 617,26 €; (iv) en la primera página de la oferta vinculante se informaba de que se puede hallar más información acerca de la evolución de los índices anteriormente detallados en la página web del Banco de España: [www.bde.es](http://www.bde.es) en el apartado Tipos de interés y de cambio; (v) en el anexo a la oferta vinculante se incluían, además, tres diferentes escenarios de tipo de interés». Según el TS, con esta información, un «consumidor medio, normalmente informado, y razonablemente atento y perspicaz», no podría calcular la cantidad que habría pagado en concepto de intereses remuneratorios de su préstamo hipotecario durante el periodo de referencia (del 9 de mayo de 2013 al 24 de febrero de 2016). Afirma la sentencia que el criterio adoptado en otras sentencias de informar sobre la evolución pasada del índice de referencia a través de la incidencia práctica que había tenido esta evolución en la concreción de la cuantía de la cuota periódica que había venido pagando, de la fijación en el propio documento del valor del índice en ese momento y de la publicación por el Banco de España, no puede extrapolarse al caso de la cláusula de renuncia, en el marco de un acuerdo transaccional, pues no se trata de comprender el riesgo futuro de que no pueda beneficiarse el deudor de la bajada del índice de referencia por debajo del suelo, sino de determinar las consecuencias económicas de la renuncia del consumidor, lo que exige que la información proporcionada permita, al menos, un cálculo estimativo de las mismas. Por ello, se concluye que en este caso el consumidor no ha podido conocer cabalmente las consecuencias económicas derivadas de la renuncia y, por tanto, la cláusula de renuncia litigiosa no supera el control de transparencia material<sup>391</sup>. A diferencia del supuesto anterior, parece que en este caso se considera que no se proporcionan los datos para

<sup>391</sup> STS 63/2021, 9 de febrero, P. Juan María Díaz Fraile.

el cálculo porque no se informa del tipo de interés variable (índice de referencia y diferencial) en el momento de la novación, lo que a juicio de la Sala permitiría al consumidor calcular las cantidades que debía abonar sin la cláusula suelo.

Del mismo modo, se considera que no se informa de dichos datos en un caso en que si bien la redacción de la cláusula es asimismo clara y fácilmente comprensible y también se informa del valor del Euribor en la fecha de la novación (0,54%), no concurre aquel otro elemento adicional de la estrecha proximidad temporal entre el momento en que se pacta la novación y la fecha de retroacción de efectos de la anulación de la cláusula (9 de mayo 2013), resultante de la jurisprudencia entonces vigente. Ese intervalo no es de poco más de dos meses, como sucedía en aquel precedente, sino de ocho meses. Por ello, en este caso, con los datos proporcionados por la entidad financiera (limitados al dato del valor del Euribor en el momento de la novación), los prestatarios no estaban en condiciones de calcular fácilmente las consecuencias económicas de su renuncia, esto es, no podrían calcular la cantidad que habrían pagado en concepto de intereses remuneratorios de su préstamo hipotecario durante el periodo de referencia (del 9 de mayo de 2013 al 8 de enero de 2014) sin la cláusula suelo inicial<sup>392</sup>.

Por tanto, de dicha jurisprudencia se infiere que no se cumple con el requisito de proporcionar los datos necesarios para el cálculo de las cantidades a las que el consumidor renunciaba solo con la información pasada del índice de referencia, sino que es necesario información exacta sobre el valor del índice de referencia y del diferencial en el momento de la novación, lo que permitiría al consumidor conocer las cantidades que debería haber abonado sin cláusula suelo. Es además necesaria una estrecha proximidad entre la fecha de retroacción de efectos de la anulación de la cláusula suelo (9 de mayo de 2013) y el momento en que se practica la novación, que es el periodo en que los intereses pagados por aplicación de la cláusula suelo pueden ser devueltos. Por tanto, cuanto menor sea la proximidad entre dichas fechas más fácil será que se cumpla con el requisito de aportar los datos necesarios y, por ende, que la cláusula de renuncia sea considerada transparente.

Con todo, a mi juicio, el prestamista no debería tener que informar de esos datos. Es irrazonable exigir al empresario que instruya al cliente tanto de la cantidad que eventualmente habría de devolver al consumidor como de los datos necesarios para su cálculo, pues es una información disponible. Por lo que respecta a la posibilidad de calcular las cantidades que el consumidor debería haber

<sup>392</sup> STS 216/2021, 20 de abril, P. Juan María Díaz Fraile.

pagado si no se hubiese aplicado la cláusula suelo, es suficiente con la información disponible sobre el valor del Euribor y el conocimiento del diferencial fijado en el contrato, no siendo necesario que el prestamista informe expresamente del valor del Euribor al momento de perfeccionarse la novación. Es decir, se consigue el mismo resultado de una forma u otra. De hecho, con la información del tipo de referencia solo en el momento de la novación, el consumidor no podrá en cualquier caso calcular las cantidades que debería haber abonado sin cláusula suelo, porque el valor del tipo de referencia antes de la novación pudo ser distinto del valor en el momento de formalizarse la novación. Por lo demás, no es relevante para que el consumidor pueda calcular cuánto debería haber pagado sin cláusula suelo que el periodo en que es procedente la devolución de intereses sea más o menos largo (periodo que transcurre desde la fecha en que es procedente la restitución de intereses hasta el momento en que se firma la transacción). Es cierto que si el periodo es más dilatado el valor del tipo de referencia pudo variar, pero como dicho valor es una información disponible, el consumidor la puede utilizar para calcular las cantidades que debería haber abonado sin aplicar la cláusula suelo.

Por lo que respecta a los datos para que el consumidor pueda calcular los intereses abonados por aplicación de la cláusula suelo, el prestamista únicamente debería rendir cuentas de cuánto ha cobrado por intereses en cada amortización y en cuál de ellas aplicó una cláusula suelo. Finalmente, y como he explicado con anterioridad, dada la naturaleza de la transacción, es imposible que el consumidor pudiera tener conocimiento cierto sobre las cantidades a las que renunciaba, pues, por esencia, el objeto de la transacción es cosa dudosa. Si el consumidor estuviera plenamente informado de cuánto le iba a devolver exactamente un tribunal, no hubiera transigido, porque tendría entonces toda la información existente que le permitirían salir del estado de incertidumbre que es inherente a la transacción. No creo que podamos imputar al banco una obligación de informar de una cifra de dinero que es contingente<sup>393</sup>.

Finalmente, la Audiencia Provincial de Barcelona ha considerado, en mi opinión acertadamente, que la STJUE de 9 de julio de 2020 únicamente afirma que es necesario que el consumidor dispusiera de la información pertinente que le permitiera comprender las «consecuencias jurídicas» que se derivaban para él de tal cláusula, y no las «consecuencias económicas». En efecto, la referida STJUE concluyó que «la cláusula estipulada en un contrato celebrado entre un pro-

<sup>393</sup> Nótese que de C. 2, 5, 1 se infiere que el error de cálculo no invalida la transacción (Cfr. GULLÓN BALLESTEROS, 1964, p. 167).

fesional 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 calificada 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 derivaban para él de tal cláusula». Por tanto, mientras que en relación con la novación las exigencias de transparencia alcanzan tanto a las «consecuencias jurídicas» como a las «económicas», en relación con la renuncia solo alcanzan a las jurídicas. Por tanto, se sostiene que «lo que se exige es que el consumidor haya podido comprender perfectamente que la cláusula de renuncia incorporada en el contrato le impedía reclamar en el futuro las cantidades que le hubieran sido cobradas en el pasado por el banco en aplicación de la cláusula suelo. Pero no así el alcance concreto de esa renuncia, esto es, los períodos (pasados) a los que se podía referir (concretamente, si iban más lejos de 9 de mayo de 2013 o no) o bien el importe efectivo a que se estaba renunciando». Por tanto, se considera que la nueva jurisprudencia civil se estaría apartando de la doctrina comunitaria, cuando exige respecto de la cláusula de renuncia que se cumpla un deber de información que va mucho más allá de sus consecuencias jurídicas y conectan ese deber con datos económicos<sup>394</sup>. Y nótese que tiene sentido que no se tenga que informar sobre las consecuencias económicas de la renuncia, pues es un aspecto que pertenece al *caput controversum* de la transacción.

### 7.3.3 La consecuencia derivada de la falta de transparencia de la cláusula de renuncia

La jurisprudencia, con apoyo en la STJUE de 9 de julio de 2020, sostiene que la consecuencia derivada de la falta de transparencia de la cláusula de renuncia al ejercicio de acciones, al no haber podido conocer el consumidor sus consecuencias jurídicas o económicas, consecuencias que no se advierten beneficiosas para él, es su consideración como abusiva, lo que lleva, por tanto, a que se declare su nulidad de pleno derecho (arts. 83 TRLGDCU, 8.2 LCGC y 6.1 de la Directiva 93/13)<sup>395</sup>. Dejando por ahora de lado la reforma del

<sup>394</sup> Según las SSAP Barcelona (Sección 15.ª) 530/2022, 22 de marzo y 521/2022, 21 marzo, entre otras muchas, así lo habían entendido las SSTS 580/20 y 581/20, que siguen constituyendo la única jurisprudencia aplicable. Ello lleva a declarar la validez del pacto privado de modificación de la cláusula suelo y de la cláusula de renuncia, lo que impide atacar la cláusula suelo incorporada en el contrato inicial.

<sup>395</sup> SSTS 530/2021, 13 de julio, P. Rafael Saraza Jimena, 805/2021, 23 de noviembre, P. Juan María Díaz Fraile y 806/2021, 23 de noviembre, P. Juan María Díaz Fraile;

artículo 83 TRLGDCU, operada por la LCCI, que no constituye derecho vigente en los casos tratados por la jurisprudencia analizada, observemos que el legislador de la Directiva 93/13/CEE no especificó expresamente cuál era la consecuencia de la falta de transparencia de las cláusulas, excepto en lo relativo a la sanción de una interpretación *contra proferentem* (art. 5)<sup>396</sup>. Al incluir únicamente ese remedio, surgen dudas sobre cuál es la consecuencia jurídica ante la falta de transparencia de una cláusula<sup>397</sup>.

Por un lado, se ha razonado que de la letra del artículo 4.2 Directiva 93/13/CEE parece desprenderse que la falta de transparencia de una cláusula que regula un elemento esencial del contrato permitiría fiscalizar su contenido, conforme a los parámetros del artículo 3.1 Directiva 93/13/CEE<sup>398</sup>. En efecto, en ausencia de transparencia, es posible una revisión judicial de los precios<sup>399</sup>. Esta es la postura que ha tomado la jurisprudencia en numerosas ocasiones. Así, en materia de índice IRPH, se ha considerado que el efecto de la falta de transparencia de las cláusulas que definen el objeto principal del contrato no es su nulidad, sino la posibilidad de realizar el juicio de abusividad. Es decir, la declaración de falta de transparencia sería una condición necesaria, pero no suficiente, para la apreciación de abusividad. Además, aunque la falta de transparencia de la cláusula que fija el índice IRPH frustrara las legítimas expectativas del consumidor, que creía contratar un préstamo referenciado a Euribor, dicha falta de transparencia no supone su abusividad, pues el coste económico de un préstamo indexado a IRPH y el de otro referenciado al Euribor no parecen diferir demasiado, no causando pues la falta de transparencia un perjuicio o una desventaja al consumidor<sup>400</sup>. Por otra parte, se ha considera-

entre otras muchas.

<sup>396</sup> La Directiva 93/13/CEE solo hace referencia al concepto de transparencia en los artículos 4.2 y 5 y en los considerandos. Cfr. PAZOS CASTRO, *RDC*, 2018.

<sup>397</sup> Cfr. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, 2013, p. 24 y 2017, pp. 77-100; CÁMARA LAPUENTE, *AAMN*, 2015, p. 390; GONZÁLEZ PACANOWSKA, 2015 y 2022, pp. 462-465; SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, *CCJC*, 2017; PAZOS CASTRO, 2017, p. 412-413 y PANTALEÓN PRIETO, *Almacén de derecho*, 2017 (a), (b), (c) y (d); entre otros.

<sup>398</sup> CÁMARA LAPUENTE, *AAMN*, 2015, p. 390; PANTALEÓN PRIETO, *Almacén de derecho*, 2017 (a), (b), (c) y (d); y PAZOS CASTRO, 2017, p. 414; entre otros

<sup>399</sup> COLLINS, *OJLS*, 1994, p. 252.

<sup>400</sup> SSTS (Pleno) 585/2020, 6 de noviembre, P. Rafael Saraza Jimena y 127/2022, 18 de febrero, P. Ignacio Sancho Gargallo, entre otras. En opinión de AGÜERO ORTIZ, *Indret*, 2020, p. 104, el fundamento de nulidad de estas cláusulas está en lo que el TS denominó «sesgo retrospectivo», es decir, la comparación a posteriori de otros préstamos sujetos a otro índice, que no fueron ofrecidos o que fueron rechazados por ser menos estables, o por adicionar un diferencial más alto y que, ahora, son más beneficiosos para los consumidores. Según TUGORES QUES, 2019, la mera comparación de trayectorias «ex post» de distintos índices «deberá encajarse con otras dimensiones, como una razonable proporcionalidad en la asunción de riesgos por parte de los firmantes de los contratos. Al fin y al cabo, de ese reparto de riesgos es de lo que tratan gran parte de los contratos financieros».

do que la falta de transparencia de la cláusula de solidaridad de un contrato de fianza no supone su carácter abusivo, pues constituye derecho dispositivo (art. 1822.2 CC), y no puede ser abusivo aquello que respeta el derecho dispositivo, según el artículo 1.2 Directiva 93/13/CEE<sup>401</sup>. Asimismo, la falta de transparencia de la cláusula que fija los honorarios profesionales del abogado no supone que la cláusula sea abusiva, pues dichos honorarios respetan y no exceden el modelo de referencia sobre el que comparar<sup>402</sup>. Igualmente, aunque se considerara no transparente la cláusula que establece la fórmula de cálculo de intereses anuales por un periodo de 360 días, no hay elementos de juicio para considerarla abusiva<sup>403</sup>. Y lo mismo puede decirse de una cláusula de intereses remuneratorios de una hipoteca denominada «tranquilidad»<sup>404</sup>. La jurisprudencia del TJUE también parece decantarse por este modo de entender las cosas<sup>405</sup>. Mas podría considerarse que no tiene sentido la afirmación de que la falta de transparencia de las cláusulas que regulan el precio o la contraprestación abra la puerta a controlar su contenido, pues dicho control fiscaliza el equilibrio jurídico, de los derechos y obligaciones de las partes, y no el económico<sup>406</sup>. Repárese que no se puede controlar el contenido de las cláusulas que regulan elementos esenciales sino existe un modelo de referencia sobre el que comparar. Para que haya justificación y posibilidad del control de contenido basta que exista un anclaje cualquiera, ya sea el Derecho dispositivo o una norma imperativa no directamente aplicable al

<sup>401</sup> Por todas, STS 101/2020, 12 de febrero, P. Pedro José Vela Torres.

<sup>402</sup> Las normas del colegio de abogados: STS 21/2020, 24 de febrero, P. Pedro José Vela Torres. Cfr. DEL SAZ DOMINGUEZ, *Blog CESCO*, 2020 (b).

<sup>403</sup> STS 360/2021, 25 de mayo, P. Pedro José Vela Torres.

<sup>404</sup> STS 162/2021, 23 de marzo, P. Pedro José Vela Torres.

<sup>405</sup> Los AATJUE 17 noviembre 2021, asuntos C-655/2020 y C-79/21, al responder las cuestiones específicamente dirigidas al efecto respecto de préstamos con interés variable referenciados al índice IRPH, declaran que «la respuesta a esta cuestión puede deducirse de la sentencia de 26 de enero de 2017, asunto C-421/14 (...). Así, (...) de esa sentencia se desprende que los artículos 3, apartado 1, y 4 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que, en caso de que un órgano jurisdiccional nacional considere que una cláusula contractual relativa al modo de cálculo de los intereses aplicables a un contrato de préstamo hipotecario no está redactada de manera clara y comprensible, a efectos del artículo 4, apartado 2, de la citada Directiva, disposición con la que fundamentalmente se corresponde el requisito de transparencia contemplado en su artículo 5, le incumbe examinar si tal cláusula es abusiva en el sentido del artículo 3, apartado 1, de esa misma Directiva. De ello se deduce que la mera circunstancia de que una cláusula no esté redactada de manera clara y comprensible no le confiere, por sí sola, carácter abusivo, en el sentido del artículo 3.1 Directiva 93/13». La STJUE 26 febrero 2015, asunto C-143/13, afirma que, «aun cuando un Tribunal constate que las cláusulas enjuiciadas forman parte del objeto principal del contrato, en todo caso tales cláusulas deberán ser objeto de una apreciación de su posible carácter abusivo si se comprueba que no están redactadas de forma clara y comprensible». Asimismo, la STJUE 30 abril 2014, asunto C-26/13, parece que concibe el control de transparencia como un paso previo al control de contenido.

<sup>406</sup> PAGADOR LÓPEZ, *RDM*, 2016, p. 415.

supuesto de hecho, o incluso un uso o media de mercado, como el «interés superior al normal del dinero»<sup>407</sup>.

Por otro lado, podría razonarse que cuando una cláusula que regula un elemento esencial del contrato carece de transparencia, al igual que cuando hay error de una de las partes, no puede ser óptimo el intercambio o asignación de bienes que se realiza en virtud del contrato, porque una de las partes no recibe lo que realmente esperaba obtener del contrato, frustrándose sus legítimas expectativas. Esta circunstancia puede conducir a una lesión económica y a que posiblemente el intercambio no produzca la más eficiente asignación de bienes, ya que los costes del contrato son para una parte, al menos, superiores a los representados<sup>408</sup>. Podría incluso equiparse que el consumidor no recibiera lo que realmente esperaba obtener del contrato con un desequilibrio de los derechos y obligaciones contrario a la buena fe<sup>409</sup>. La falta de transparencia podría vincularse a la noción de contrariedad a la buena fe que se contiene en la definición de cláusula abusiva<sup>410</sup>. De hecho, si la cláusula no negociada que vulnera los postulados de claridad, concreción y sencillez no queda incorporada al contrato, a tenor del artículo 7 LCGC, entonces la cláusula no transparente es asimismo nula<sup>411</sup>.

En este sentido, la jurisprudencia española también ha considerado que la falta de transparencia de determinadas cláusulas, que, a su juicio, regulan elementos esenciales del contrato, supone su abusividad. Así, la cláusula suelo no transparente provoca un perjuicio al consumidor, consistente en la imposibilidad de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener el préstamo con cláusula suelo en el caso de bajada del índice de referencia<sup>412</sup>. También la falta de transparencia o la ausencia de información sobre la cláusula multidivisa perjudica al consumidor, porque oculta graves riesgos para este, como la no

<sup>407</sup> CARRASCO PERERA, 2021.

<sup>408</sup> Cfr. CARRASCO PERERA, 2021.

<sup>409</sup> Como dice MIQUEL GONZÁLEZ, 2002, p. 916, la regla que sanciona las cláusulas sorprendentes debe quedar comprendida en la cláusula general de la buena fe y equilibrio de derechos y obligaciones. Asimismo, MIRANDA SERRANO, *Indret*, 2018, p. 17

<sup>410</sup> COLLINS, *OJLS*, 1994, p. 250.

<sup>411</sup> Cfr. GONZÁLEZ PACANOWSKA, 2000, p. 249 y 2015; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, 2004, pp. 109-153; ALFARO ÁGUILA-REAL, 2008, pp. 10-11 y CÁMARA LAPUENTE, *Indret*, 2017, p. 15.

<sup>412</sup> Entre otras muchas, declara la STS 19/2022, 17 de enero, P. María de los Ángeles Parra Lucán, que «es posible que una condición general inserta en un contrato celebrado con un consumidor, pese a no ser transparente, no sea abusiva, pues la falta de transparencia no supone necesariamente que las condiciones generales sean desequilibradas. Pero (...) no es el caso de las llamadas cláusulas suelo, cuya falta de transparencia provoca un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, objetivamente incompatible con las exigencias de la buena fe, consistente en la imposibilidad de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener el préstamo con cláusula suelo en el caso de bajada del índice de referencia».

disminución del capital a medida que se van abonando las cuotas de amortización comprensivas de capital e intereses<sup>413</sup>. Además, de cierta jurisprudencia del TJUE puede deducirse que la falta de transparencia puede ser un elemento para tener en cuenta a la hora de determinar el carácter abusivo de la cláusula<sup>414</sup>. Idéntica consecuencia se extrae de algunos textos de *soft law*<sup>415</sup>. En efecto, la falta de transparencia ha sido un elemento concluyente en la argumentación de los tribunales españoles para declarar abusivas las cláusulas en muchas ocasiones<sup>416</sup>.

Ante esta divergencia de posiciones, se ha afirmado que para la jurisprudencia civil y comunitaria la falta de transparencia se asimila a la abusividad «en unos casos sí y en otros no»<sup>417</sup>. Ahora bien, con la finalidad de realizar una propuesta razonable, puede afirmarse que, en principio, la falta de transparencia de una cláusula que regula un elemento esencial del contrato no es una causa autónoma de nulidad, y únicamente será la condición necesaria para realizar el juicio de abusividad, conforme al artículo 3.1 de la Directiva 93/13/CEE y los artículos 82 y siguientes TRLGDCU<sup>418</sup>. Pero la falta de transparencia será una causa autónoma de nulidad siempre que pueda argumentarse que dicha falta de transparencia provoca al consumidor un perjuicio, o porque le coloca en una situación desventajosa. No habrá perjuicio ni desventaja cuando el contenido de una cláusula relativa al precio o la contraprestación no transparente «no exceda y respete» el marco de referencia con el que se compara, o siempre que no haya elementos de juicio para determinar dicho perjuicio. Asimismo, cabría que el adherente no pudiera hacerse una idea cabal de la trascendencia jurídica y económica de determinadas cláusulas, pero estas previsiones no tuvieran efectos negativos para él. Podría ser el

<sup>413</sup> STS (Pleno) 585/2020, de 6 noviembre, P. Rafael Saraza Jimena.

<sup>414</sup> Según la STJUE 3 octubre 2019, asunto C-621/17, la transparencia de una cláusula contractual que exige el artículo 5 de la Directiva 93/13/CEE, es uno de los elementos que deben tenerse en cuenta para apreciar si la cláusula es abusiva, apreciación que corresponde al juez nacional en virtud del artículo 3.1 de dicha Directiva. Por su parte, la STJUE 7 de noviembre de 2019, asuntos C-419/18 y C-483/18, afirma que la apreciación del carácter potencialmente abusivo de esa estipulación y del acuerdo cambiario deberá tomar en consideración simultáneamente el requisito relativo al desequilibrio importante y la exigencia de transparencia que resulta del artículo 5 de la Directiva 93/13. Asimismo, la STJUE 28 de julio de 2016, asunto C-191/15, declara que el carácter abusivo de una cláusula puede resultar de una formulación que no cumple la exigencia de claridad y comprensibilidad del artículo 5 Directiva 93/13/CEE. Cfr. CÁMARA LAPUENTE, *CDT*, 2015, p. 392; MARTÍN FABA, *Blog CESCO*, 2019 y PANTALEÓN PRIETO, *Almacén de Derecho*, 2020 (a).

<sup>415</sup> Artículo II.9:407 *DCFR* y artículo 83.2 a) *CESL*. Cfr. VAQUER ALOY, 2022, p. 1317.

<sup>416</sup> Cfr. GONZÁLEZ PACANOWSKA, 2015 y 2015 (b), y la jurisprudencia que cita.

<sup>417</sup> TOMILLO URBINA, *RDP*, 2021.

<sup>418</sup> Dejaremos en este estudio de lado la tesis que sostiene que la falta de transparencia de la cláusula tiene como consecuencia la no incorporación de dicha cláusula al contrato (cfr. CÁMARA LAPUENTE, *Indret*, 2017, p. 15), pues es lo mismo que considerar que la falta de transparencia hace automáticamente nula la cláusula.

caso de que el coste económico del contrato realmente contratado (aplicando la cláusula no transparente), no fuera más elevado que el legítimamente esperado (sin la aplicación de dicha cláusula).

En definitiva, el TS se decanta porque la falta de transparencia de la cláusula de renuncia es perjudicial para el consumidor, lo que permite considerarla abusiva. No obstante, a diferencia de lo que sucede en otros casos, no se explica por qué la falta de transparencia de la cláusula de renuncia no es beneficiosa para el consumidor. Podría pensarse que el TS considera que una renuncia de derechos no transparente no reúne las condiciones precisas para asegurar su validez, dada la interpretación restrictiva que hace dicho Tribunal de las renunciaciones, y más si no tienen contraprestación. Nótese que una renuncia unilateral de derechos no transparente es una renuncia de derechos nula, ni tan siquiera abusiva, control que no es posible practicar aquí, porque una renuncia (no una transacción) no es un acto de tráfico que admita control de equidad de los derechos y obligaciones de las partes. Igual que una donación o una condonación, que no pueden ser abusivas. Otra cosa es que pueda haber una renuncia de derechos no transparente.

Con todo, la renuncia estudiada forma parte de una transacción y está causalmente vinculada a otra prestación. Obsérvese que el TS habría podido razonar que la cláusula de renuncia que se ciñe al *caput controversum* no se aparta del marco normativo de referencia en el que se inserta, y no puede ser considerada abusiva *ex* artículo 82 TRLGDCU<sup>419</sup>. En efecto, como la cláusula de renun-

<sup>419</sup> DE CASTRO Y BRAVO, 1961, p. 331; ALFARO ÁGUILA-REAL, 1991, p. 89 ss.; MIQUEL GONZÁLEZ, 2002, p. 951 y 2011, p. 720; MORALES MORENO, 2014, p. 1962; GONZÁLEZ PACANOWSKA, 2015 (b), y otros. La STS 86/2014, 14 de mayo, P. Javier Orduña Moreno, resalta que «el control de contenido debe operar y ajustarse a los principios y normas de nuestro sistema jurídico en orden, primordialmente, a comprobar que la regla contractual predispuesta es conforme a los principios básicos de la regulación contractual aplicable sin ella, de acuerdo con los parámetros de buena fe y equilibrio contractual. De esta forma, el control se proyecta de un modo objetivable teniendo por objeto el contraste del marco contractual predispuesto». La STJUE 14 marzo 2013, asunto C-415/11, afirma que han de tenerse en cuenta «las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido. Mediante un análisis comparativo de este tipo, el juez nacional podrá valorar si, y, en su caso, en qué medida, el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente». Por su parte, la STJUE 3 octubre 2019, asunto C-621/17, asevera que «en cuanto al examen de la existencia de un posible desequilibrio importante, el Tribunal de Justicia ha declarado que este puede resultar meramente de un menoscabo suficientemente grave de la situación jurídica en la que el consumidor se encuentre, como parte en el contrato considerado, en virtud de las disposiciones nacionales aplicables, ya sea en forma de una restricción del contenido de los derechos que, según esas disposiciones, le confiere dicho contrato, ya de un obstáculo al ejercicio de estos o de imposición al consumidor de una obligación adicional no prevista por las normas nacionales». El AAP de Barcelona (Sección 19.ª), 11 febrero 2015, afirma que «se trata de comparar los derechos y obligaciones, según la cláusula que se considera abusiva, a los derechos y obligaciones que otorga el Derecho dispositivo (art. 1108 CC), y ver después si en el resultado de esa comparación hay un desequilibrio».

cia respeta el artículo 1815 CC, es decir, el contenido característico de la transacción, no podría ser considerada abusiva, pues estaría excluida del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13/CEE, por mor de lo dispuesto en el artículo 1.2 de la misma<sup>420</sup>. En efecto, es legítimo presumir que el legislador nacional ha establecido un equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes en determinados contratos<sup>421</sup>.

Con todo ello, el vigente artículo 83. II TRLGDCU, reformado por la LCCI, establece que «las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho»<sup>422</sup>. En primer lugar, cabe preguntarse si el precepto se está refiriendo a una transparencia formal, aplicable a cualquier tipo de cláusula y de adherente, o de carácter material, aplicable a las cláusulas que regulan los elementos esenciales de los contratos en los que el adherente es un consumidor<sup>423</sup>. Los problemas en España sobre la transparencia se han suscitado con relación a cláusulas que regulan elementos esenciales del contrato, y las normas similares de derecho comparado también se refieren a este tipo de cláusulas. Por tanto, podría pensarse que la exigencia de transparencia a la que se refiere el precepto es la transparencia material, que recae sobre las cláusulas que regulan el precio y la contraprestación. Asimismo, la referencia que hace el precepto al consumidor puede ser una razón para pensar que la norma se está refiriendo a la transparencia material, pues esta solo se aplica a contratos celebrados por empresarios y consumidores, y no a contratos celebrados entre empresarios, a los que solo se les aplica el control de transparencia formal (control de incorporación)<sup>424</sup>. Ahora bien, no hay que descartar que se declaren nulas por no transparentes cláusulas que no regulen elementos esenciales del contrato, porque, aunque lo cierto es que el consumidor presta su atención en ellas a la hora de contratar, pueden resultar no transparentes en la fase de cumplimiento del contrato<sup>425</sup>. La exigencia de transparencia de la Directiva 93/13/CEE se

<sup>420</sup> PANTALEÓN PRIETO, *El almacén del derecho*, 2020.

<sup>421</sup> STJUE 20 septiembre 2018, asunto C-51/17.

<sup>422</sup> Asimismo, el vigente artículo 5.5 LCGC. Ahora bien, transparencia en contratos entre no consumidores parece que debe seguir significando la simple transparencia «literal», no la «material», porque, como he explicado, la jurisprudencia ha reservado siempre este último control para los contratos con consumidores. Por eso nunca se han declarado expresamente nulas por falta de transparencia material las cláusulas suelo ni multidivisa en préstamos hipotecarios concedidos a empresarios (Cfr. CARRASCO PERERA, 2019).

<sup>423</sup> Cfr. GONZÁLEZ PACANOWSKA, 2022, p. 444.

<sup>424</sup> VAQUER ALOY, 2022, p. 1328.

<sup>425</sup> MIQUEL GONZÁLEZ, 2022, p. 917. La STJUE 7 de noviembre de 2019, asuntos acumulados C-419/18 y C-483/18, entiende que el juez debe comprobar si cumple la exigencia de transparencia una condición general que prevé la firma por el prestatario de un pagaré en garantía de la devolución del préstamo; condición general que no regula un elemento esencial del contrato.

aplica a todos los tipos de cláusulas contractuales no negociadas individualmente<sup>426</sup>.

En segundo lugar, no queda claro si, según este precepto, la falta de transparencia de la cláusula únicamente permite controlar si es equilibrada la distribución que dicha cláusula hace de los derechos y obligaciones de las partes en el sentido del artículo 3.1 Directiva 93/13/CEE, o, en cambio, si la falta de transparencia de la cláusula puede ser suficiente, por sí sola, para considerarla abusiva<sup>427</sup>. Podría entenderse que al mencionar el nuevo precepto una nulidad de pleno derecho está tratando de una nulidad «sin ponderación circunstancial, que no exige la producción de dos pasos, de modo que, producido el juicio de transparencia, no habrá que pasar luego al propio de abusividad»<sup>428</sup>. A mi juicio, el precepto se está refiriendo a una falta de transparencia que perjudica al consumidor, como sucede en las cláusulas suelo o multidisiva. Es decir, cuando la falta de transparencia provoca que se agraven o se hagan más onerosas las obligaciones contractuales del consumidor, tal y como legítimamente las había percibido, o cuando la ausencia de transparencia tenga como consecuencia que los costes del contrato para el consumidor sean superiores a los representados, entonces la falta de transparencia de la cláusula es perjudicial para el consumidor y supone su abusividad. Ahora bien, algunos autores han interpretado la referencia que hace el precepto al «perjuicio del consumidor» como una alusión a que la falta de transparencia de la cláusula solo es una condición necesaria para valorar el equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes<sup>429</sup>. Por lo demás, a pesar de ser una nulidad de pleno derecho, también es relativa, porque solo pretende proteger los intereses del consumidor, de ahí que la norma se refiera a las cláu-

<sup>426</sup> Comunicación de la Comisión sobre «directrices interpretación y la aplicación de la Directiva 93/13 CEE» (2019/C323/04)

<sup>427</sup> Parece que en Alemania persiste el mismo problema con el § 307.1 *BGB*, aplicable a cláusulas no negociadas que regulen elementos esenciales contratos celebrados entre empresarios y consumidores, el cual reza que el hecho de que la cláusula no negociada no sea clara y comprensible puede causar un perjuicio desproporcionado en contra de la buena fe. Algunos consideran que de este precepto se infiere que la falta de transparencia de la cláusula abre la puerta a analizar el equilibrio de los derechos y obligaciones de las partes en el sentido del artículo 3.1 Directiva 93/13/CEE (CÁMARA LAPUENTE, *CDT*, 2015, p. 393; ALBIEZ DOHRMANN, *RADC*, 2017 y MARTÍNEZ ESPÍN, 2020); mientras que otros consideran que de él se deduce que la falta de transparencia puede ser suficiente para considerar abusiva una cláusula no negociada individualmente [MIQUEL GONZÁLEZ, 2011, p. 737; PAZOS CASTRO, 2017, p. 413 y PANTALEÓN PRIETO, *Almacén de Derecho*, 2020 (a)].

<sup>428</sup> Es lo que parece querer decir la STS 21/2020, 24 de febrero, P. Pedro José Vela Torres.

<sup>429</sup> Según PANTALEÓN PRIETO, *El almacén de derecho*, 2020 (b) «en perjuicio de los consumidores» ha de entenderse como «que, en contra de las exigencias de la buena fe, causen en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato» (arts. 82 TRLGDCU y 3.1 Directiva 93/13). En opinión de GONZÁLEZ PACANOWSKA, 2022, p. 465, la referencia al «perjuicio del consumidor» permite augurar que el desarrollo jurisprudencial sobre la transparencia material no va a olvidarse.

sulas no transparentes que perjudiquen al consumidor. Lo que no quiere decir que la nulidad por falta de transparencia no pueda ser apreciable de oficio. En efecto, podrá ser apreciada de oficio, pero nunca en contra de la voluntad del consumidor. Incluso podría pensarse que el precepto trata de una nulidad del artículo 6.3 CC, que escapa al régimen de cláusulas abusivas<sup>430</sup>.

En tercer lugar, y como se ha señalado, del precepto nuevo parece inferirse una nulidad parcial, como la que impone el artículo 83. I TRLGDCU cuando se declaran nulas cláusulas abusivas. Es decir, procederá la nulidad de la cláusula no transparente pero no la del contrato. Pero repárese en que es difícil mantener una nulidad parcial sin realizar una labor de integración, cuando se trate de una cláusula que regule un elemento esencial del contrato. Y si, como venimos argumentando, el control de transparencia es muy similar a un control de validez del consentimiento contractual, el nuevo precepto viene a declarar que un déficit de consentimiento se va a solventar a través de una nulidad parcial<sup>431</sup>.

## 8. NOVACIÓN DE TIPO DE INTERÉS Y RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA

Finalmente, cabe preguntarse cuál es la consecuencia de la novación de las condiciones financieras del préstamo hipotecario, en particular la modificación de la cláusula de interés variable (ya sea en el sentido de reducir la cláusula suelo o de introducir un tipo fijo inferior al suelo), en la responsabilidad hipotecaria. Porque nótese que algunas entidades que han sido partes en transacciones de este tipo, alegan en sus recursos de casación que «desde el punto de vista hipotecario, la cláusula suelo mantiene su vigencia únicamente al objeto de amparar en la garantía hipotecaria el tipo de interés fijo aplicable durante el periodo pactado en este contrato»<sup>432</sup>. Aunque no está claro el sentido y la finalidad de la alegación transcrita, da pie para que nos preguntemos si ¿es posible que el tipo de interés a efectos obligacionales sea uno y el tipo máximo a efectos de responsabilidad hipotecaria sea otro?

Pues bien, es doctrina de la DGRN que, en los supuestos de modificación de las condiciones financieras, el carácter accesorio de la hipoteca respecto del crédito garantizado (arts. 104 LH

<sup>430</sup> CARRASCO PERERA, 2019.

<sup>431</sup> CARRASCO PERERA, 2019.

<sup>432</sup> SSTs 806/2021, 23 de noviembre y 805/2021, 23 de noviembre, P. Juan María Díaz Fraile; y 208/2021, 19 de abril, P. Rafael Saraza Jimena; entre otras.

y 1.857 CC) implica la imposibilidad de discrepancia entre los términos definitorios de la obligación asegurada y los de la extensión objetiva de la hipoteca en cuanto al crédito (arts. 9 y 12 LH), de modo que pactándose en la modificación de la condiciones financieras del préstamo hipotecario un tipo fijo para los intereses remuneratorios que antes no existía (o inferior al anteriormente existente), o estableciéndose un límite obligacional a los intereses variables antes inexistente (o inferior al precedente), no cabe que la cobertura hipotecaria se mantenga definida por referencia a unos tipos de interés distintos de los ahora estipulados, vulnerándose con ello la exigencia de claridad y precisión en el contenido de los asientos registrales, dada la transcendencia «erga omnes» de sus pronunciamientos. Por lo tanto, no es admisible que el tipo máximo del interés a efectos de la fijación de la responsabilidad hipotecaria sea superior al límite fijado a efectos obligacionales a la variabilidad del tipo de interés, porque, como queda señalado, el carácter accesorio de la hipoteca imposibilita que se puedan garantizar obligaciones o importes no pactados y/o que nunca podrán devengarse<sup>433</sup>. Según la doctrina expuesta, para que la novación tenga acceso al Registro de la Propiedad será necesario modificar los tipos máximos por intereses remuneratorios a efectos de la fijación de la responsabilidad hipotecaria. Con todo, puede razonarse una solución distinta.

A diferencia de lo que sucede con algunos tipos de hipotecas que garantizan obligaciones determinadas, la hipoteca llamada de «máximo», que carece de una regulación especial en la legislación hipotecaria, garantiza obligaciones de cuantía incierta, como la obligación de pagar intereses variables, por lo no puede expresar una cantidad totalmente determinada sino tan solo una cifra máxima de responsabilidad hipotecaria, que tiene que expresarse en moneda nacional (cfr. arts. 12 LH y 219.1.º RH). A diferencia de lo que constituye la regla general en Derecho común, no es posible la sola inscripción de hipotecas en garantía de obligaciones de cuantía determinable conforme al artículo 1273 CC, sino que, además, debe señalarse una cifra máxima de responsabilidad. El hecho de que la inscripción de hipoteca contenga un máximo de responsabilidad no significa que la obligación esté determinada en su cuantía, que sigue siendo indeterminada, ni tampoco exonera de especificar todas aquellas circunstancias que hagan posible identificar la obligación garantizada. Como se ha apuntado, el señalamiento de una cifra máxima de responsabilidad no tiene nada que ver con el principio de determinación de la obligación garantizada (art. 12 LH). Lo

<sup>433</sup> RGSJFP 11729/2017, 19 de septiembre; 16907/2021, 8 de septiembre; 20033/2021, 15 de noviembre; y, especialmente, 183/2021, 22 de diciembre.

único que el máximo determina es el límite máximo de riesgo de los terceros que adquieran derechos sobre la finca hipotecada. Así, el artículo 114 LH exige que el señalamiento de una cifra máxima esté establecido en interés de los terceros, pues es el máximo el que determina la medida en que su derecho podrá ser ejecutado (en el caso del tercer poseedor) o postergado (en el caso de los acreedores posteriores inscritos) como consecuencia del incumplimiento de la obligación garantizada. La inexistencia de un máximo de responsabilidad supondría un alto coste de inseguridad, que desincentivaría a adquirir derechos sobre la finca hipotecada. Además, «la exigencia de una cifra máxima supone también una norma en interés del deudor hipotecante, pues la certidumbre sobre la cuantía máxima que deberá soportar el tercero permite al deudor poner en el mercado un valor cierto que no está afecto a la garantía»<sup>434</sup>.

Como resulta de los artículos 114 y 146 LH, y también del artículo 692.1. 2.º LEC, la cifra de responsabilidad hipotecaria será ineficaz entre acreedor y deudor, pues aquel puede reclamar a este todos los intereses vencidos y no pagados. El artículo 114 LH limita a un máximo el alcance de la hipoteca respecto a los intereses en perjuicio de terceros, pero no impone límites en la relación entre acreedor y deudor. En consecuencia, el máximo no tiene por qué equipararse, ante la inexistencia de terceros, con el alcance del derecho real, pues las partes podrían estipular que la garantía asegure la obligación en toda su integridad, aunque se llegue a superar la cifra máxima de intereses que resulte de la aplicación del artículo 114 LH, que fue fijada a los solos efectos de no perjudicar a terceros. Las restricciones que establece este precepto solo pretenden delimitar el alcance de la acción real hipotecaria en beneficio de terceros ajenos a la acción personal, puesto que, en otro caso, carecería de sentido que el legislador limitara la acción real del acreedor en favor de un sujeto al que por medio de una acción de naturaleza personal se le pueden exigir todos los intereses vencidos (art. 147 LH)<sup>435</sup>. Obsérvese que en las llamadas hipotecas de máximo la protección de los terceros proviene de aquellas normas que señalan o que exigen que conste registralmente la cuantía que les es oponible (art. 114 LH). Así parece que se reduce la inseguridad provocada por tener que soportar una carga cuya de cuantía originalmente indeterminada. Por consiguiente, como se ha argumentado, la protección de los terceros únicamente resulta de aquellos preceptos que limitan, en su beneficio, el alcance de la acción real del acreedor respecto al inmueble hipotecado, pero no del principio de determinación de la obligación garantizada. En definitiva, la exigen-

<sup>434</sup> CORDERO LOBATO, 2015.

<sup>435</sup> En contra, entre otras muchas, RDGRN 11729/2017, 19 de septiembre.

cia del máximo no tiene que ver estrictamente con el cumplimiento del principio de determinación exigido por el artículo 1273 CC para que pueda nacer una hipoteca válida<sup>436</sup>.

En virtud de lo expuesto, creo que posible que el tipo máximo del interés a efectos de la fijación de la responsabilidad hipotecaria sea superior al límite fijado a efectos obligacionales. En efecto, el artículo 114 LH establece un límite del máximo de responsabilidad de la hipoteca que no es límite del máximo de deuda. A la LH no le importa la deuda, sino la cantidad que se pueda incluir en el máximo de responsabilidad de la hipoteca. Cuestión distinta es que si, como sucede en el caso planteado, el tipo máximo de responsabilidad hipotecaria está por encima del límite convenido para los intereses remuneratorios, no podrá exigirse al deudor más intereses que los realmente convenidos y devengados. Del mismo modo, si hay perjuicio de un tercero, la hipoteca solo responde de los intereses realmente convenidos y devengados que estén comprendidos dentro del tipo máximo previsto, y, además, de los realmente devengados durante los períodos temporales previstos en el artículo 114 LH.

## 9. CONCLUSIONES

1. El control de transparencia de una cláusula no negociada que regula un elemento esencial del contrato, en particular de la cláusula suelo, no depende solamente de parámetros puramente objetivos, y sí más bien de las circunstancias del caso concreto y del específico perfil del cliente; sin perjuicio de lo explicado para las acciones colectivas. Por eso en numerosas ocasiones la jurisprudencia declara transparentes las cláusulas suelo de los préstamos hipotecarios en los que el adherente es un consumidor. La incertidumbre sobre la validez de estas cláusulas ha sido la causa por la que ciertos bancos y consumidores han formalizado unos contratos de transacción por los que aquellos acceden a novar los préstamos hipotecarios, en el sentido de reducir las cláusulas suelo, mientras que estos renuncian a ejercitar la acción de nulidad sobre dichas cláusulas. Con todo, la casuística es variada y las transacciones formalizadas tienen diversas características.

2. Sin perjuicio del artículo 83. II TRLGDCU, introducido por la LCCI, el régimen de nulidad por falta de transparencia carece de una regulación legal específica. Por ello, debe aplicarse analógicamente el régimen de nulidad del artículo 1301 CC, con el que guarda

<sup>436</sup> Díez GARCÍA, *CCJC*, 2018

semejanza. Por tanto, una cláusula no transparente se puede confirmar, siempre que se cumplan los requisitos del artículo 1311 CC. El régimen actual previsto en el artículo 83. II TRLGDCU no impide este modo de proceder, pues califica la falta de transparencia como una nulidad de pleno derecho, pero relativa, porque solo pretende proteger el interés del consumidor. Con todo, parte de la doctrina y la jurisprudencia, bajo el argumento de que la falta de transparencia es una nulidad de pleno derecho, niega que se pueda convalidar por confirmación una cláusula no transparente y, en particular, entiende que la petición del prestatario de que se reduzca la cláusula suelo no puede valer como acto confirmatorio. Ahora bien, la jurisprudencia sí permite que se confirmen contratos financieros nulos por error en el consentimiento, si bien es muy rigurosa a la hora de admitir que un determinado acto supone confirmación, siendo para ello necesario una renuncia clara, comprensible y terminante.

3. El artículo 1208 CC no impide que una cláusula no transparente pueda ser objeto de novación, siempre que la novación no incurra en el mismo vicio de invalidez que la cláusula novada. Es decir, la validez o ineficacia de la novación se determina únicamente a través del contexto que envuelve la novación, con independencia de la falta de transparencia que pudiera afectar a la cláusula suelo original. Cuestión distinta es si esa novación tiene efectos retroactivos o confirmatorios, e impide instar la nulidad de la cláusula suelo. Es decir, si la misma novación puede servir como acto confirmatorio de la obligación primigenia. La jurisprudencia considera que, aunque la novación pueda regular válidamente los efectos a partir de entonces, en cambio no sirve para dotar retroactivamente de validez a la obligación primera. En estos casos, el artículo 1208 CC vendría a afirmar que la novación no produce efectos retroactivos ni tiene efectos confirmatorios.

4. La transacción, en cambio, sí puede servir para sanar la cláusula suelo no transparente, con efectos retroactivos, o al menos impide que el prestatario pueda instar su nulidad. Repárese que en la transacción sí que se suele reflejar una renuncia expresa de una de las partes, la cual constituye su contraprestación. Por consiguiente, toda transacción que contenga una renuncia a acciones de nulidad ceñidas a la cláusula suelo es una transacción válida que contiene una renuncia válida, que impide e instar la acción de nulidad sobre la referida cláusula. Según la jurisprudencia, para que la renuncia sea válida no puede haber sido aceptada por el prestatario en un breve periodo de tiempo, ni con la finalidad de no arriesgarse a sufrir una pérdida patrimonial absoluta. La contraprestación del banco (reducción o supresión de la cláusula suelo) tampoco puede

estar sometida a unas bases ambiguas. Finalmente, la cláusula de renuncia ha de reunir los requisitos de claridad y comprensibilidad, de forma que el consumidor pueda entender a qué renuncia y sus consecuencias; es decir, la cláusula debe ser transparente. De esta forma, si la cláusula de renuncia no es transparente, la transacción no convalidará la cláusula suelo original, pues el prestatario estará facultado para ejercitar la acción de nulidad.

5. Conforme a la legislación vigente, es muy difícil argumentar que las dos cláusulas del acuerdo enjuiciado, las cuales reflejan la prestación y la contraprestación de cada parte en el contrato celebrado, son negociadas. De la jurisprudencia se infieren varios parámetros para considerar una cláusula como fruto de una negociación, pero el más claro es el relativo a que el predisponente pruebe que, a instancia del adherente, modificó la cláusula que ofrecía inicialmente en uno o más contratos. Sin embargo, en mi opinión, y aunque es muy discutible, la naturaleza de la transacción formalizada puede conducir a considerar que sus cláusulas son negociadas. Repárese que la transacción a la que nos referimos solo se compone de dos prestaciones y se ofrece aislada de otros conjuntos contractuales y de otras cláusulas no relevantes. Como no es un contrato «cargado» con regulación adicional a las mutuas concesiones, no puede ser menos que negociado, tanto si se rechaza como si se acepta. A mi juicio, la apreciación global del acuerdo lleva a la conclusión de que no se trata de un contrato de adhesión que contiene cláusulas no negociadas individualmente. Y recuérdese que el elemento decisivo en nuestra legislación es que el contrato sea o no un contrato de adhesión (art. 1.2 *in fine* LCGC). En efecto, el acuerdo descrito no es un contrato de adhesión, porque solo hay prestaciones centrales, sin zona periférica.

6. Según la jurisprudencia, los requisitos de transparencia de las cláusulas suelo se deben cumplir también en la novación, aunque esta no sea propiamente un contrato de préstamo. En efecto, el control de transparencia de la cláusula suelo del contrato original es cualitativamente idéntico al de la novación, pues en el préstamo se pactó una cláusula suelo y la novación consistió en introducir también una cláusula suelo, aunque más benevolente para el cliente. Pero, en mi opinión, es posible argumentar una solución diferente. En el primer caso hay un préstamo hipotecario que, entre otras muchas cosas, incluye una cláusula suelo. En cambio, en el segundo no hay un préstamo hipotecario con cláusula suelo, sino solo una reducción de la cláusula suelo a cambio de un compromiso del cliente de no impugnar dicha cláusula. Incluso aunque la cláusula suelo original fuese calificada como accesorio y susceptible directa-

mente del control de contenido, la cláusula suelo novada pasa a ser, en todo caso, una cláusula que define el objeto único del contrato, porque la cláusula como tal es la entraña de un contrato de transacción, que se refiere precisamente a ella. La esencia de la transacción no es la cláusula suelo que se nova, sino la novación como tal. Al convertirse la nueva cláusula suelo en el objeto por exclusiva del contrato transaccional, difícilmente esta se puede considerar como no transparente. Nótese que una transacción como la enjuiciada es un contrato que, para un consumidor medio, se comprende más fácilmente que un préstamo hipotecario con cláusula suelo. En el contrato transaccional lo principal es la nueva cláusula suelo, mientras que en el préstamo hipotecario había otros elementos más singulares. Esta distinción pone de manifiesto que la transparencia que requerimos a la cláusula suelo original no puede ser cualitativamente idéntica a la que requerimos a la cláusula suelo novada. En este último caso no se deben exigir condiciones de transparencia que sean propias de un préstamo hipotecario con cláusula suelo, sino las que son propias de un contrato de transacción. En la transacción el cliente solo ha de saber que la cláusula suelo puede ser nula y que transige sobre la incertidumbre de que esa cláusula sea nula. El examen de transparencia de la cláusula suelo novada no debe centrarse en un tema de comprensión de las particularidades del mecanismo que supone la cláusula suelo y sus escenarios pasados y futuros, sino en comprender que supone renunciar a un crédito restitutorio de cuantía incierta a cambio de una remuneración o ventaja. En definitiva, la transacción no puede someterse al mismo control de transparencia al que se sometería el material transigido, pues entonces la transacción no tendría utilidad. Ciertamente que la novación puede ser no transparente, pero porque no reúna sus propias condiciones de transparencia, no las de la cláusula suelo.

7. Estas exigencias de transparencia que se acaban de formular no se deben cumplir si la modificación de la cláusula relativa a los intereses ordinarios no supuso la mera rebaja del límite mínimo de variabilidad, sino la completa eliminación de la cláusula suelo en la regulación del interés remuneratorio del préstamo hipotecario. Tampoco se requerirán los requisitos de transparencia descritos si la novación consiste en suprimir el interés mínimo y restablecer el sistema de interés variable fijado en el préstamo originariamente, manteniendo el diferencial pactado o con un incremento de dicho diferencial. Ni tampoco cuando la modificación suponía la sustitución del interés variable por uno fijo, durante los primeros meses, para que luego operara el interés variable pactado originariamente. En estos casos no se introdujo una nueva cláusula suelo sobre la que

deban proyectarse las específicas exigencias derivadas del principio de transparencia aplicables a tales cláusulas.

8. En relación con la cláusula de renuncia del contrato de transacción, la jurisprudencia considera que es nula toda renuncia que exceda y no se ciña *al caput controversum*. Más aun, aunque la cláusula de renuncia se refiera al objeto de la controversia, esta debe ser transparente para ser válida. La jurisprudencia considera que para que la renuncia sea transparente el prestamista debe informar al prestatario no solo de que renunciaba a instar la nulidad de la cláusula («carga jurídica»), sino también de «los datos» necesarios para que este pueda calcular los intereses indebidamente abonados, cantidades a las que el prestatario renunciaba («carga económica»). De la jurisprudencia no se infiere con facilidad qué datos son los que tiene que proporcionar el banco al consumidor para que este sea capaz de calcular las cantidades a las que renunciaba. Lo único que puede inferirse es que no se cumple con el requisito de proporcionar los datos necesarios para el cálculo de las cantidades a las que el consumidor renunciaba solo con la información pasada del índice de referencia, sino que es necesario información exacta sobre el valor del índice de referencia y del diferencial en el momento de la novación, lo que permitiría al consumidor conocer las cantidades que debería haber abonado sin cláusula suelo. Es además necesaria una estrecha proximidad entre la fecha de retroacción de los efectos de la anulación de la cláusula suelo y el momento en que se practica la novación, que es el periodo en que los intereses pagados por aplicación de la cláusula suelo pueden ser devueltos. Por tanto, cuanto menor sea la proximidad entre dichas fechas más fácil será que se cumpla con el requisito de aportar los datos necesarios y, por ende, que la cláusula de renuncia sea considerada transparente.

En mi opinión, no obstante, el prestamista no debería tener que informar de esos datos, por tres razones principales. En primer lugar, podríamos considerar que la cantidad a la que el consumidor renuncia es *controversum*, pues las partes están en desacuerdo tanto en lo relativo a si la cláusula es o no transparente como en cuanto a sus efectos. No se trataría de una cuestión ajena a la discusión, pues si la transparencia o no de la cláusula suelo es cuestión discutida, también lo es por derivación los efectos de dicha falta de transparencia. Es evidente que era *caput controversum* si la cláusula era o no nula, y por tanto también los efectos de la nulidad. Es decir, si resulta que el error que recae sobre si la cláusula era o no transparente no puede servir para anular la transacción, tampoco puede hacer ineficaz la transacción un error que recae sobre las consecuencias de la nulidad de la cláusula. Por tanto, sería innecesario

que el predisponente informara de unos datos para calcular unas cantidades que constituyen *caput controversum*. No creo que podamos imputar al banco una obligación de informar de una cifra de dinero que es contingente. En definitiva, considero que la entidad no tiene que informar ni evaluar en beneficio del consumidor la cifra de probabilidad de que su demanda fuera estimada, porque el riesgo jurídico no forma parte de la carga que integra el deber de información. Pero tampoco puede ocultar la realidad ni minimizar el riesgo, porque ambas conductas hacen no transparente la transacción. En segundo lugar, la información para calcular las cantidades renunciadas era una información disponible. Es irrazonable exigir al empresario que instruya al cliente tanto de la cantidad que eventualmente habría de devolver al consumidor como de los datos necesarios para su cálculo, pues es una información disponible. El prestamista únicamente debería rendir cuentas de cuánto ha cobrado por intereses en cada amortización y en cuál de ellas aplicó una cláusula suelo. Finalmente, dada la naturaleza de la transacción, es imposible que el consumidor pudiera tener conocimiento cierto sobre las cantidades a las que renunciaba, pues, por esencia, el objeto de la transacción es cosa dudosa. Si el consumidor estuviera plenamente informado de cuánto le iba a devolver exactamente un tribunal, no hubiera transigido, porque tendría entonces toda la información existente que le permitirían salir del estado de incertidumbre que es inherente a toda transacción.

9. Nótese que cuando la jurisprudencia declara nula la cláusula de renuncia, el resultado es un contrato parcialmente nulo que no se corresponde con la voluntad común de las partes ni con la naturaleza del contrato transacción. Esta suerte de nulidad parcial tampoco respeta al sinalagma contractual, y quebranta la causa onerosa y concreta del contrato de transacción formalizado. Por tanto, podría concluirse que la transacción no puede subsistir, en un sentido objetivo, por lo que podría integrarse el contrato o, en rigor, interpretarlo conforme al artículo 1815 CC. Esto supondría que no podría declararse nula la cláusula suelo. Con todo, podría afirmarse que la suerte de nulidad parcial a la que llega la referida jurisprudencia no crea una situación tan perjudicial o inequitativa para el predisponente como la que provoca la nulidad parcial del préstamo hipotecario tras la declaración de abusividad de las cláusulas de intereses moratorios o de vencimiento anticipado. En estos casos, si el contrato no se recompone, el acreedor, a pesar de un incumplimiento flagrante del consumidor, no puede pedir ningún tipo de indemnización por el retraso ni resolver el contrato por incumplimiento para solicitar la restitución del capital y los intereses prestados e impagados. Mas en nuestro caso, la nulidad par-

cial de la transacción tiene como consecuencia que el banco conserva los intereses que de cara al futuro le proporcionará la nueva cláusula suelo, y aunque la vieja sea declarada nula, la entidad solo tiene que restituir importes hasta la fecha de formalización de la novación. Por consiguiente, cuanto más perjuicio cause al empresario la nulidad de la cláusula y la subsistencia (parcial) del contrato, menos obstáculos se pondrán para la recomposición del contrato.

10. De la jurisprudencia no se desprende con claridad cuál es la consecuencia jurídica de la falta de transparencia. Parece que la postura que tiene mayor consenso es la que sostiene que la falta de transparencia de una cláusula que regula un elemento esencial del contrato es una condición necesaria para llevar a cabo el control de abusividad. Con todo, también se sostiene que la cláusula suelo no transparente provoca un perjuicio al consumidor, consistente en la imposibilidad de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener el préstamo con cláusula suelo en el caso de bajada del índice de referencia. Asimismo, la falta de transparencia o la ausencia de información sobre la cláusula multidivisa perjudica al consumidor, porque oculta graves riesgos para este, como la no disminución del capital a medida que se van abonando las cuotas de amortización comprensivas de capital e intereses. Es decir, la falta de transparencia será una causa autónoma de nulidad siempre que pueda argumentarse que dicha falta de transparencia provoca al consumidor un perjuicio, o porque le coloca en una situación desventajosa. El nuevo artículo 83. II TRLGDCU parece transitar por este camino, pues de él se desprende que es nula la cláusula incorporada al contrato de forma no transparente en perjuicio del consumidor. En este sentido, la jurisprudencia entiende que la falta de transparencia de la cláusula de renuncia, aunque referida *al caput controversum*, no es beneficiosa para el consumidor, por lo que dicha cláusula debe ser declarada abusiva. Probablemente esta jurisprudencia considera que una renuncia de derechos no transparente no reúne las condiciones precisas para asegurar su validez, dada la interpretación restrictiva que hace el propio Tribunal de las renunciaciones, y más si no tienen contraprestación.

## BIBLIOGRAFÍA

- AGÜERO ORTIZ, Alicia: «El control de transparencia de las cláusulas relativas a índices de referencia y sus efectos El IRPH en la llamada jurisprudencia menor tras la STJUE 3.3.2020», *Indret*, núm. 2, 2022, pp. 52 a 115.
- «Análisis jurisprudencial de la evolución del control de transparencia de las cláusulas suelo», *Revista CESCO De Derecho De Consumo*, núm. 36, 2020, pp. 90-103.

- «STJUE 9 de julio de 2020 sobre los acuerdos novatorios de cláusulas suelo: pocas novedades en el horizonte», *Blog CESCO*, 2020, [http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/STJUE\\_de\\_9.7.2020\\_sobre\\_los\\_acuerdos\\_novatorios\\_en\\_clausulas\\_suelo\\_pocas\\_novedades\\_en\\_el\\_horizonte.pdf](http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/STJUE_de_9.7.2020_sobre_los_acuerdos_novatorios_en_clausulas_suelo_pocas_novedades_en_el_horizonte.pdf).
- «Ámbito de aplicación subjetivo y objetivo», en *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario* (Dir.: Carrasco Perera, Á.), Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 105-173.
- «Cláusula suelo transparente por quedar probado que el consumidor tuvo un conocimiento de la misma: ¿Existe alguna diferencia entre el control de transparencia y la evaluación del consentimiento?», *Revista CESCO De Derecho De Consumo*, núm. 21, 2017, pp. 171-179.
- AGÜERO ORTIZ, Alicia, y VALENCIA CUENCA, Laura María: «El TS declara la nulidad de acuerdos de novación de préstamos hipotecarios con cláusula suelo», *Blog CESCO*, 2017 <http://www.centrodeestudiosdeconsumo.com/index.php/2-principal/3247-el-ts-declara-la-nulidad-de-acuerdos-de-novaci%C3%B3n-de-pr%C3%A9stamos-hipotecarios-con-cl%C3%A1usula-suelo>.
- ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen: «Los parámetros de control de las cláusulas suelo en préstamos bancarios con empresarios en la jurisprudencia reciente», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 7, 2017, formato electrónico.
- «Las RRDGRN de 27 de octubre y 10 de diciembre de 2015 abogan (de nuevo) por una interpretación extensiva o *pro-consumatore* en relación con la exigibilidad de la expresión manuscrita del art. 6 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo», *La Ley*, núm. 174, 2016, formato electrónico.
- «La repercusión de la nulidad dentro y fuera del contrato», en *Cuadernos de Derecho Judicial. En negocio jurídico. La ineficacia del contrato*, (Dir.: Ferrándiz Gabriel), Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1994, pp. 62-108.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús: «La transacción que tiene por objeto una cláusula-suelo», *Blog Derecho Mercantil*, 2020 <https://derechomercantilespana.blogspot.com/2020/07/la-transaccion-que-tiene-por-objeto-una.html>.
- «La próxima sentencia del Tribunal Supremo sobre las cláusulas-suelo», *Almacén de Derecho*, 2017, <http://almacendederecho.org/la-proxima-sentencia-del-tribunal-supremo-las-clausulas-suelo>.
- «El control de adecuación entre el precio y prestación en el ámbito de las cláusulas predispuestas», en *I Foro de Jueces y Profesores de Derecho Mercantil. Universidad Pompeu Fabra* (Dir.: Massaguer, J.), Barcelona, 2008, formato electrónico.
- «Comentario al artículo 1 LCGC», en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales* (Dir.: Díez-Picazo, L.), Civitas, Madrid, 2003, pp. 97-142.
- *Las condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid, 1991.
- ÁLVAREZ MORENO, Teresa: «Comentario al artículo 249 CC», en *Comentarios al Código Civil* (Coord.: Bercovitz Rodríguez-Cano, R.), Cizur Menor, Aranzadi, 2021, formato electrónico.
- BASOZABAL ARRUE, Xavier: «Resolución y restitución», en *Estudios de Derecho de Contratos* (Dir.: Morales Moreno, A.), vol. 1, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2022, pp. 57-90.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Comentario al artículo 1 LCGC», en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la contratación* (Coord.: él mismo), Aranzadi, 1999, pp. 23-36.
- «Comentario al artículo 8 LCGC», en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la contratación* (Coord.: él mismo), Aranzadi, 1999, pp. 259-270.

- CÁMARA LAPUENTE, Sergio: «La STJUE de 9 de julio de 2020 (C-452/18) sobre novaciones y renunciaciones relacionadas con las cláusulas suelo: ¿negociar o consentir?», *Almacén de Derecho*, 2020, <https://almacendederecho.org/la-stjue-9-julio-2020-c-452-18-sobre-novaciones-y-renunciaciones-relacionadas-con-las-clausulas-suelo-negociar-o-consentir>.
- «Un examen crítico de la STJUE de 21 de diciembre de 2016», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, núm. 1, 2017, pp. 383-395.
- «Doce tesis sobre la STJUE de 21 de diciembre de 2016: Su impacto en la jurisprudencia del TJUE y del TS, no sólo sobre la retroactividad de la nulidad de las cláusulas suelo», *InDret*, núm. 1, 2017, formato electrónico.
- «Transparencias, desequilibrios e ineficacias en el régimen de las cláusulas abusivas», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 2015, pp. 549-643.
- CARRASCO PERERA, Ángel: *Derecho de contratos*, Cizur Menor, Civitas, 2021, formato electrónico.
- «Comentario al artículo 1809 CC», en *Comentarios al Código Civil* (Coord.: Bercovitz Rodríguez-Cano, R.), Cizur Menor, Aranzadi, 2021 (a), formato electrónico.
- «Comentario al artículo 1815 CC», en *Comentarios al Código Civil* (Coord.: Bercovitz Rodríguez-Cano, R.), Cizur Menor, Aranzadi, 2021 (b), formato electrónico.
- «Comentario al artículo 1816 CC», en *Comentarios al Código Civil* (Coord.: Bercovitz Rodríguez-Cano, R.), Cizur Menor, Aranzadi, 2021 (c), formato electrónico.
- «Comentario al artículo 1817 CC», en *Comentarios al Código Civil* (Coord.: Bercovitz Rodríguez-Cano, R.), Cizur Menor, Aranzadi, 2021 (c), formato electrónico.
- «Novaciones y transacciones sobre tipos de interés usurario. Otra vez contra una tendencia equivocada», *Revista CESCO De Derecho De Consumo*, núm. 40, 2021, pp. 54-64.
- «No es lo mismo una transacción transparente con consumidores que una transacción negociada con el consumidor», *Gomez-Acebo y Pombo*, 2021, <https://www.ga-p.com/publicaciones/no-es-lo-mismo-una-transaccion-transparente-con-consumidores-que-una-transaccion-negociada-con-el-consumidor/>.
- «Transparencia y control de abusividad en la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo 60, 2020, pp. 289-317.
- «Transacciones sobre cláusula suelo», *Blog CESCO*, 2020, <http://centrodeestudiosdeconsumo.com/index.php/2-principal/5051-transacci%C3%B3n-sobre-cl%C3%A1usula-suelo>.
- «Bye, Bye, control de transparencia en demandas sobre condiciones generales instadas por asociaciones de consumidores», *Gomez-Acebo y Pombo*, 2020, <https://www.ga-p.com/publicaciones/bye-bye-control-de-transparencia-en-demandas-sobre-condiciones-generales-instadas-por-asociaciones-de-consumidores>.
- «Sentencia europea intransparente sobre una transacción transparente de una cláusula suelo supuestamente intransparente. La jerga de la STJUE de 9 julio de 2020», *Blog CESCO*, 2020 (a), <http://centrodeestudiosdeconsumo.com/index.php/2-principal/4745-sentencia-europea-intransparente-sobre-una-transacci%C3%B3n-transparente-de-una-cl%C3%A1usula-suelo-supuestamente-intransparente-la-%E2%80%9Cjerga%E2%80%9D-de-la-stjue-9-julio-2020>.

- «Préstamos inmobiliarios en moneda extranjera», en *Comentarios a la Ley de Contrato de Crédito Inmobiliario* (Dir.: él mismo), Aranzadi, 2019, formato electrónico.
- «Régimen de condiciones generales de la contratación en los contratos de crédito inmobiliario», en *Comentarios a la Ley de Contrato de Crédito Inmobiliario* (Dir.: él mismo), Aranzadi, 2019 (a), formato electrónico.
- «Validez de las novaciones transaccionales de préstamos hipotecarios con cláusula suelo. Una buena sentencia de casación», *Blog CESCO*, 2018, <http://centrodeestudiosdeconsumo.com/index.php/2-principal/3548-validez-de-las-novaciones-transaccionales-de-pr%C3%A9stamos-hipotecarios-con-cl%C3%A1usula-suelo-una-buena-sentencia-de-casaci%C3%B3n-2>.
- «Sobre las novaciones de préstamos hipotecarios con cláusula suelo», *Blog CESCO*, 2017, <http://centrodeestudiosdeconsumo.com/index.php/2-principal/3138-sobre-las-novaciones-de-pr%C3%A9stamos-hipotecarios-con-cl%C3%A1usulas-suelo>.
- «La acción para reclamar intereses pagados en virtud de una cláusula suelo esta prescrita cuando han transcurrido cuatro años desde que el contrato de préstamo hipotecario ha sido consumado y cancelado», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 21, 2017, pp. 90-105.
- «Invalidez e ineficacia en los contratos con consumidores», en *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución* (Coord.: Delgado Echeverría, J.), Cizur Menor, Aranzadi, 2007, pp. 163-192.
- COLÁS ESCANDÓN, Ana María: «Comentario al artículo 1311 CC», en *Comentarios al Código Civil* (Coord.: Bercovitz Rodríguez-Cano, R.), Cizur Menor, Aranzadi, 2013, formato electrónico.
- «Comentario al artículo 1312 CC» en *Comentarios al Código Civil* (Coord.: Bercovitz Rodríguez-Cano, R.), Cizur Menor, Aranzadi, 2013 (a), formato electrónico.
- COLLINS, Hugh: «Good Faith in European Contract Law», *Oxford Journal of Legal Studies*, núm. 2, pp. 229-254, 1994.
- CORDERO LOBATO, Encarna: «Parte tercera. La hipoteca inmobiliaria», en *Tratado de los Derechos de garantía* (Dir.: Carrasco Perera, Á), Aranzadi, Cizur Menor, 2015, formato electrónico.
- CLAVERÍA GOSÁLVEZ, Luis Humberto, *La confirmación del contrato anulable*, Publicaciones Real Colegio de España, Bolonia, 1977.
- CLEMENTE MEORO, Mario: *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico: «Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes», *Anuario de Derecho Civil*, fasc. 2, 1961, pp. 295-342.
- *El negocio Jurídico*, Civitas, Madrid, 1985.
- DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús: «Comentario al artículo 1310 CC», en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales* (Dirs.: Albaladejo García M., y Díaz Alabart, S.), Edersa, Madrid, 1982, formato electrónico.
- «Comentario al artículo 1309 CC», en *Comentario al Código Civil* (Dirs.: Paz-Ares Rodríguez, C., Bercovitz Rodríguez-Cano, R., Díez-Picazo, L., y Salvador Coderech, P.), Cizur menor, Aranzadi, 2015, formato electrónico.
- «Comentario al artículo 1311 CC», en *Comentario al Código Civil* (Dirs.: Paz-Ares Rodríguez, C., Bercovitz Rodríguez-Cano, R., Díez-Picazo, L., y Salvador Coderech, P.), Cizur menor, Aranzadi, 2015 (a), formato electrónico.
- «Comentario al artículo 1313 CC», en *Comentario al Código Civil* (Dirs.: Paz-Ares Rodríguez, C., Bercovitz Rodríguez-Cano, R., Díez-Picazo, L., y Salvador Coderech, P.), Cizur menor, Aranzadi, 2015 (b), formato electrónico.

- DEL SAZ DOMÍNGUEZ, Lucía: «La determinación de los honorarios profesionales del abogado», *Blog CESCO*, 2020, <http://centrodeestudiosdeconsumo.com/index.php/2-principal/4713-la-determinaci%C3%B3n-de-los-honorarios-profesionales-del-abogado>.
- «Por segunda vez, una cláusula suelo es transparente para el TS», *Blog CESCO*, 2019, <http://www.centrodeestudiosdeconsumo.com/index.php/2-principal/4068-por-segunda-vez,-una-cl%C3%A1usula-suelo-es-transparente-para-el-tribunal-supremo>.
- DÍEZ GARCÍA, Helena: «Ampliación y novación de préstamo hipotecario», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 106, 2018, formato electrónico.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, t. I, Civitas, Madrid, 2007, formato electrónico.
- *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, t. IV, Civitas, Madrid, 2010, formato electrónico.
- FENOY PICÓN, Nieves: «El control de transparencia (material) en la cláusula suelo: su análisis a través de la jurisprudencia del tribunal de Justicia Europeo, de la doctrina científica española, y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Anuario Derecho Civil*, fasc. 3, 2018, pp. 855-1049.
- GARCÍA DEL CORRAL, Ildelfonso: *Cuerpo del Derecho Civil. Instituta-Digesto*, Consejo de Ciento, Barcelona, 1889.
- GARCÍA HERNANDO, Jose Antonio: «Contradicciones y debilidades de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre cláusulas suelo incorporadas a préstamos hipotecarios formalizados con empresarios o profesionales», *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 55, 2021, formato electrónico.
- *La jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre los contratos de cobertura de tipos de interés. Una solución que «fuerza» la doctrina sobre el error en el consentimiento*, Bosch, las Rozas (Madrid), 2020.
- GARCÍA VICENTE, José Ramón: «De la nulidad de los contratos», en *Comentarios al Código Civil* (Coord.: Bercovitz Rodríguez-Cano, R.), Valencia, Tirant, 2013, formato electrónico.
- «Comentario al artículo 1289 CC», en *Comentarios al Código Civil* (Coord.: Bercovitz Rodríguez-Cano, R.), Valencia, Tirant, 2013, formato electrónico.
- GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen, Ángel María: «La novación y modificación del contrato: evolución y configuración actual», en *Estudio sobre Derecho de contratos* (Dir.: Morales Moreno, A.), vol.1, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2022, pp. 413-433.
- GÓNZALEZ PACANOWSKA, Isabel: «Condiciones Generales de la Contratación», en *Estudios de Derecho de Contratos* (Dir.: Morales Moreno, A.), vol. 1, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2022, pp. 435-474.
- «Comentario al artículo 80 TRLGDCU», en *Comentarios del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias: Real Decreto Legislativo 1/2007* (Coord.: Bercovitz, Rodríguez-Cano, R.) Aranzadi, Cizur Menor, 2015, formato electrónico.
- «Comentario al artículo 82 TRLGDCU», en *Comentarios del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias: Real Decreto Legislativo 1/2007* (Coord.: Bercovitz, Rodríguez-Cano, R.) Aranzadi, Cizur Menor, 2015 (a), formato electrónico.
- «Comentario al artículo 5 LCGC», en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (Coord.: Bercovitz Rodríguez-Cano, R.), Aranzadi, Elcano, 2000, pp. 139-192.

- «Comentario al artículo 7 LCGC», en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (Coord.: Bercovitz Rodríguez-Cano), Aranzadi, Elcano, 2000 (a), pp. 135-258.
- GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: «Comentario al artículo 1809 CC», en *Comentario al Código Civil* (Dir.: Paz-Ares Rodríguez, C., Bercovitz Rodríguez-Cano, R., Díez-Picazo, L., y Salvador Coderech, P.), Cizur menor, Aranzadi, 2015, formato electrónico.
- «Comentario al artículo 1815 CC», en *Comentario al Código Civil* (Dir.: Paz-Ares Rodríguez, C., Bercovitz Rodríguez-Cano, R., Díez-Picazo, L., y Salvador Coderech, P.), Cizur menor, Aranzadi, 2015 (a), formato electrónico.
- «Comentario al artículo 1817 CC», en *Comentario al Código Civil* (Dir.: Paz-Ares Rodríguez, C., Bercovitz Rodríguez-Cano, R., Díez-Picazo, L., y Salvador Coderech, P.), Cizur menor, Aranzadi, 2015 (b), formato electrónico.
- *La transacción*, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1964.
- «La confirmación», *Anuario Derecho Civil*, fasc. 4, 1960, pp. 1195-1120.
- GUTIÉRREZ SANTIAGO, Pilar: «Comentario al artículo 1203 CC», en *Comentarios al Código Civil* (Coord.: Bercovitz Rodríguez-Cano, R.), Cizur Menor, Aranzadi, 2021, formato electrónico.
- «Comentario al artículo 1207 CC», en *Comentarios al Código Civil* (Coord.: Bercovitz Rodríguez-Cano, R.), Cizur Menor, Aranzadi, 2021 (a), formato electrónico.
- «Comentario al artículo 1208 CC», en *Comentarios al Código Civil* (Coord.: Bercovitz Rodríguez-Cano, R.), Cizur Menor, Aranzadi, 2021 (b), formato electrónico.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel María: «Ineficacia del contrato por invalidez: el binomio nulidad-anulabilidad, líneas generales», en *Estudio sobre Derecho de contratos* (Dir.: Morales Moreno, A.), vol.1, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2022, pp. 575-598.
- «Comentario al artículo 1284 CC», *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales* (Dir.: Albaladejo García M., y Díaz Alabart, S.), Edersa, Madrid, 1982, formato electrónico.
- «Comentario al artículo 1289 CC», *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales* (Dir.: Albaladejo García M., y Díaz Alabart, S.), Edersa, Madrid, 1982, formato electrónico.
- MANRESA Y NAVARRO, José María: *Comentarios al Código Civil*, t. VIII, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1907.
- MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús: «La STJUE de 9 de julio de 2020 relativa a la validez del acuerdo novatorio sobre la cláusula suelo, ¿corrige la doctrina sentada en la STS de 11 de abril de 2018?», *Blog CESCO*, 2020, <http://centrodeestudiosdeconsumo.com/index.php/2-principal/4762-la-stjue-de-9-de-julio-de-2020-relativa-a-la-validez-del-acuerdo-novatorio-sobre-la-cl%C3%A1usula-suelo-%C2%BFcorrige-la-doctrina-sentada-en-la-sts-de-11-de-abril-de-2018>.
- *El acuerdo novatorio sobre la cláusula suelo del préstamo hipotecario. Un análisis desde la Directiva 93/13 de cláusulas abusivas*, Reus, Madrid, 2019.
- MARTÍN FABÁ, José María: «Falta de transparencia de una cláusula suelo reducida por ausencia de expresión manuscrita», *Blog CESCO*, 2022, [http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Falta\\_de\\_transparencia\\_de\\_una\\_clausula\\_suelo\\_reducida\\_por\\_ausencia\\_de\\_expresion\\_manuscrita.pdf](http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Falta_de_transparencia_de_una_clausula_suelo_reducida_por_ausencia_de_expresion_manuscrita.pdf)
- «Hacia una integración que sirva para restablecer el equilibrio contractual», *Blog CESCO*, 2021, <http://centrodeestudiosdeconsumo.com/index.php/2-principal/5415-hacia-una-integraci%EF%BF%BDn-que-sirva-para-restablecer-el-equilibrio-contractual>

- «Transacciones sobre préstamos hipotecarios con cláusulas suelo: la opinión del Abogado General», *Blog CESCO*, 2020, <http://centrodeestudiosdeconsumo.com/index.php/2-principal/4448-transacciones-sobre-pr%C3%A9stamos-hipotecarios-con-cl%C3%A1usulas-suelo-la-opini%C3%B3n-del-abogado-general>.
- MARTÍNEZ ESPIN, Pascual: «¿Qué pasó con las cláusulas suelo? Análisis de las recientes sentencias del Tribunal Supremo» *Revista CESCO De Derecho De Consumo*, núm. 40, 2021, pp. 90-100.
- *El control de transparencia de condiciones generales en los contratos de préstamo hipotecario*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020, formato electrónico.
- «El tipo máximo de los intereses moratorios a efectos de responsabilidad hipotecaria podrá ser inferior, igual o superior en más de dos puntos al tipo máximo de los intereses remuneratorios», *Revista CESCO De Derecho De Consumo*, núm. 22, 2017, pp. 108-116.
- MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia: «Control de transparencia, cláusulas abusivas y consentimiento contractual. Reflexiones a partir de la última jurisprudencia del TS sobre novación y transacción de cláusulas suelo», *Revista de Derecho Civil*, núm.1, 2019, pp. 361-397.
- MARTÍNEZ GOMEZ, Sheila: «La entrega de información precontractual con suficiente antelación como parámetro de validez de la cláusula Suelo», *Blog CESCO*, 2021, La entrega de información precontractual con suficiente antelación como parámetro de validez de la cláusula suelo (centrodeestudiosdeconsumo.com).
- MATO PACÍN, Natalia: *Cláusulas Abusivas y empresario adherente*, Colección Derecho Privado Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2017.
- MIQUEL GONZÁLEZ, José María: «Comentario artículos 80 a 91 TRLGDCU», en *Comentarios a las normas de protección de los consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea* (Dir.: Cámara Lapuente, S.), Madrid, Colex, 2011, pp. 696-954.
- «La nulidad de las condiciones generales», en *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución* (Coord.: Delgado Echeverría, J.), Cizur Menor, Aranzadi, 2007, pp. 193-221.
- «Comentario artículo 8 LCGC», en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales* (Dir.: Díez-Picazo, L.), Civitas, 2002, pp. 428-482.
- «Comentario disposición adicional 1.ª 3 LCGC», en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales* (Dir.: Díez-Picazo, L.), Civitas, 2002 (a), pp. 893-964.
- MIRANDA SERRANO, Luis María: «El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predisuestas en la contratación bancaria», *Indret*, núm. 8, 2018, formato electrónico.
- MORALES MORENO, Antonio Manuel: «El control de abusividad de las cláusulas de vencimiento anticipado del crédito hipotecario por falta de pago», *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel* (Coord.: Díez-Picazo, L.) vol. 2, Pamplona, Aranzadi, 2014, pp. 1957-1993.
- «Comentario a los artículos 1269 y 1270 CC», en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales* (Dir.: Albaladejo García M., y Díaz Alabart, S.), Edersa, Madrid, 1982, formato electrónico.
- OGAYAR AYLLÓN, Tomás: «Comentario al artículo 1809 CC», en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales* (Dir.: Albaladejo García M., y Díaz Alabart, S.), Edersa, Madrid, 1982, formato electrónico.
- «Comentario al artículo 1815 CC», en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales* (Dir.: Albaladejo García M., y Díaz Alabart, S.), Edersa, Madrid, 1982 (a), formato electrónico.

- PAGADOR LÓPEZ, Javier: «Las cláusulas suelo en la contratación entre empresarios y profesionales. Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2016», en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 301, 2016, pp. 405-427.
- PALOMINO MORALED A, H., «Extensión al contrato de crédito de la nulidad del contrato de adquisición del producto financiero», *Blog CESCO*, 2022, [centrodeestudiosdeconsumo.com](http://centrodeestudiosdeconsumo.com).
- *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas la Ley de condiciones generales de la contratación de 1998*, Marcial Pons, 1999.
- PANTALEÓN PRIETO, Fernando: «Las transacciones sobre cláusulas suelo», *Almacén de Derecho*, 2020, <https://almacenederecho.org/las-transacciones-sobre-clausulas-suelo>.
- Transparencia material y cláusulas predispuestas accesorias, *Almacén de Derecho*, 2020 (a), <https://almacenederecho.org/transparencia-material-y-clausulas-predispuestas-accesorias>.
- «Sobre la transparencia material de cláusulas predispuestas de lege lata y de lege ferenda» *Almacén de Derecho*, 2020 (b), <https://almacenederecho.org/sobre-la-transparencia-material-de-clausulas-predispuestas-de-lege-lata-y-de-lege-ferenda>
- «8 preguntas y respuestas sobre la transparencia material de las cláusulas predispuestas», *Almacén de Derecho*, 2020 (c), <https://almacenederecho.org/8-preguntas-y-respuestas-sobre-la-transparencia-material-de-las-clausulas-predispuestas>.
- «A propósito de las Conclusiones del Abogado General en el asunto de las transacciones sobre las cláusulas suelo», *Almacén de Derecho*, 2020 (d), <https://almacenederecho.org/a-proposito-de-las-conclusiones-del-abogado-general-en-el-asunto-de-las-transacciones-sobre-las-clausulas-suelo>.
- «La comisión de apertura, el Tribunal de Justicia y el Tribunal Supremo (y II)», *Almacén de Derecho*, 2020 (e) <https://almacenederecho.org/la-comision-de-apertura-el-tribunal-de-justicia-y-el-tribunal-supremo-y-ii>
- «10 tesis sobre la falta de transparencia de las cláusulas referidas a los elementos esenciales del contrato», *Almacén de Derecho*, 2017, <https://almacenederecho.org/10-tesis-la-falta-transparencia-las-clausulas-referidas-los-elementos-esenciales-del-contrato>.
- PASQUAU LIAÑO, Miguel: «Comentario al artículo 8 LCGC», en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (Coord.: Bercovitz Rodríguez-Cano, R.), Cizur Menor, Aranzadi, 2000, pp. 271-312.
- «Comentario al artículo 10 bis.2 LGDCU», en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (Coord.: Bercovitz Rodríguez-Cano, R.), Cizur Menor, Aranzadi, 2000 (a), pp. 771-794.
- *Nulidad y anulabilidad*, Madrid, Civitas, 1997.
- PAZOS CASTRO, Ricardo: «Transparency in contracts with consumers. A new beginning?», *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 112, formato electrónico, 2018.
- *El control de las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017.
- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Francisco: «Control de la transparencia y acciones de cesación: Comentario a la STS de 7 de julio de 2020 (RJ 2020, 2298)», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 115, 2021, formato electrónico.
- «Requisitos de incorporación y control de transparencia en contratos de préstamo con empresarios personas físicas «Comentario a la STS de 20 de enero de 2020», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 114, 2020, formato electrónico.

- *La nulidad de las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios*, Tirant lo Blanch, 2017.
- «Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario», *Indret*, núm. 3, 2013, formato electrónico.
- *Las cláusulas abusivas por un defecto de Transparencia*, Cizur Menor, Aranzadi, 2004.
- RUIZ ARRANZ, Antonio Ismael: «Restitución derivada de la nulidad de las condiciones generales de la contratación en contratos con consumidores. Una necesaria reordenación dogmática», *Indret*, núm. 1, 2022, pp. 56-141.
- RUIZ MUÑOZ, Miguel: «La nulidad parcial del contrato y la defensa de los consumidores en el derecho francés», *Anuario de Derecho Civil*, fasc. 1, 1991, pp. 317-338.
- RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel: «Acuerdos transaccionales sobre cláusulas presuntamente abusivas en los préstamos hipotecarios», *Revista de Derecho bancario y bursátil*, núm. 150, 2018, formato electrónico.
- RODRÍGUEZ MORATA, Federico: «Comentario art. 1809 CC», en *Comentarios al Código Civil* (Dir.: Bercovitz Rodríguez-Cano, R.), Valencia, Tirant, 2013, formato electrónico.
- «Comentario art. 1815 CC», en *Comentarios al Código Civil* (Dir.: Bercovitz Rodríguez-Cano), Valencia, Tirant, 2013 (a), formato electrónico.
- ROYO MARTÍNEZ, Miguel: «Los contratos de adhesión», *Anuario de Derecho Civil*, fasc. 1, 1949, pp. 54-70.
- SÁNCHEZ RUIZ DEL VALDIVIA, Inmaculada: *Abusividad y transparencia en la contratación predispuesta con consumidores, y también con autónomos y empresarios (Pymes)*, Cizur menor, Aranzadi, 2021, formato electrónico.
- «Retroactividad sin límites y abusividad ponderada de las cláusulas suelo declaradas nulas en las SSTJUE 21 diciembre 2016 y 26 enero 2017», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 105, 2017.
- «El control de transparencia y control de contenido en los contratos celebrados entre empresarios/as (autónomos, microempresas y Pymes): una quimera cada día más cerca de la realidad», *Revista Cuadernos Civitas Jurisprudencia Civil*, núm. 105, 2017 (a).
- «Es necesario repensar la contratación de préstamos hipotecarios entre empresarios (autónomos y pymes)», *Revista Crítica Derecho Inmobiliario*, núm. 748, 2015, pp. 681-732.
- SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís: *La novación de las obligaciones*, Barcelona, Nauta, 1964.
- «Comentario al artículo 1207 CC», en *Comentario al Código Civil* (Dirs.: Paz-Ares Rodríguez, C., Bercovitz Rodríguez-Cano, R., Díez-Picazo, L., y Salvador Coderech, P.), Cizur menor, Aranzadi, 2015, formato electrónico.
- «Comentario al artículo 1208 CC», en *Comentario al Código Civil* (Dirs.: Paz-Ares Rodríguez, C., Bercovitz Rodríguez-Cano, R., Díez-Picazo, L., y Salvador Coderech, P.), Cizur menor, Aranzadi, 2015 (a), formato electrónico.
- SARAZA JIMENA, Rafael: «La nulidad de los contratos de adhesión», en *Negocio Jurídico. La ineficacia del contrato*, Madrid, Cuadernos de Derecho Judicial, 1994, pp. 11-58.
- TAMAYO HAYA, Silvia: «Comentario al artículo 1809 CC», *Código Civil Comentado* (Dirs.: Cañizares Laso, A., De Pablo Contreras, P., Orduña Moreno, F. J., Valpuesta Fernández, R.) Cizur Menor, Civitas, 2016, formato electrónico.
- «Comentario al artículo 1817 CC», *Código Civil Comentado* (Dirs.: Cañizares Laso, A., De Pablo Contreras, P., Orduña Moreno, F. J., Valpuesta Fernández, R.) Cizur Menor, Civitas, 2016 (a), formato electrónico.

- «El contrato de transacción principales líneas de su evolución histórica», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 57, fasc. 3, 2004, pp. 1105-1146.
- *El contrato de transacción*, Madrid, Civitas, 2002.
- TENZA LLORENTE, María: *La tutela del deudor y del garante hipotecario en la contratación de préstamos inmobiliarios. El ámbito de aplicación de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario*, Cizur Menor, Aranzadi, 2022, formato electrónico.
- TOMILLO URBINA, Jorge: «Algunas cuestiones de abusividad en préstamos hipotecarios», *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 55, 2021, formato electrónico.
- TUGORES QUES, Juan: «Sobre el IRPH y la desconfianza en el sistema financiero», *The conversation*, 2019, <https://theconversation.com/sobre-el-irph-y-la-desconfianza-en-el-sistema-financiero-123726>.
- VAQUER ALOY, Antoni: «El control de transparencia», en *Estudios de Derecho de Contratos* (Dir.: Morales Moreno, A.), vol. 2, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2022, pp. 1307-1322.
- VAQUERO PINTO, María Jose: «Comentario al artículo 1300 CC», en *Comentarios al Código Civil* (Coord.: Bercovitz Rodríguez-Cano, R.), Cizur Menor, Aranzadi, 2021, formato electrónico.
- ZIMMERMANN, Reinhard: *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, 1.ªed, Juta and Co. Ltd., Cape Town, 1990 (reimpresión 1992).

## SENTENCIAS, AUTOS Y RESOLUCIONES

### Sentencias Tribunal Supremo (Sala 1.ª)

STS 581/2022, de 26 julio, P. Ignacio Sancho Gargallo (JUR 2022\261082).

ATS de 29 junio 2022, P. Pedro José Vela Torres (ECLI: ES: TS:2022:10478A).

STS 487/2022, de 16 de junio, P. Ignacio Sancho Gargallo (ECLI: ES: TS:2022:2337).

STS 482/2022, de 14 de junio, P. Juan María Díaz Fraile (ECLI: ES: TS:2022:2339).

STS 469/2022, de 6 de junio, P. José Luis Seoane Spielberg (ECLI: ES: TS:2022:2148).

STS 467/2022, de 6 de junio, P. María de los Ángeles Parra Lucán (JUR 2022\203584).

STS 468/2022, de 6 de junio, P. José Luis Seoane Spiegelberg (ECLI: ES: TS:2022:2155).

STS 424/2022, de 25 de mayo, P. Juan María Díaz Fraile (ECLI: ES: TS:2022:2079).

STS 423/2022, de 25 de mayo, P. Ignacio Sancho Gargallo (ECLI: ES: TS:2022:2081).

STS 407/2022, de 25 de mayo, P. Rafael Saraza Jimena (ECLI: ES: TS:2022:1947).

STS 366/2022, de 4 de mayo, P. Juan María Díaz Fraile (ECLI: ES: TS:2022:1720).

STS 355/2022, de 3 de mayo, P. Pedro José Vela Torres (ECLI: ES: TS:2022:1703).

STS 339/2022, de 1 de mayo, P. Juan María Fraile (ECLI: ES: TS:2022:1838).

STS 312/2022, de 19 de abril, P. Juan María Díaz Fraile (ECLI: ES: TS:2022:1556).

STS 311/2022, de 19 de abril, P. Juan María Díaz Fraile (ECLI: ES: TS:2022:1551).

STS 304/2022, de 19 de abril, P. Juan María Díaz Fraile (ECLI: ES: TS:2022:1549).

STS 303/2022, de 19 de abril, P. Juan María Díaz Fraile (ECLI: ES: TS:2022:1550).

STS 297/2022, de 7 de abril, P. María de los Ángeles Parra Lucán (ECLI: ES: TS:2022:1460).

STS 299/2022, de 7 de abril, P. María de los Ángeles Parra Lucán (JUR 2022\132800).

STS 275/2022, de 30 de marzo, P. Rafael Saraza Jimena (RJ 2022\1482).

STS 246/2022, de 29 de marzo, P. Ignacio Sancho Gargallo (ECLI: ES: TS:2022:1323).

STS 246/2022, de 29 de marzo, P. Ignacio Sancho Gargallo (ECLI: ES: TS:2022:1323).

STS 145/2022, de 23 febrero, P. Ignacio Sancho Gargallo (JUR 2022\98429).

STS 207/2022 de 15 de marzo, P. Antonio García Martínez (RJ 2022\1421).

STS 158/2022, de 1 de marzo, P. Pedro Jose Vela Torres (ECLI: ES: TS:2022:782).

STS 157/2022, de 1 de marzo, P. Juan María Díaz Fraile (ECLI: ES: TS:2022:784).

STS 143/2022, de 22 de febrero, P. Juan María Díaz Fraile (ECLI: ES: TS:2022:664).

STS 139/2022, de 21 de febrero, P. María de los Ángeles Parra Lucán (ECLI: ES: TS:2022:518).

STS 132/2022, de 22 de febrero, P. Juan María Díaz Fraile (ECLI: ES: TS:2022:664).

STS 127/2022 de 18 de febrero, P. Ignacio Sancho Gargallo (JUR 2022\87921).

STS 123/2022, de 16 de febrero, P. Juan María Díaz Fraile (ECLI: ES: TS:2022:620).

STS 118/2022, de 15 de febrero, P. Rafael Saraza Jimena (RJ 2022\91).

STS 91/2022, de 3 de febrero, P. Ignacio Sancho Gargallo (JUR 2022\75854).

STS 67/2022, de 1 de febrero, P. Pedro José Vela Torres (ECLI: ES: TS:2022:359).

STS 65/2022, de 2 de febrero, P. Pedro Jose Vela Torres (ECLI: ES: TS:2022:327).

STS 61/2022, de 2 de febrero, P. Juan María Díaz Fraile (ECLI: ES: TS:2022:329).

STS 60/2022, de 1 de febrero, P. Juan María Díaz Fraile (ECLI: ES: TS:2022:240).

STS 44/2022, de 27 de enero, P. Pedro José Vela Torres (ECLI: ES: TS:2022:240).

STS 43/2022, de 27 de enero, P. Rafael Saraza Jimena (ECLI: ES: TS:2022:154).

STS 19/2022, de 17 enero, P. María de los Ángeles Parra Lucán (RJ 2022\58).

STS 923/2021, de 23 de diciembre, P. Ignacio Sancho Gargallo (ECLI: ES: TS:2021:4772).

STS 918/2021, de 23 de diciembre, P. Ignacio Sancho Gargallo (ECLI: ES: TS:2021:4851).

STS 915/2021, de 23 de diciembre, P. Ignacio Sancho Gargallo (ECLI: ES: TS:2021:4773).

STS 914/2021, de 23 de diciembre, P. Ignacio Sancho Gargallo (ECLI: ES: TS:2021:4770).

STS 898/2021, de 21 de diciembre, P. Ignacio Sancho Gargallo (RJ 2022\104).

STS 893/2021, de 21 de diciembre P. Rafael Saraza Jimena (ECLI: ES: TS: 2021:4742).

STS 882/2021, de 20 de diciembre, P. Rafael Saraza Jimena (ECLI: ES: TS:2021:4570).

STS 877/2021, de 20 de diciembre, P. Rafael Saraza Jimena (ECLI: ES: TS:2021:4568).

STS 876/2021, de 20 de diciembre, P. Rafael Saraza Jimena (ECLI: ES: TS:2021:4573).

STS 835/2021, de 1 de diciembre, P. Ignacio Sancho Gargallo (ECLI: ES: TS: 2021:4393).

STS 827/2021, de 30 de noviembre, P. Ignacio Sancho Gargallo (ECLI: ES: TS:2021:4377).

STS 824/2021, de 30 de noviembre, P. Ignacio Sancho Gargallo (ECLI: ES: TS:2021:4336).

STS 806/2021, de 23 de noviembre, P. Juan María Díaz Fraile (ECLI: ES: TS:2021:4235).

STS 805/2021, de 23 de noviembre, P. Juan María Díaz Fraile (ECLI: ES: TS:2021:4223).

STS 784/2021, de 15 de noviembre, P. Juan María Díaz Fraile (RJ 2021\5340).

STS 767/2021, de 3 de noviembre, P. Rafael Saraza Jimena (ECLI: ES: TS:2021:3965).

STS 766/2021, de 3 de noviembre, P. Rafael Saraza Jimena (ECLI: ES: TS:2021:3964).

STS 765/2021, de 22 de junio, P. Rafael Saraza Jimena (ECLI: ES: TS:2021:2515).

STS 764/2021, de 3 de noviembre, P. Rafael Saraza Jimena (ECLI: ES: TS:2021:3962).

STS 763/2021, de 3 de noviembre, P. Rafael Saraza Jimena (ECLI: ES: TS:2021:3961).

STS 760/2021, de 3 de noviembre, P. Ignacio Sancho Gargallo (ECLI: ES: TS:2021:4063).

STS 756/2021, de 3 de noviembre, P. Ignacio Sancho Gargallo (ECLI: ES: TS:2021:4066).

STS 746/2021, de 2 de noviembre, P. Rafael Saraza Jimena (ECLI: ES: TS:2021:3883).

STS 744/2021, de 2 de noviembre, P. María de los Ángeles Parra Lucán (ECLI: ES: TS:2021:3969).

STS 743/2021, de 2 de noviembre, P. María de los Ángeles Parra Lucán (ECLI: ES: TS:2021:3966).

STS 742/2021, de 2 de noviembre, P. María de los Ángeles Parra Lucán (ECLI: ES: TS:2021:3971).

STS 740/2021, de 2 de noviembre, P. María de los Ángeles Parra Lucán (ECLI: ES: TS:2021:3970).

STS 737/2021, de 2 de noviembre, P. Ignacio Sancho Gargallo (ECLI: ES: TS:2021:3950).

STS 697/2021, de 13 de octubre, P. Ignacio Sancho Gargallo (ECLI: ES: TS:2021:3731).

STS 687/2021, de 8 de octubre, P. Ignacio Sancho Gargallo (ECLI: ES: TS:2021:3635).

STS 685/2021, de 8 de octubre, P. Ignacio Sancho Gargallo (ECLI: ES: TS:2021:3725).

STS 649/2021, de 13 de octubre, P. Ignacio Sancho Gargallo (ECLI: ES: TS:2021:3729).

STS 648/2021, de 28 de septiembre, P. Rafael Saraza Jimena (ECLI: ES: TS:2021:3515).

STS 647/2021, de 28 de septiembre, P. Rafael Saraza Jimena (ECLI: ES: TS:2021:3429).

STS 646/2021, de 28 de septiembre, P. Rafael Saraza Jimena (ECLI: ES: TS:2021:3523).

STS 644/2021, de 28 de septiembre, P. Juan María Díaz Fraile (ECLI: ES: TS:2021:3514).

STS 643/2021, de 28 de septiembre, P. Juan María Díaz Fraile (ECLI: ES: TS:2021:3518).

STS 633/2021, de 27 de septiembre, P. Rafael Saraza Jimena (ECLI: ES: TS:2021:3567).

STS 632/2021, de 27 de septiembre, P. Rafael Saraza Jimena (ECLI: ES: TS:2021:3520).

STS 622/2021, de 22 de septiembre, P. Rafael Saraza Jimena (ECLI: ES: TS:2021:3414).

STS 530/2021, de 13 de agosto, P. Rafael Saraza Jimena (ECLI: ES: TS:2021:2866).

STS 524/2021, de 13 de julio, P. Ignacio Sancho Gargallo (ECLI: ES: TS:2021:2899).

STS 509/2021, de 8 de julio, P. Ignacio Sancho Gargallo (ECLI: ES: TS:2021:2822).

STS 495/2021, de 6 de julio, P. Ignacio Sancho Gargallo (ECLI: ES: TS:2021:2656).

STS 474/2021, de 20 de junio, P. Ignacio Sancho Gargallo (ECLI: ES: TS:2021:2651).

STS 466/2021, de 29 de junio, P. Ignacio Sancho Gargallo (ECLI: ES: TS:2021:2657).

STS 465/2021, de 29 de junio, P. Ignacio Sancho Gargallo (ECLI: ES: TS:2021:2649).

STS 464/2021, de 29 de junio, P. Ignacio Sancho Gargallo (ECLI: ES: TS:2021:2648).

STS 463/2021, de 29 de junio, P. Ignacio Sancho Gargallo (ECLI: ES: TS:2021:2645).

STS 441/2021, de 23 de junio, P. Ignacio Sancho Gargallo (ECLI: ES: TS:2021:2518).

STS 431/2021, de 22 de junio, P. Ignacio Sancho Gargallo (ECLI: ES: TS:2021:2515).

STS 429/2021, de 22 de junio, P. Ignacio Sancho Gargallo (ECLI: ES: TS:2021:2511).

STS 427/2021, de 22 de junio, P. Ignacio Sancho Gargallo (ECLI: ES: TS:2021:2512).

STS 426/2021, de 22 de junio, P. Ignacio Sancho Gargallo (ECLI: ES: TS:2021:2510).

STS 421/2021, de 22 de junio P. Ignacio Sancho Gargallo (ECLI: ES: TS: 2021:2501).

STS 405/2021, de 15 de junio, P. Pedro José Vela Torres (RJ 2021\2841).

STS 403/2021, de 15 de junio P. Rafael Saraza Jimena (RJ 2021\2867).

STS 407/2021, de 15 de junio, P. Ignacio Sancho Gargallo (ECLI: ES: TS:2021:2482).

STS 390/2021, de 8 de junio, P. Rafael Saraza Jimena (RJ 2021\2667).

STS 360/2021, de 25 de mayo, P. Pedro José Vela Torres (RJ 2021\2245).

STS 339/2021, de 18 de mayo, p. Rafael Saraza Jimena (ECLI: ES: TS:2021:1926).

STS 336/2021, de 18 de mayo, P. Rafael Saraza Jimena (ECLI: ES: TS:2021:1933).

STS 325/2021, de 17 de mayo, P. Rafael Saraza Jimena (ECLI: ES: TS:2021:1924).

STS 309/2021, de 12 de mayo, P. Rafael Saraza Jimena (ECLI: ES: TS:2021:1843).

STS 243/2021, de 4 de mayo, P. Juan María Díaz Fraile (ECLI: ES: TS:2021:1622).

STS 242/2021, de 4 de mayo, P. Pedro Jose Vela Torres (ECLI: ES: TS:2021:1618).

STS 241/2021, de 4 de mayo, P. Rafael Saraza Jimena (ECLI: ES: TS:2021:1621).

STS 218/2021, de 20 de abril, P. María de los Ángeles Parra Lucán (RJ 2021\1794).

STS 216/2021, de 20 de abril, P. Juan María Díaz Fraile (ECLI: ES: TS:2021:1451).

STS 208/2021, de 19 de abril, P. Rafael Saraza Jimena (ECLI: ES: TS:2021:1458).

STS 195/2021, de 12 de abril, P. José Luis Seoane Spiegelberg (RJ 2021\1706).

STS 192/2021, de 6 de abril, P. Ignacio Sancho Gargallo (RJ 2021\1483).

STS 162/2021, de 23 de marzo, P. Pedro Jose Vela Torres (ECLI: ES: TS:2021:1103).

STS 132/2021, de 9 de marzo, P. Pedro José Vela Torres (RJ 2021\965).

STS 101/2020, de 12 febrero, P. Pedro José Vela Torres (RJ 2020\329).

STS 99/2021, de 23 de febrero, P. Rafael Saraza Jimena (RJ 2021\779).

STS 86/2021, de 17 de febrero, P. Ignacio Sancho Gargallo (ECLI: ES: TS:2021:529).

STS 80/2021, de 15 de febrero, P. Juan María Díaz Fraile (RJ 2021\449).

STS 68/2021, de 9 de febrero, P. Juan María Díaz Fraile (ECLI: ES: TS:2021:384).

STS 63/2021, de 9 de febrero, P. Juan María Díaz Fraile (ECLI: ES: TS:2021:388).

STS 49/2021, de 4 de febrero, P. Ignacio Sancho Gargallo (ECLI: ES: TS:2021:468).

STS 34/2021, de 26 de enero, P. Pedro José Vela Torres (ECLI: ES: TS:2021:121).

STS 32/2021, de 23 de enero, P. Rafael Saraza Jimena (ECLI: ES: TS:2021:125).

STS 676/2020, de 15 de diciembre, P. Ignacio Sancho Gargallo (ECLI: ES: TS:2020:4290).

STS 642/2020, de 27 de noviembre, P. Ignacio Sancho Gargallo (RJ 2020\4793).

STS 589/2020, de 11 de noviembre, P. Juan María Díaz Fraile (ECLI: ES: TS:2020:3688).

STS 675/2020, de 15 de diciembre, P. Ignacio Sancho Gargallo (ECLI: ES: TS:2020:4251).

STS 589/2020, de 11 de noviembre, P. Juan María Díaz Fraile (ECLI: ES: TS:2020:3688).

STS 581/2020, de 5 de noviembre, P. Ignacio Sancho Gargallo (ECLI: ES: TS:2020:3549).

STS 580/2020, de 5 de noviembre, P. Ignacio Sancho Gargallo (ECLI: ES: TS:2020:3549).

STS 564/2020 de 27 de octubre, P. Pedro José Vela Torres (RJ 2020, 4141).

STS 560/2020, de 26 de octubre, P. Juan María Díaz Fraile (RJ 2020\4173).

STS 534/2020, de 15 de octubre, P. Rafael Saraza Jimena (ECLI: ES: TS:2020:3417).

STS 511/2020, de 6 octubre, P. Pedro José Vela Torres (RJ 2020\3551).

STS 509/2020, de 6 de octubre, P. Juan María Díaz Fraile (ECLI: ES: TS:2020:3133).

STS 454/2020, de 23 de julio, P. Pedro José Vela Torres (RJ 2020\2519).

STS 408/2020, de 7 de julio, P. Pedro José Vela Torres (RJ 2020\2298).

STS 334/2020, de 22 de junio, P. Rafael Saraza Jimena (ECLI: ES: TS:2020:2069).

STS 168/2020, de 11 de marzo, P. Pedro José Vela Torres (RJ 2020\944).

STS 149/2020, de 4 marzo, P. Rafael Saraza Jimena (RJ 2020\407).

STS 121/2020, de 24 de febrero, P. Pedro José Vela Torres (RJ 2020\486).

STS (Pleno), 105/2020, de 19 de febrero, P. Ignacio Sancho Gargallo (RJ 2020\399).

STS 101/2020, de 12 de febrero, P. Pedro José Vela Torres, (RJ 2020\329).

STS 85/2020, de 6 de noviembre, P. Rafael Saraza Jimena (RJ 2020\3857).

STS 71/2020, de 4 de febrero, P. Pedro José Vela Torres (RJ 2020\440).

STS 56/2020, de 27 de enero, P. Juan María Díaz Fraile (JUR 2020, 40035).

STS 23/2020, de 20 de enero de 2020, P. Juan María Díaz Fraile (RJ 2020, 66).

STS 21/2020, de 24 de febrero, P. Pedro José Vela Torres (RJ 2020\486).

STS 675/2019, de 17 de diciembre, P. Ignacio Sancho Gargallo (RJ 2019\5120).

STS 660/2019, de 11 de diciembre, P. Rafael Saraza Jimena (ECLI: ES: TS:2019:3917).

STS 605/2019, de 26 de junio, P. María de los Ángeles Parra Lucán (ECLI: ES: TS:2019:3528).

STS 551/2019, de 18 de octubre, P. Pedro José Vela Torres (RJ 2019\4102).

STS (Pleno), 463/2019, de 11 de septiembre, P. Pedro José Vela Torres (RJ 2019\3343).

STS 422/2019, de 16 de julio, P. Eduardo Baena Ruiz (RJ 2019\2799).

STS 361/2019, de 26 de junio, P. Rafael Saraza Jimena (RJ 2019\2630).

STS 247/2019, de 6 de mayo, P. Francisco Javier Orduña Moreno (ECLI: ES: TS:2019:1441).

STS 214/2019, de 5 de abril, P. María de los Ángeles Parra Lucán (RJ 2019\1360).

STS 158/2019, de 14 de marzo, P. Rafael Saraza Jimena (RJ 2019\924).

STS (Pleno), 137/2019, de 6 de marzo, P. Rafael Saraza Jimena (RJ 2019\712).

STS 109/2019, de 19 de febrero, P. Javier Arroyo Fiestas (RJ 2019\501).

STS 101/2019, de 18 de febrero, P. Javier Orduña Moreno (RJ 2019\498).

STS 64/2019, de 23 de octubre, P. María de los Ángeles Parra Lucán (RJ 2019\4217).

STS 63/2019, de 31 de enero, P. Eduardo Baena Ruiz (RJ 2019\247).

STS 57/2019, de 25 de enero, P. José Vela Torres (RJ 2019\137).

STS 44/2019 de 23 de enero, P. Rafael Saraza Jimena (RJ 2019\114).

STS 673/2018, de 29 de noviembre, P. Ignacio Sancho Gargallo (ECLI: ES: TS:2018:3977).

STS 702/2018, de 13 de diciembre, P. Pedro José Vela Torres (RJ 2018\6072).

STS 642/2018, de 20 de noviembre, P. Javier Orduña Moreno (RJ 2018\5116).

STS 548/2018, de 5 de octubre, P. Ignacio Sancho Gargallo (RJ 2018\4246).

STS 489/2018, de 13 de septiembre, P. Ignacio Sancho Gargallo (ECLI: ES: TS:2018:3098).

STS 361/2018, de 15 de junio, P. Francisco Javier Orduña Moreno (RJ 2018\243).

STS 314/2018, de 28 de mayo, P. Pedro José Vela Torres (RJ 2018\2281).

STS (Pleno), 205/2018, de 11 de abril, P. Ignacio Sancho Gargallo (JUR 2018/98122).

STS 89/2018, de 13 septiembre, P. Ignacio Sancho Gargallo (RJ 2018\3839).

STS 642/2017, de 24 de noviembre, P. Ignacio Sancho Gargallo (ECLI: ES: TS:2017:4121).

STS 558/2017, de 16 de octubre, P. Rafael Saraza Jimena (ECLI: ES: TS:2017:3721).

STS 282/2017, de 10 de mayo, P. Francisco Marín Castán (RJ 2017, 2400)

STS 171/2017, de 9 de marzo, P. Ignacio Sancho Gargallo (ECLI: ES: TS:2017:788).

STS 654/2017, de 1 de diciembre, P. Francisco Javier Orduña Moreno (ECLI: ES: TS:2017:4260).

STS 649/2017, de 29 de noviembre, P. Pedro José Vela Torres (RJ 2017/5632).

STS (Pleno), 608/2017, de 15 de noviembre, P. Rafael Saraza Jimena (RJ 2017\4730).

STS 558/2017, de 16 de octubre P. Rafael Saraza Jimena (ECLI: ES: TS: 2017:3721).

STS 487/2017, de 20 de julio, P. Rafael Saraza Jimena (RJ 2017\4400).

STS (Pleno), 459/2017, de 18 de julio, P. Eduardo Baena Ruiz (RJ 2017\3643).

STS 367/2017, de 8 de junio, P. Rafael Saraza Jimena (RJ 2017\2509).

STS 344/2017, de 1 de junio, P. Ignacio Sancho Gargallo (RJ 2017\2751).

STS 292/2017, de 12 de mayo, P. María de los Ángeles Parra Lucán (RJ 2017, 2194).

STS 171/2017, de 9 de marzo, P. Ignacio Sancho Gargallo (RJ 2017, 977).

STS (Pleno), 123/2017, de 24 de febrero, P. Pedro José Vela Torres (RJ 2017\602).

STS 57/2017, de 30 de enero, P. Pedro José Vela Torres (RJ 2017\371).

STS 30/2017, de 18 de enero, P. Pedro José Vela Torres (RJ 2017, 922).

STS 12/2017 de 13 de enero, P. Rafael Saraza Jimena (RJ 2017\16).

STS (Pleno) 367/2016, de 3 de junio, P. Pedro José Vela Torres ((RJ 2306, 2016).

STS 364/2016, de 3 de junio, P. Ignacio Sancho Gargallo (ECLI: ES: TS:2016:2401).

STS 57/2016, de 12 de febrero, P. Javier Orduña Moreno (RJ 2016\242).

STS (pleno) 705/2015, de 23 de diciembre, P. Pedro José Vela Torres (RJ 2015\5714).

STS 654/2015, de 19 de noviembre, P. Pedro José Vela Torres (RJ 2015\5501).

STS 469/2015, de 8 de septiembre, P. Rafael Sarza Jimena (RJ 2015\3977).

STS 222/2015, de 29 de abril, P. Rafael Saraza Jimena (ECLI: ES: TS:2015:2207).

STS (Pleno) 265/2015, de 22 de abril, P. Rafael Saraza Jimena (RJ 2015\1360).

STS 138/2015, de 24 de marzo, P. Rafael Saraza Jimena (RJ 2015\845).

STS 87/2015, de 4 de marzo, P. Sebastián Sastre Papiol (RJ 2015/714)

STS 28/2015, de 11 de febrero, P. Sebastián Sastre Papiol (RJ 2015\335).

STS 86/2014, de 14 de mayo, P. Javier Orduña Moreno (RJ 2014\3880).

STS (Pleno) 241/2013, de 9 de mayo, P. Rafael Gimeno Bayón Cobos (ECLI: ES: TS: 2013:1916).

STS 494/2012, de 20 de julio, P. Juan Antonio Xiol Ríos (RJ 2012\8607).

STS 540/2010, de 26 de noviembre, P. Juan Antonio Xiol Ríos (RJ 2011\1315).

STS 642/2008, de 8 de julio, P. Xavier O'Callaghan Muñoz (RJ 2008\335).

STS 1237/2007, de 23 de noviembre, P. Xavier O'Callaghan Muñoz (RJ 2008\25).

STS 1237/2007, de 23 de noviembre, P. Xavier O'Callaghan Muñoz (RJ 2008\25).

STS 876/2005, de 10 de noviembre, P. Jesús Corbal Fernández (RJ 2005\7724).

STS 685/2001, de 30 de junio, P. José de Asís Garrote (RJ 2001\498230).

STS 249/2001, de 19 de marzo, P. Antonio Romero Lorenzo (RJ 2001\4735).

STS 1153/2000, de 20 de diciembre, P. Pedro González Poveda (RJ 2001\352).

STS 929/2000, de 11 de octubre, P. Antonio Gullón Ballesteros (RJ 2000, 9193).

STS 993/1998, de 31 de octubre, P. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez (RJ 1998\8358).

STS 879/1997, de 13 de octubre, P. Román García Varela (RJ 1997\7073).

STS 120/1996, de 26 de febrero, P. Francisco Morales Morales (RJ 1996, 1264).

STS 195/1995, 23 de febrero, P. Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa (RJ 1995, 1702).

STS 27/1993, de 6 de noviembre, P. Fernández-Cid de Temes (RJ 1993\8618).

STS de 16 de mayo 1991, P. Alfonso Villagómez Rodil (RJ 1991\3705).

STS de 11 de marzo 1991, P. Teófilo Ortega Torres (RJ 1991\2211).

STS de 12 de noviembre 1987, P. Matías Malpica González-Elipe (RJ 1987\8375).

STS de 10 de abril de 1985, P. Rafael Pérez Gimeno (RJ 1985\1690).

STS de 28 de septiembre de 1984, P. Jaime Santos Briz (RJ 1984\4365).

STS de 30 de abril de 1982, P. Jaime Santos Briz (RJ 1982, 1970).

STS de 31 de marzo de 1980, P. Manuel González Alegre y Bernardo (RJ 1980\1233).

STS de 6 de febrero de 1959, P. Acacio Charrín y Martín Veña (RJ 1959, 462).

### **Autos Tribunal Supremo (Sala 1.ª)**

ATS de 10 de noviembre de 2021, P. José Luis Seoane Spielberg (JUR 2021\352841).

ATS de 9 de diciembre de 2020, P. Rafael Saraza Jimena (JUR 2020\361680).

ATS de 22 mayo de 2019, P. Francisco Martín Castán (RJ 2019\1977).

ATS de 22 de mayo de 2019, P. Ignacio Sancho Gargallo (RJ 2019\1980).

ATS de 6 de julio de 2016, P. Eduardo Baena Ruiz (JUR 2016/162924).

ATS de 8 de junio de 2016, P. Javier Arroyo Fiestas (JUR 2016/162336).

### **Sentencias Tribunal de Justicia de la Unión Europea**

STJUE de 2 septiembre de 2021, asunto C-932-19 (ECLI: EU: C:2021:673).

STJUE de 27 de enero de 2021, asuntos acumulados C-229/19 y C-289/19 (ECLI: EU: C:2021:68).

STJUE de 25 de noviembre de 2020, asunto C-269/19 (ECLI: EU: C:2020:954)

STJUE de 16 de julio de 2020, asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19 (ECLI: EU: C:2020:578).

STJUE de 9 de julio de 2020, asunto C-452/18 (TJCE 2020\109).

STJUE de 3 de marzo de 2020, asunto C-125/18 (ECLI: EU: C:2020:138).

STJUE de 7 de noviembre de 2019, asuntos acumulados C-419/18 y C-483/18 (ECLI: EU: C:2019:930).

STJUE de 3 de octubre de 2019, asunto C-621/17 (TJCE 2019\224).

STJUE de 26 de marzo de 2019, asuntos C-70/17 y C-179/17 (ECLI: EU: C:2019:250).

STJUE de 14 de marzo de 2019, asunto C-118/17 (ECLI: EU: C:2019:207).

STJUE de 20 de septiembre de 2018, asunto C-51/17 (ECLI: EU: C:2018:750).

STJUE de 7 de agosto de 2018, asuntos C-96/16 y C-94/17, (ECLI: EU: C:2018:643).

STJUE de 20 de septiembre de 2017, asunto C-186/16 (TJCE 2017\171).

STJUE de 26 de enero de 2017, asunto C-421/14 (EU: C:2017:60).

STJUE de 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15 (TJCE 2016, 309).

STJUE de 28 de julio de 2016, asunto C-191/15 (ECLI: EU: C:2016:612).

STJUE de 14 de abril de 2016, asuntos acumulados C-381/14 y C-385/14 (TJCE 2016/138).

STJUE de 9 de julio de 2015, asunto C-348/14 (ECLI: EU: C:2015:447).

STJUE de 23 de abril de 2015, asunto C-96/14 (TJCE 2015, 179).

STJUE de 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13 (TJCE 2015, 93).

STJUE de 21 de enero de 2015, asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13 (ECLI: EU: C:2015:21).

STJUE de 15 de enero de 2015, asunto C-537/13 (EU: C:2015:14).

STJUE de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13 (TJCE 2014, 105).

STJUE de 16 de enero de 2014, asunto C-226/12 (ECLI: EU: C:2014:10).

STJUE de 30 de mayo de 2013, asunto C-512/19, (ECLI: EU: C:2013:341).

STJUE de 21 de marzo 2013, asunto C-92/11, (ECLI: EU: C:2013:180).

STJUE de 21 de febrero 2013, asunto C-472/11 (EU: C:2013:88).

STJUE de 14 de marzo 2013, asunto C-415/11 (ECLI: EU: C:2013:164).

STJUE de 14 de junio 2012, asunto, C-618-2010, (ECLI: EU: C:2012:349).

STJUE de 15 de marzo 2012, asunto C-453/10 (ECLI: EU: C:2012:144).

STJUE de 4 de junio de 2009, asunto C-243/08 (ECLI: EU: C:2009:350).

### **Autos Tribunal de Justicia de la Unión Europea**

ATJUE de 17 de noviembre de 2021, asunto C-655/2020 (ECLI: EU: C: 2021:945).

ATJUE de 17 de noviembre de 2021, asunto C-79/21 (ECLI: EU: C: 2021:943).

ATJUE de 6 de diciembre de 2021, asunto C-670/20 (ECLI: EU: C:2021:1002).

ATJUE de 1 de junio de 2021, asunto C-268/19 (ECLI: EU: C: 2021:423).

ATJUE de 3 de marzo de 2021, asunto C-13/19 (ECLI: EU: C: 2021:158).

ATJUE de 3 de julio de 2019, asunto C-92/16 (ECLI: EU: C:2019:560).

ATJUE de 3 de julio de 2019, asunto C-167/16 (ECLI: EU: C:2019:570).

ATJUE de 3 de julio de 2019, asunto C-486/16 (ECLI: EU: C:2019:578).

### **Sentencias Audiencias Provinciales**

SAP de Barcelona 530/2022, de 22 marzo (JUR 2022\168331).

SAP de Barcelona 521/2022, de 21 marzo (JUR 2022\169196).

SAP Pontevedra 371/2020, de 25 junio (JUR 2020\242675).

SAP de Islas Baleares 275/2019, de 15 abril (AC 2019\713).

SAP de Granada 582/2018, de 13 diciembre (JUR 2019\238429).

AAP de Zaragoza 584/2018, de 12 diciembre (ECLI: ES: APZ:2018:2179A).

SAP de Ciudad Real 48/2018, de 11 abril, (RJ 2018, 232).

SAP de Valencia 603/2017 de 15 noviembre. (JUR 2018\56619).

SAP de Badajoz 232/2017, de 29 junio (JUR, 2017, 202049).

SAP de Badajoz 213/2017, de 15 junio (JUR 2017, 188443).

SAP de Zaragoza 322/2017, de 5 junio (JUR 2017, 171177).

SAP de Zaragoza 321/2017, de 2 junio (JUR 2017, 171178).

SAP de Badajoz 190/2017, de 29 mayo (JUR, 2017, 177299).

SAP de Zaragoza 212/2017, de 27 abril (JUR 2017, 118823).

SAP de Sevilla 676/2016, de 29 diciembre (AC 2016/2114).

SAP de Palencia 223/2016, de 14 noviembre (JUR 2016, 259847).

SAP de Navarra 104/2016, de 29 febrero (JUR 2016, 146886).

SAP de Madrid 456/2015, de 21 julio (AC 2015/1454).

AAP de Barcelona, de 11 febrero de 2015 (JUR 2015\116293).

SAP de Alicante 396/2014, de 12 junio (AC 2014/1136).

### **Sentencias Juzgados**

SJPI de Pamplona 164/2017, de 13 junio (JUR 2017, 149083).

SJMER de Palma de Mallorca, de 17 marzo 2015 (JUR 2015/285992).

SJPI de Vitoria, 2/2015, de 7 enero (JUR 2016, 3075).

**Autos Juzgados**

AJPI de Teruel, de 26 de junio de 2018 (ECLI: ES: JPII:2018:11A).

AJPI de Albacete, de 2 de octubre de 2018 (ECLI: ES: JPI:2018:8A).

AJPI de Orense, de 15 de marzo de 2019 (ECLI: ES: JPI:2019: 5.<sup>a</sup>).

**Resoluciones Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública y Dirección General de Registros y Notariado**

RDGSJFP 183/2021, de 22 diciembre (JUR 2022\6874).

RDGSJFP 20033/2021, de 15 noviembre (JUR 2021\381767).

RDGSJFP 16907/2021, de 8 septiembre (RJ 2021\4698).

RDGRN 11323/2018, de 20 julio (RJ 2018\3172).

RDGRN 11729/2017, de 19 septiembre (RJ 2017\4378).

RDGRN 6547/2017, de 19 de mayo (RJ 2017\2516).

RDGRN 7888/2016, de 15 julio (RJ 2016\52541418).

RDGRN 14180/2015, de 10 diciembre (RJ 2015\6297).

RDGRN 3794/2015, de 12 marzo (RJ 2015\1586).

RDGRN 10955/2014, de 29 septiembre (RJ 2014\5500).

RDGRN 2129/2014, de 5 febrero (RJ 2014\1178).