



Colección
DERECHO DEL CONSUMO

**EL ACUERDO NOVATORIO SOBRE
LA CLÁUSULA SUELO DEL
PRÉSTAMO HIPOTECARIO.
UN ANÁLISIS DESDE LA DIRECTIVA
93/13/CE DE CLÁUSULAS ABUSIVAS**

Manuel Jesús Marín López

*Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Castilla-La Mancha*

REUS
EDITORIAL

COLECCIÓN DE DERECHO DEL CONSUMO

TÍTULOS PUBLICADOS

- La protección del consumidor frente a los daños. Responsabilidad civil del fabricante y del prestador de servicios**, *M^a Ángeles Parra Lucán* (2011).
- La protección frente a las cláusulas abusivas en préstamos y créditos**, *Virginia Múrtula Lafuente* (2012).
- La protección del consumidor en los créditos hipotecarios (Directiva 2014/17/UE)**, *Silvia Díaz Alabart (Dir.) y M^a Patricia Represa Polo (Coord.)* (2015).
- La protección jurídica del consumidor en la contratación en general (Normas imperativas y pactos al respecto)**, *María Teresa Álvarez Moreno* (2015).
- Consumidor vulnerable**, *María Dolores Hernández Díaz-Ambrona* (2015).
- Las asociaciones de consumidores y usuarios**, *Teresa Carrancho Herrero* (2016).
- Manual de Derecho de Consumo**, *Silvia Díaz Alabart (Coord.)* (2016).
- Medicamentos, productos sanitarios y protección del consumidor**, *Antonio Juberías Sánchez (Coord.)* (2017).
- Resolución alternativa de litigios de consumo a través de ADR y ODR (Directiva 2013/11 y Reglamento (UE) n° 524/2013)**, *Silvia Díaz Alabart (Dir.) y Cristina Fuenteseca Degeneffe (Coord.)* (2017).
- Anticipos del consumidor para adquirir una vivienda futura**, *José Luis Colino Mediavilla* (2017).
- La nulidad de la cláusula de gastos en los préstamos hipotecarios**, *Manuel Jesús Marín López* (2018).
- La nulidad de la cláusula suelo por falta de transparencia**, *Tania Vázquez Muiña* (2018).
- El acuerdo novatorio sobre la cláusula suelo del préstamo hipotecario. Un análisis desde la Directiva 93/13/CE de cláusulas abusivas**, *Manuel Jesús Marín López* (2019).

COLECCIÓN DE DERECHO DEL CONSUMO

Directoras:

SILVIA DÍAZ ALABART

Catedrática de Derecho civil
Universidad Complutense de Madrid

MARÍA TERESA CARRANCHO HERRERO

Catedrática de Derecho civil
Universidad de Burgos

**EL ACUERDO NOVATORIO SOBRE
LA CLÁUSULA SUELO DEL
PRÉSTAMO HIPOTECARIO.
UN ANÁLISIS DESDE LA DIRECTIVA
93/13/CE DE CLÁUSULAS ABUSIVAS**

Manuel Jesús Marín López

*Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Castilla-La Mancha*

REUS
EDITORIAL

Madrid, 2019

Estudio realizado dentro del Proyecto de Investigación PGC2018-098683-B-I00,
del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades
(«Protección de consumidores y riesgo de exclusión social»),
que dirigen los Profs. Ángel Carrasco Perera y Encarna Cordero Lobato.

© Editorial Reus, S. A.
C/Rafael Calvo, 18, 2º C – 28010 Madrid
Teléfonos: (34) 91 521 36 19 – (34) 91 522 30 54
Fax: (34) 91 445 11 26
reus@editorialreus.es
www.editorialreus.es

1.ª edición REUS, S.A. (2019)
ISBN: 978-84-290-2149-3
Depósito Legal: M 21383-2019
Diseño de portada: María Lapor
Impreso en España
Printed in Spain

Imprime: Talleres Editoriales Cometa, S. A.
Ctra. Castellón, km 3,400 – 50013 Zaragoza

Ni Editorial Reus, ni los Directores de Colección de ésta, responden del
contenido de los textos impresos, cuya originalidad garantizan los autores de
los mismos. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación
pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la
autorización expresa de Editorial Reus, salvo excepción prevista por la ley.
Fotocopiar o reproducir ilegalmente la presente obra es un delito castigado
con cárcel en el vigente Código penal español.

A Anto, compañera de viaje

*«No se ve bien sino con el corazón.
Lo esencial es invisible a los ojos»*

El Principito, de Antoine de Saint Exupéry

I. OBJETO DEL TRABAJO

1. El presente trabajo tiene por objeto analizar la validez de algunas de las cláusulas incluidas en los acuerdos privados que celebran el prestamista y el prestatario (consumidor), en los que se modifica a la baja el tipo de interés remuneratorio establecido en el préstamo original (eliminando la cláusula suelo, reduciéndola, o estableciendo un interés fijo en lugar de uno variable), y se establece también que el consumidor no podrá reclamar por los intereses remuneratorios cobrados de más hasta ese momento en aplicación de la cláusula suelo.
2. La STS 205/2018, de Pleno, de 11 de abril de 2018, ECLI:ES:TS:2018:1238STS, considera que se trata de un acuerdo transaccional válido, pues aunque sus cláusulas han sido predispuestas e impuestas por el prestamista, superan el control de transparencia.
3. Cabe dudar, sin embargo, de que la solución ofrecida por el Tribunal Supremo sea correcta. En particular, hay que preguntarse si existen argumentos para defender que la doctrina sentada por el Tribunal Supremo es contraria a la Directiva 93/13/CE, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, y en su caso, cuáles son esos argumentos.
4. Distintos juzgados y tribunales españoles han planteado ya cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) sobre el particular. La primera ha sido

formulada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Teruel (en adelante, Juzgado de Teruel), mediante auto de 26 de junio de 2018 —asunto C-452/18— (ECLI:ES:JPII:2018:11A). Las cinco preguntas concretas planteadas en este auto son las siguientes:

«A) Si el principio de no vinculación de las cláusulas nulas (artículo 6 Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril) debe extenderse también a los contratos y negocios jurídicos posteriores sobre esas cláusulas, como lo es el contrato de novación.

Y si, dado que la nulidad radical implica que dicha cláusula nunca existió en la vida jurídica-económica del contrato, puede concluirse que los actos jurídicos posteriores y sus efectos sobre aquella cláusula, eso es, el contrato de novación, también desaparecen de la realidad jurídica, debiendo considerarse como inexistente y sin ningún efecto.

B) Si los documentos que modifiquen o transaccionen cláusulas no negociadas susceptibles de no superar los controles de falta de abusividad y transparencia, pueden participar de la naturaleza de condiciones generales de la contratación a efectos de lo dispuesto en el artículo 3 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril, afectándoles las mismas causas de nulidad que los documentos originales novados o transigidos.

C) Si la renuncia de acciones judiciales contenida en el contrato de novación debe ser también nula, en la medida en que los contratos que firmaban los clientes no informaban a los mismos de que estaban ante una cláusula nula ni tampoco del dinero o importe económico 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 a cuánto dinero renuncia.

D) Si analizando el contrato de novación modificativa al amparo de la Jurisprudencia del TJUE y de los artículos 3.1 y 4.2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril, la nueva cláusula suelo incluida adolece nuevamente de falta de transparencia, al volver el banco a incumplir los criterios de transparencia por el mismo fijados en la STD de 9 de mayo de 2013 y no informar al cliente del verdadero coste económico de dicha cláusula en su hipoteca, de manera que 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 se aplicase el tipo de interés pactado en el préstamo hipotecario sin limitación a la baja.

Eso es, si al imponer el documento denominado como de novación sobre las “cláusulas suelo”, la entidad financiera debiera haber cumplido los controles de transparencia reseñados en los artículos 3. 1 y 4. 2 de la Directiva 93/13/CEE e informar 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 caso de no existir dichas cláusulas y, si al no haberlo hecho, estos documentos también adolecen de causa de nulidad.

E) Si el clausulado de acciones incluidas en las condiciones generales de contratación del contrato de novación modificativa puede considerarse una cláusula abusiva por su contenido en el marco del artículo 3.1, en relación con el anexo de cláusulas abusivas y, en concreto, con el apartado q) de ese anexo (serán cláusulas abusivas, aquellas que tengan por objeto suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recurso por parte del consumidor), dado que limitan 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 (al amparo de la Sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016)».

5. Más tarde, el Juzgado de Primera Instancia nº 3 bis de Albacete ha dictado el auto de 2 de octubre de 2018, en el que plantea otra cuestión prejudicial sobre la misma materia —asunto C-617/18— (ECLI:ES:JPI:2018:8A). Sin embargo, mediante auto del 16 de enero de 2019, del Presidente del Tribunal de Justicia, ECLI:EU:C:2019:70, se declara el archivo del asunto, al haber dictado el Juzgado de Albacete una resolución el 14 de diciembre de 2018 en la que informa al TJUE de que retiraba su petición de decisión prejudicial, a raíz del desistimiento de la parte demandante en el proceso principal.
6. También la Audiencia Provincial de Zaragoza (Secc. 5ª) ha planteado una cuestión prejudicial, mediante auto 584/2018, de 12 de diciembre de 2018 (ECLI: ES:APZ:2018:2179A). Son trece las preguntas que se formulan:

«1ª.— Si a la vista del art. 3 de la Directiva 93/13, la modificación de la cláusula suelo en la forma que se gestó el pacto, tal y como se señala en los Antecedentes de Hecho, se puede calificar como Condición General de Contratación.

2ª.— Si, en las mismas circunstancias, se puede calificar como Condición General de la Contratación la renuncia a accionar contra el banco. Es decir, si una condición contractual redactada por el profesional oferente con carácter de generalidad y respecto de cuyo contenido no conste explicación alguna al consumidor adherente, se puede calificar como Condición General de Contratación.

3ª.— Si, en esas condiciones, cuando las consecuencias de dicha Condición General tienen una importancia relevante para el consumidor, se habrían cubierto los requisitos de claridad, transparencia, comprensibilidad real de la carga económica, información precontractual y negociación individual que exigen los arts. 3 y 4 de la Directiva 93/13.

4ª.— Si la exigencia de información precontractual para la determinación de abusividad de una cláusula contractual (art. 4 y 5 Directiva) ha de ser igual o incluso superior cuando se pacte la moderación de una condi-

ción previsiblemente nula (consecuencias económicas concretas de la moderación, advertencia de la jurisprudencia recaída al efecto y sus concretos efectos, etc.).

5ª.- Si la copia manuscrita hecha por el consumidor reiterando la moderación de la cláusula potencialmente nula resulta bastante para cumplir los requisitos de información precontractual y claridad que exigen los arts. 4 y 5 de la Directiva, para moderar una cláusula previsiblemente nula.

6ª.- Si el hecho de que la iniciativa moderatoria o transaccional parta de la entidad bancaria y la prohibición de sacar el documento de la oficina bancaria, excepto si lo hubiera firmado el consumidor, ha de tener especial relevancia a la hora de apreciar la posible abusividad de la cláusula moderatoria (arts. 4 y 5 Directiva).

7ª.- Si una cláusula previsiblemente nula por abusividad puede moderarse (*principio de novinculación*).

8ª.- Si respecto de una cláusula previsiblemente nula por abusividad frente al consumidor, puede ser objeto de una renuncia de acciones por parte de éste (art. 3 Directiva en relación con el Anexo de Directiva 93/13, punto 1-q) y principio de no vinculación art. 6 Directiva).

9ª.- En caso de respuesta afirmativa, si la exigencia de información precontractual ha de ser igual o superior a la requerida en el momento del pacto inicial.

10ª.- Si a tenor de la exigencia de información precontractual (arts. 4 y 5 Directiva) la cláusula de renuncia al ejercicio de acciones no puede tener un tratamiento documental secundario y accesorio (art. 3, 4 y 5 Directiva).

11ª.- Si la validez de la moderación de cláusulas previsiblemente nulas y la renuncia a la acción pidiendo su declaración de nulidad y efectos serían contrarios al *efecto disuasorio* frente al empresario oferente (art. 7 Directiva y S.T.J. U.E 21-12-2016).

12ª.- Si una cláusula contractual previsiblemente nula por abusiva, por aplicación de los arts. 3 y 4 de la Directiva 93/13, puede vincular al consumidor afectado por la misma mediante el procedimiento de pactar la entidad con el cliente, con posterioridad a la celebración del contrato que la contiene, la inaplicación por el profesional de la cláusula abusiva a cambio de otra prestación por el consumidor. Esto es, se da eficacia a la cláusula nula mediante el pacto con el consumidor de sustituirla por otra más favorable para el mismo. ¿Un acuerdo de esta clase pudiera ser contrario al art. 6.1 de la Directiva?

13ª Si un comportamiento seguido por la entidad bancaria como el descrito en los Antecedentes de Hecho, incurre en la prohibición de comportamiento desleal y práctica comercial desleal con consumidores recogida en el Considerando decimocuarto y arts. 6 y 7 de la Directiva 2005/29/CEE de 11-mayo-2005».

7. En el auto de Teruel se formulan cinco preguntas. Sin embargo, no hay una motivación concreta que justifique cada una de las preguntas, sino que existe una previa «motivación genérica», de

manera que algunas de las cuestiones no vienen fundadas en una argumentación precisa. Además, hay otras preguntas que convendría formular al TJUE, para que este se pronunciara.

8. En cuanto al auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza se limita a enumerar las trece preguntas que se formulan al TJUE, precedidas de una «motivación» genérica de apenas cinco párrafos. Cabe dudar que el auto de planteamiento cumpla las «Recomendaciones a los órganos jurisdiccionales nacionales relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales», aprobado por el TJUE (publicado en DOUE n° C 257, de 20 de julio de 2018). En efecto, en este documento se establece que la petición de cuestión prejudicial debe contener «la indicación de las razones que han llevado al órgano jurisdiccional remitente a preguntarse sobre la interpretación o la validez de determinadas disposiciones del Derecho de la Unión, y de la relación que a su juicio existe entre dichas disposiciones y la normativa nacional aplicable en el litigio principal». Añade que «si faltan uno o varios de estos elementos, el Tribunal de Justicia puede verse obligado bien a declararse incompetente para pronunciarse sobre las cuestiones que se le han planteado con carácter prejudicial, bien a declarar la inadmisibilidad de la petición de decisión prejudicial» (apartado 15). Es posible, por tanto, que el TJUE no admita a trámite la petición de cuestión prejudicial de la AP Zaragoza. Y aunque la admita, el auto es tan parco en su motivación (argumentación) que no servirá para convencer a los miembros del TJUE de los motivos por los que la doctrina de la STS 205/2018, de 11 de abril de 2018, debe reputarse contraria a la Directiva 93/13/CE.
9. Recientemente, la Comisión Europea ha presentado, con fecha de 16 de noviembre de 2018, sus Observaciones al Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la cuestión prejudicial planteada por Juzgado de Teruel. El documento es interesante, pero también insuficiente, pues únicamente analiza las cinco preguntas planteadas por el Juzgado de Teruel, y no aborda otras posibles formas de contravención de la Directiva 93/13/CE.
10. Por las razones expuestas, resulta imprescindible que un juzgado español eleve una nueva cuestión prejudicial al TJUE, que contenga más preguntas que el auto de Teruel, y también mejor argumentadas.

11. En la elaboración de este trabajo se sigue, desde el punto de vista sistemático, el siguiente esquema. El epígrafe II expone el supuesto de hecho sometido a litigio y el contenido del «documento privado de novación modificativa» celebrado entre las partes. El epígrafe III analiza las dos sentencias del Tribunal Supremo dictadas sobre la materia (la STS 558/2017, de 16 de octubre, ECLI:ES:TS:2017:3721, y la STS 205/2018, de 11 de abril de 2018, ECLI:ES:TS:2018:1238). El epígrafe IV analiza sin son cláusulas predispuestas no negociadas individualmente las cláusulas del documento privado. La naturaleza jurídica de este acuerdo, en particular, si se trata de una novación o una transacción, es objeto de estudio en el epígrafe V. Por su parte, en el epígrafe VI se examina la cláusula manuscrita redactada por el prestatario y que consta al final de algunos modelos de «documento privado». El epígrafe VII versa sobre la cláusula del documento privado que afirma que el prestatario conoce, entiende y/o acepta el significado y contenido de las cláusulas. Especial importancia tiene el epígrafe VIII, que analiza la posible nulidad de las cláusulas del «documento privado» debido a la nulidad por falta de transparencia de la cláusula suelo del contrato de préstamo original. Se estudia, en particular, si los principio de efectividad de la Directiva 93/13/CE, el efecto no vinculante de la cláusula abusiva y el efecto disuasorio de los arts. 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CE sirven para justificar la nulidad del «documento privado». Por su parte, en el epígrafe IX se explica si cabe entender que las cláusulas del documento se refieren al «objeto principal del contrato», a los efectos de que se aplique sobre ellas el control de transparencia material. El epígrafe X versa sobre la validez de la cláusula del documento privado que fija el interés remuneratorio; en particular, se expone si la cláusula supera el control de transparencia material. Por su parte, el epígrafe XI se ocupa de los controles de validez de la cláusula de renuncia al ejercicio de derechos (control de incorporación, control de transparencia material y control de contenido).
12. Por último, en el epígrafe XII se enumeran preguntas que pueden formularse al TJUE en el marco de una cuestión prejudicial, y se exponen las razones que justifican cada pregunta.

ÍNDICE

I. OBJETO DEL TRABAJO.....	7
II. EL SUPUESTO DE HECHO SOMETIDO A CONTROVERSIA Y EL CONTENIDO DEL «DOCUMENTO PRIVADO»	13
III. DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LA VALI- DEZ DEL ACUERDO TRANSACCIONAL O NOVATORIO. EN PARTICULAR, LA STS 205/2018, DE 11 DE ABRIL DE 2018	19
IV. LAS CLÁUSULAS DEL ACUERDO NOVATORIO O TRAN- SACCIONAL, ¿SON CLÁUSULAS PREDISPUES- TAS NO NEGOCIADAS INDIVIDUALMENTE EN CONTRATOS CON CONSUMIDORES?	29
V. LA CALIFICACIÓN DEL ACUERDO COMO TRANSACCIÓN O NOVACIÓN Y SUS CONSECUENCIAS JURÍDICAS.....	31
VI. SOBRE SI LA CLÁUSULA REDACTADA A MANO Y FIR- MADA POR EL PRESTATARIO EN EL «DOCUMENTO PRI- VADO» ES UNA CLÁUSULA PREDISPUESA NO NEGOCIA- DA INDIVIDUALMENTE (ART. 3.2 DE LA DIRECTIVA 93/13/CE)	37
VII. SOBRE LA VALIDEZ DE LA CLÁUSULA DEL «DOCU- MENTO PRIVADO» QUE AFIRMA QUE EL PRESTATARIO «CONOCE», «ENTIENDE», «COMPRENDE» Y/O «ACEPTA» EL SIGNIFICADO Y CONTENIDO DE LAS CLÁUSULAS.....	43

VIII. LA POSIBLE NULIDAD DE LAS CLÁUSULAS DEL «DOCUMENTO PRIVADO» DEBIDO A LA NULIDAD POR FALTA DE TRANSPARENCIA DE LA CLÁUSULA SUELO DEL CONTRATO DE PRÉSTAMO ORIGINAL. PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD DE LA DIRECTIVA, EFECTO NO VINCULANTE DE LA CLÁUSULA ABUSIVA Y EFECTO DISUASORIO (ARTS. 6.1 Y 7.1 DE LA DIRECTIVA 93/13/CE).....	47
IX. SI EL ACUERDO ENTRE LAS PARTES ES UNA TRANSACCIÓN, ¿CUÁL ES EL «OBJETO PRINCIPAL DEL CONTRATO», A LOS EFECTOS DEL ART. 4.2 DE LA DIRECTIVA 93/13/CE?	63
X. EL CONTROL DE VALIDEZ DE LA CLÁUSULA DEL «DOCUMENTO PRIVADO» QUE FIJA EL INTERÉS REMUNERATORIO: EL CONTROL DE TRANSPARENCIA MATERIAL (ART. 4.2 DE LA DIRECTIVA 93/13/CE).....	69
1. La información que el prestatario debe conocer para que la cláusula supere el control de transparencia	69
2. La prueba de que el consumidor conocía la información necesaria para que la cláusula sea transparente.....	83
XI. EL CONTROL DE VALIDEZ DE LA CLÁUSULA DE RENUNCIA AL EJERCICIO DE DERECHOS INCLUIDA EN EL «DOCUMENTO PRIVADO».....	89
1. El control de incorporación de la cláusula de renuncia (art. 5 de la Directiva 93/13/CE).....	91
2. El control de transparencia material de la cláusula de renuncia (art. 4.2 de la Directiva 93/13/CE)	96
3. El control de contenido de la cláusula de renuncia (art. 3.1 y Anexo 1.q) de la Directiva 93/13/CE)	103
XII. CUESTIÓN JUDICIAL ANTE EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA: PREGUNTAS QUE PUEDEN FORMULARSE	113
Pregunta 1	113
Pregunta 2.	115
Pregunta 3.....	117
Pregunta 4.....	119
Pregunta 5.....	121
Pregunta 6.....	123
Pregunta 7.....	126
Pregunta 8.....	127

Pregunta 9	128
Pregunta 10	130
ANEXO I. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA 1ª)	
216/2018 DE 11 DE ABRIL DE 2018	133
ANEXO II. AUTO 63/2018, DEL JUZGADO DE PRIMERA INSTAN-	
CIA E INSTRUCCIÓN Nº 3 DE TERUEL, DE 26 DE JUNIO DE	
2018	141
ANEXO III. AUTO DEL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº	
6 DE ALBACETE, DE 2 DE OCTUBRE DE 2018	157
ANEXO IV. AUTO 584/2018, DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE	
ZARAGOZA (SECC. 5ª), DE 12 DE DICIEMBRE DE 2018.....	175