

4. DERECHO BANCARIO

La renuncia a la acción de nulidad. Eficacia de la transacción frente a posibles cláusulas abusivas*

The renunciation of nullity action. Effectiveness of the transaction against possible abusive clauses

por

CARMEN MUÑOZ GARCÍA
Profesora titular de Universidad
Departamento de Derecho civil. UCM

RESUMEN: El pasado 30 de enero de 2020 el Abogado General Saugmandsgaard Øe publicó sus Conclusiones sobre la cuestión prejudicial formulada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Teruel acerca de si es posible negociar sobre una cláusula que puede ser abusiva, y renunciar a invocar su abusividad. El artículo 6.1 de la Directiva 93/13/EEC de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores, impone que esta estipulación no vinculará al consumidor. Sin embargo, y no existiendo prohibición expresa en la Directiva, el acuerdo transaccional, admitido por la STS de 11 de abril de 2018, la Comunicación de la Comisión Europea de 27 de septiembre de 2019, y las Conclusiones del Abogado General, permiten al consumidor el acuerdo transaccional para evitar enjuiciar una posible abusividad.

ABSTRACT: On January, 30, 2020, the Advocate General Saugmandsgaard Øe published his Conclusions regarding the reference for a preliminary ruling issued by the Court of First Instance num. 3 of Teruel, about whether it is possible to negotiate on a clause that can be abusive, and give up invoking its abuse. Article 6.1 of the Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts requires that these clause are not binding on the consumer. However, and in the absence of express prohibition in the Directive, the transactional agreement, admitted by the STS of April 11, 2018, the Communication of the European Commission of September 27, 2019, and Conclusions of Advocate General, allow the consumer the transactional agreement to avoid prosecuting a possible cause of abuse.

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto Nacional I+D «El Tribunal de Justicia de la Unión Europea: su incidencia en la configuración normativa del proceso civil español y en la protección de los derechos fundamentales» (Ref. DER 2016-75567-R); así como del Grupo de Investigación UCM 971680 «Derecho de Daños. Derecho de la contratación», validado por la Agencia Estatal de Investigación (AEI) del MINECO.

PALABRAS CLAVE: Directiva 93/13. Cláusulas abusivas. Norma imperativa. Restablecer el equilibrio entre las partes. Contrato de transacción.

KEY WORDS: Directive 93/13. Unfair terms. Mandatory provision. Restore the balance between the parties. Transaction contract.

SUMARIO: I. ¿HAY ALTERNATIVA AL PROBABLE JUICIO DE NULIDAD?—II. CUESTIONES PREVIAS: 1. VIABILIDAD DE LA TRANSACCIÓN CON CONSUMIDORES RESPECTO DE CUALQUIER CLÁUSULA QUE PUEDE SER ABUSIVA. 2. EL EQUILIBRIO EN LAS PRESTACIONES Y LA DEBIDA TRANSPARENCIA. 3. INSTAR JUICIO DE ABUSIVIDAD O LA TRANSACCIÓN ANTE LA INCERTIDUMBRE.—III. ACUERDOS QUE NOVAN O MODIFICAN, CONFIRMAN Y VALIDAN CLÁUSULAS DUDOSAS. COMPATIBILIDAD CON LA DIRECTIVA 93/13: 1. REGULACIÓN EN NUESTRO DERECHO INTERNO. 2. NORMATIVA Y JURISPRUDENCIA EUROPEA. 3. SUPERAR LA FALTA DE TRANSPARENCIA.—IV. FACULTAD DE DISPONER DEL CONSUMIDOR ANTE UNA CLÁUSULA QUE PUEDE SER ABUSIVA.—V. LA RENUNCIA MUTUA AL EJERCICIO DE ACCIONES ESENCIAL EN LA TRANSACCIÓN.—VI. CONCLUSIONES.—VII. ÍNDICE CRO-NOLÓGICO DE SENTENCIAS.—VIII. ÍNDICE DE LEGISLACIÓN CITADA.—IX. BIBLIOGRAFÍA.

I. ¿HAY ALTERNATIVA AL PROBABLE JUICIO DE NULIDAD?

El pasado 30 de enero de 2020, el Abogado General danés Saugmandsgaard Øe, asunto *Ibercaja* publicó sus conclusiones sobre la cuestión prejudicial formulada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 de Teruel en fecha de 26 de junio de 2018, y que trae como cuestión de fondo la validez o no de los acuerdos *ad hoc* suscritos entre bancos y consumidores, ante la dudosa eficacia de cláusulas que pueden ser objeto del juicio de abusividad —en el supuesto analizado, por falta de transparencia—, ya sea en contratos de préstamo hipotecario precedentes, ya en otra contratación anterior con entidades bancarias y financieras. Y aunque en el caso concreto se realiza un análisis de los mal denominados contratos «de novación modificativa del préstamo», hemos de advertir que, una vez que además de la rebaja de la cláusula suelo inserta en un contrato originario celebrado con el prestatario, se incluye renuncia expresa y mutua a ejercitar cualquier acción judicial que impugne su validez, definitivamente estamos ante un contrato transaccional, y la respuesta del Alto Tribunal europeo *tendrá consecuencias decisivas respecto de nuestro régimen de nulidad absoluta, que puede no serlo tanto*.

Recordemos a los efectos que, una vez que la cláusula suelo fuera enmarcada como estipulación lícita, por regular prestaciones esenciales del contrato, no está sujeta a control de abusividad, pero sí al de transparencia del artículo 4.2 de la Directiva 93/13 (como cláusula predispuesta que causa desequilibrio al consumidor), como así resolvió la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013. Por lo que será necesario constatar si ha sido redactada de manera clara y comprensible al tiempo de la contratación, y que el consumidor alcanzó a comprender el verdadero alcance y contenido de la estipulación. De lo contrario, *el juez nacional está obligado a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, que no vinculará al consumidor*, como así concluyó la Sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016 en el asunto *Gutiérrez Naranjo*, apartado 57.

En este contexto, y como alternativa a la vía judicial, se suscribieron —y se siguen haciendo—, contratos de transacción que pretenden evitar un largo y tedioso procedimiento, y que han llevado a plantear ante el Tribunal de Justicia sobre la compatibilidad de estos contratos con la imperatividad de la Directiva 93/13, una vez que, el artículo 6.1 de la norma europea determina la «no vinculación» de las cláusulas que resulten ser abusivas. Se trata de resolver si el carácter imperativo de la norma, permite al adherente que pueda disponer y negociar un nuevo contrato, el de transacción, que vincula a las partes en los términos transigidos e impide enjuiciar la cláusula originaria que puede ser abusiva. Lo que el Tribunal resuelva, será de enorme relevancia una vez que podría admitir¹: (i) que un consumidor puede renegociar respecto de una cláusula que puede invocar como abusiva, y (ii) puede renunciar a la acción de impugnar la cláusula que ha sido objeto de transacción. Estos acuerdos, que prescinden del juicio de abusividad sobre la cláusula originaria, se celebran con la clara pretensión de evitar un litigio sobre el eventual carácter abusivo de estipulaciones contractuales con consumidores, pero contienen también, como elemento esencial de este segundo contrato, la renuncia mutua a impugnar la cláusula originaria que podría no vincular.

En definitiva, se trata de determinar si una eventual cláusula abusiva que podrá no vincular al consumidor², (art. 6. 1 Directiva 93/13), y que estaría sujeta al régimen de nulidad absoluta en nuestro Derecho interno (art. 82.1 y 83.1 del TRLGDCU), puede ser objeto de transacción. Este es el tema de nuestro estudio que, acotado al contexto bancario con consumidores, puede ser objeto de análisis en otros ámbitos como el de los seguros, o la contratación en línea, donde las cláusulas predispuestas campean a sus anchas, y donde el consumidor solo cuenta con las fortalezas que se presentan al cobijo del Derecho europeo. Ciertamente, la respuesta tendrá una indudable incidencia en las relaciones entre entidades bancarias y consumidor, y en cualesquiera otras relaciones sujetas a la Directiva 93/13.

En este orden de cosas, tampoco hay que perder de vista que, las repercusiones de una cláusula nula pudiera comprometer la subsistencia del contrato, con claro perjuicio para las partes, a veces, con un efecto no deseado para el adherente y contrario a la finalidad misma de la Directiva 93/13, donde el objetivo unidireccional, la máxima protección del consumidor, no puede cuestionarse. En estos supuestos, la integración y sustitución de la cláusula abusiva por una disposición supletoria del Derecho nacional será un opción³, pero no la única. En realidad, hay y habrá múltiples supuestos en los que los consumidores y entidades bancarias o crediticias no acudan a los Tribunales para reivindicar la nulidad de la cláusula en cuestión. En estos casos, no es infrecuente que se planteen acuerdos inter partes que eviten el litigio y que pongan fin a la incertidumbre. La transacción es, a mi entender, una alternativa clara.

Así lo he indicado *en trabajos anteriores*, en los que he considerado el contrato transaccional con consumidores, como instrumento viable en según que casos, primero su viabilidad respecto de la cláusula suelo⁴, después como mecanismo alternativo posible en la resolución de conflictos, una vez que la Directiva 2011/13⁵ reconoce su existencia, aunque la deja fuera del ámbito de aplicación. Admitiendo que, cuando exista cualquier cláusula que podría ser abusiva —más allá de la cláusula suelo— y que por recaer sobre el objeto principal del contrato, está excluida del control de contenido y sujeta a un control de transparencia material: (i) cabe la transacción sobre cualquiera de estas, y (ii) se sugiere la fórmula de *la homologación judicial del acuerdo, junto con el deber judicial de examinar la debida transparencia en el pacto*⁶. Finalmente, en el presente análisis, postulamos

y defendemos la viabilidad de celebrar acuerdos con eficacia jurídica que eviten cuestionar la validez de cualquier cláusula que podría ser abusiva —tanto las abusivas propias (art. 3.1 de la Directiva), como las que denomino abusivas «impropias» del artículo 4.2 de la Directiva 93/13—, aunque su consecuencia («no vincularán» según Directiva 93/13) y el alcance de esta en nuestro Derecho (nulidad absoluta del art. 83.1 del texto de consumidores), sugieren no dejar margen a la autonomía de la voluntad de las partes.

Para su defensa, no faltarán argumentos tanto normativos como jurisprudenciales, por lo que las conclusiones del Abogado general danés nos servirán para reforzar los razonamientos ya expuestos en otras ocasiones, también para extender la transacción a las referidas cláusulas abusivas propias del artículo 3.1 de la Directiva (cláusulas predisuestas, que recayendo sobre elementos accidentales del contrato —las que recaen sobre el objeto principal están excluidas de la apreciación de abusividad del artículo 3.1, según el artículo 4.2—, son contrarias a la exigencia de buena fe, causando desequilibrio al adherente). Analizaremos unos aspectos y otros a propósito de las Conclusiones expuestas el pasado 30 de enero. Con todo, no quiero dejar de poner en valor lo relevante que sería que el juez necesariamente tuviera que conocer de la transacción, y no me refiero a que este actúe en caso de ser impugnado el acuerdo porque recaiga sobre una eventual cláusula abusiva, sino que este siempre debiese convalidar los acuerdos de transacción que evitan el litigio, como un mero acto de validación, como otros muchos contemplados en la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, pero con facultad de examinar de oficio las cláusulas del convenio. He de reconocer que esto es, a día de hoy, una alternativa que sigo planteando como una *propuesta de lege ferenda*⁷, y que serviría para superar cualquier acción por falta de transparencia en este nuevo acuerdo, en evitación de nuevos conflictos entre partes.

II. CUESTIONES PREVIAS

1. VIABILIDAD DE LA TRANSACCIÓN CON CONSUMIDORES Y RESPECTO DE CUALQUIER CLÁUSULA QUE PUEDE SER ABUSIVA

El núcleo del problema está en saber si el acuerdo transaccional es conforme a nuestro Derecho interno y más importante aún, si es compatible con la Directiva 93/13, una vez que las partes se hacen recíprocas concesiones sin la intervención de un tercero, como sería el caso del arbitraje, y sin necesidad de acudir a la tutela jurisdiccional. La fórmula no está exenta de polémica una vez que uno de los sujetos intervinientes en el acuerdo es un consumidor. Con este planteamiento, es necesario examinar si es posible la transacción como mecanismo alternativo que evite el litigio.

Esto, en las cláusulas que recaen sobre los elementos esenciales del contrato, como es el precio, parece del todo lícito y admisible, una vez que la cláusula podría o no ser nula si mediando el desequilibrio en detrimento del consumidor, hubiese falta de transparencia *ab initio*, que sería subsanada por el contrato de transacción. Pero tampoco lo ha descartado el Abogado General Sr. Saugmandsgaard Øe para los supuestos contemplados en el artículo 3.1 de la Directiva 93/13. Ante la incertidumbre, el contrato de transacción regulado en los artículos 1809 a 1819 del Código civil podría servir de mecanismo alternativo al judicial que salvaría cualquier hipotético desequilibrio o falta de transparencia reproble respecto del contrato inicial. De no mediar esta vía, u otras de las previstas en

Derecho, en rigor, habría que esperar a la sentencia judicial para saber si se cumplieron las exigencias de buena fe, equilibrio y debida transparencia, o si por el contrario, se contravino la imperatividad de la Directiva y se frustraron las expectativas legítimas y razonables del consumidor, al tiempo de la celebración del contrato principal.

Así las cosas, veremos que, para la admisión de las transacciones en consumo, no será preciso alterar el Derecho, ni siquiera hacer interpretaciones forzadas de la norma. La coherencia de nuestra norma interna y del ordenamiento europeo parece que lo admiten. Al menos inicialmente, me pareció claro respecto de las cláusulas que recaen sobre elementos esenciales del contrato. Sin embargo, respecto de las accesorias, aunque hasta ahora no me lo parecía tanto, he de reconocer que con las Conclusiones del Abogado General danés, la viabilidad de la transacción respecto de las cláusulas del artículo 3.1 de la Directiva parece completamente admisible.

2. EL EQUILIBRIO EN LAS PRESTACIONES Y LA DEBIDA TRANSPARENCIA

No voy a volver sobre aquellos supuestos en los que la estipulación es lícita pero que por adolecer de falta de transparencia puede ser considerada abusiva (las relacionadas con el *objeto principal del contrato* o el *precio y la retribución*, o los *servicios o bienes que haya de proporcionarse como contrapartida*, según artículo 4.2 Directiva 93/13), ni tampoco sobre las cláusulas «abusivas» *per se*, propias, previstas, típicas, en cuanto reguladas tanto en la Directiva 93/13 (art. 3 y anexo), como en el TRLGDCU (arts. 82 y 85 a 90), y que recaen sobre elementos accesorios del contrato, una vez que, en uno y otro caso, se trata de cláusulas predispuestas que causan *desequilibrio en detrimento del consumidor*.

Ahora bien, respecto al control de transparencia material del artículo 4.2 de la Directiva, incorporado en nuestro ordenamiento interno por nuestro Alto Tribunal (Sala Primera), con la STS de 9 de mayo de 2013, e introducido normativamente en nuestro Derecho tras las disposiciones finales 4.^a y 8.^a de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (LCCI), en los artículos 5.5 LCGC y 83.2 TRLGDCU, resulta insólito que nuestro Derecho interno haya guardado silencio durante tanto tiempo. No podemos ignorar, que aun cuando los tribunales internos y europeos no han escatimado esfuerzos en aclarar que los elementos esenciales del contrato excluidos del control de contenido del artículo 4.2 de la Directiva 93/13, están sujetos a un control de transparencia cualificado para enjuiciar (i) si la cláusula es «*clara y comprensible*» para el consumidor, y (ii) si responde a la expectativa creada y razonablemente esperable por este, la exigencia de transparencia adquiere cada vez mayor relevancia de la que pareció darle una nimia inclusión en el artículo 4.2 de la Directiva y una omisión reprochable por parte de nuestro ordenamiento interno. De su entidad, da cumplida muestra la Comunicación de la Comisión Europea, que publicada el 27 de septiembre de 2019, contiene Directrices sobre la interpretación y aplicación de la Directiva 93/13, para auxiliar en la protección eficaz a los consumidores a través de la norma europea de mínimos —mejorable por las normas nacionales—, sirviendo de ayuda en la difusión de principios y aspectos resueltos principalmente vía cuestión prejudicial y que se han ido planteando en la aplicación de la norma europea. En efecto, el texto tiene en cuenta la evolución de las resoluciones dictadas por el TJUE, y que es obvio que no *predetermina la evolución de la jurisprudencia* del Tribunal de Luxemburgo.

Estas Directrices presentadas por la Comisión el pasado 27 de septiembre de 2019, nos darán las pautas más completas acerca de esta exigencia de transparencia, que posibilitan, por fin, que pasemos de un concepto indeterminado y ampliamente discutido, a una delimitación conceptual propia sobre la transparencia material. Aunque tratado minuciosamente en la sección 3 de la citada guía, bajo el título «valoración general del carácter abusivo y exigencia de transparencia», entiendo necesario poner de relieve los aspectos que adquieren especial significación en la materia que nos ocupa y que sintetizo a continuación:

(i) Una interpretación extensiva de la transparencia exigida en el artículo 4.2 de la Directiva 93/13 implica que *los profesionales deben proporcionar información clara a los consumidores sobre las cláusulas del contrato y sus implicaciones/consecuencias antes de la celebración del acuerdo. De forma que permitan a un consumidor medio, a saber, un consumidor normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, evaluar tal coste. También habrá de considerarse si el profesional incidió especialmente en información fundamental.*

(ii) Llega más lejos de lo previsible cuando se admite que aun cuando las resoluciones sobre transparencia se relacionan principalmente con cláusulas contractuales que definen el objeto principal del contrato o la retribución o con cláusulas que están estrechamente relacionadas con esos aspectos centrales del contrato, la exigencia de transparencia en virtud del artículo 5, *no se limita al tipo de cláusulas a las que hace referencia el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13/CEE. La transparencia, incluida la previsibilidad, es un aspecto importante, también en relación con los cambios unilaterales del contrato, en particular los cambios de precio, por ejemplo, en los contratos de crédito o en los contratos de suministro a largo plazo.*

(iii) La falta de transparencia no conlleva necesariamente que sea abusiva en virtud del artículo 3.1 de la Directiva. *Esto significa que, aun estableciendo que una cláusula cubierta por el artículo 4, apartado 2 «no es clara ni comprensible su carácter abusivo debe todavía evaluarse con arreglo a los criterios establecidos en el artículo 3, apartado 1, porque puede o no ser abusiva, según que cause importante desequilibrio para el consumidor (apartado 3.4.6.). En definitiva, que puede no ser transparente y a su vez, podrá ser beneficiosa para el consumidor.*

(iv) Para asegurar esto último, será necesario hacer un control individualizado. Como señala el apartado 3.3.2.: *en la medida en que se apliquen requisitos de información precontractual y contractual específicos, también deberán tenerse en cuenta para los requisitos de transparencia en virtud de la Directiva 93/13/CEE, caso por caso, y en función de la finalidad y el ámbito de aplicación de dichos instrumentos.* En el anterior sentido, es importante traer a colación lo que declaró el TJUE en la Sentencia (Sala Primera) de 26 de enero de 2017, *Banco Primus, S.A.* (asunto C-421/14), y que ahora avala la Comunicación de la Comisión Europea en cuanto será precisa una evaluación de la falta de transparencia caso por caso. A este respecto, recientemente, la STJUE de 3 de marzo de 2020 (Gran Sala) asunto *Gómez del Moral (C-125/18)*, exige de un control individualizado de la cláusula que pudiese adolecer de la falta de transparencia. Lo que influirá en el alcance de su responsabilidad contractual.

(v) Incumbe al juez nacional, al tener en cuenta el conjunto de circunstancias que rodearon la celebración del contrato, verificar que, en el asunto de que se trata, se comunicaron al consumidor *todos los elementos que pueden incidir en el alcance de su compromiso, permitiéndole evaluar, en particular, el alcance y repercusión de sus obligaciones. Pero además de comprobar que los consumido-*

res recibieron toda la información requerida, deberá tener en cuenta el material promocional y la información proporcionada por el prestamista en la negociación del contrato de préstamo.

(vi) Y aunque en virtud del artículo 6.1 de la Directiva, el juez nacional debe deducir todas las consecuencias que deriven de la declaración de abusividad de una cláusula, según el Derecho interno, veremos como el consumidor, a sabiendas de que el régimen de nulidad absoluta de nuestro ordenamiento determina la expulsión de esta del contrato, podrá no instar el procedimiento correspondiente, y renunciar a invocar el carácter de abusividad.

Sin duda, el sistema de protección de la Directiva constituye un asunto de «interés público»⁸, que tiene como objetivo la tutela eficaz a los consumidores, no solo abordando las situaciones de desequilibrio entre las partes, sino también disuadiendo a los profesionales de utilizar cláusulas abusivas que repercutirá en recuperar la confianza en los operadores bancarios, y redundará en beneficio de todos.

3. INSTAR JUICIO DE ABUSIVIDAD O LA TRANSACCIÓN ANTE LA INCERTIDUMBRE.

En un contexto de continua judicialización de la materia sobre cláusulas abusivas en contratación bancaria, la Sentencia del TJUE de 26 de enero de 2017 en el asunto *Banco Primus S.A.* (C-421/14), obligaba a los tribunales nacionales a ponderar caso por caso cuando estamos ante los supuestos del artículo 4.2 de la Directiva (abusividad por falta de transparencia material). En este contexto, la mayoría de los deudores hipotecarios quedaron al margen de aquella resolución, y mientras algunos prestatarios instaban pretensiones de abusividad en los tribunales nacionales o esperaban respuesta a cuestiones prejudiciales planteadas ante el Tribunal europeo, muchos otros deudores alcanzaban acuerdos transaccionales con la entidad crediticia, o bien a propuesta de esta, o bien a instancia del obligado al pago. La transacción era una vía alternativa, y una solución para muchos casos.

Este último impulso que se dio en denominar «*acuerdo novatorio del préstamo hipotecario*», sin embargo, opera como verdadero contrato transaccional una vez que reúne los requisitos propios de este: (i) que entre las partes medie una relación jurídica controvertida; (ii) que sea voluntad de ambas evitar o poner fin a la incertidumbre sobre el resultado, donde el *timor litis* subjetivo y objetivo se resuelve transformando la inseguridad en un resultado certero, el acuerdo; (iii) que las partes se hagan recíprocas concesiones, por lo que ambos sujetos tienen que sacrificar algo, sin que sea necesaria la equivalencia en las concesiones; y (iv) con renuncia mutua al ejercicio de acciones. En concreto, el consumidor, renunció a invocar la abusividad de la cláusula originaria.

Volviendo sobre la cuestión objeto de estudio, el asunto C-452/18 que se sigue ante el Tribunal de Justicia de la Unión tratará de dar respuesta a la cuestión prejudicial a propósito del procedimiento entre XZ e Ibercaja Banco, S.A., en lo sucesivo, asunto *Ibercaja*. En esencia, y aunque sigue teniendo de telón de fondo a las cláusulas suelo y la Sentencia plenaria de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, así como la dictada por el Tribunal europeo de 21 de diciembre de 2016 asunto *Gutiérrez Naranjo*⁹, acerca de los efectos plenos de la declaración de abusividad, esta cuestión prejudicial pendiente sobre la transacción, como hemos anticipado, vendrá a dar respuesta a una cuestión más general y de profunda incidencia en el Derecho bancario: el alcance y eficacia de

los acuerdos celebrados entre consumidor y empresario, en este caso, entidades crediticias, para resolver sus controversias extrajudicialmente.

En definitiva, se trata de analizar si son compatibles con la Directiva 93/13, los contratos que contiene acuerdos sobre una eventual abusividad precedente, y que pretenden: (i) transigir sobre la cláusula que puede ser abusiva, acordando una nueva regulación en la relación *inter partes* y en beneficio de ambas; y (ii) evitar o poner fin a un litigio de dudosa resolución, al amparo de los artículos 1809 y siguientes del Código civil, renunciando a la acción sobre abusividad de la cláusula originaria. Acuerdo en el que, no nos cabe ninguna duda, caben los pertinentes controles de incorporación, de contenido, y el de transparencia, por lo que deberá responder a los estándares mínimos exigidos¹⁰. De lo contrario, de faltar en este nuevo contrato la exigibilidad de transparencia —que incorpora de suyo una cláusula de renuncia a impugnar la cláusula inicial—, volveríamos a la casilla de salida y la abusividad, de nuevo, sería una cuestión pendiente de resolución. Cualquier falta de transparencia (si la estipulación recae sobre los elementos esenciales), o cualquier contenido abusivo (si recae sobre los elementos accidentales del contrato), podrá ser contraria a la Directiva 93/13, y declarada nula, «no vinculará» al adherente, conforme al artículo 6.1 de la norma europea citada. El consumidor sigue amparado por la Directiva.

III. ACUERDOS QUE NOVAN O MODIFICAN, CONFIRMAN Y VALIDAN CLÁUSULAS DUDOSAS. COMPATIBILIDAD CON LA DIRECTIVA 93/13

El Tribunal de Justicia ha reiterado en múltiples ocasiones que el artículo 6.1 de la Directiva 93/13, debe considerarse una norma equivalente a las disposiciones nacionales que, en el ordenamiento jurídico interno, tienen rango de *normas de orden público*, y que se extiende a todas las disposiciones de la norma que posibiliten el cumplimiento de objetivos del citado artículo 6.1. Es decir, que es norma imperativa, vincula a todas las partes e implica que los consumidores no pueden, por principio, renunciar a esta tutela dispensada por la Directiva. Cuestión distinta, es la analizada en el asunto *Ibercaja*, una vez que el consumidor, sabida la existencia de una cláusula que puede ser abusiva, decide no invocar el carácter de abusividad de una cláusula preexistente y renuncia al derecho a hacer reclamaciones en virtud de aquella cláusula. Este contrato, aunque denominado de novación, supone una transacción cierta, que es compatible con el Derecho europeo. No será la única alternativa.

Si como hemos señalado en anteriores publicaciones, las vías para resolver controversias además de la jurisdiccional, es la de sistemas alternativos de resolución de conflictos (ADR) entre los que destacan la conciliación, la mediación¹¹ o el arbitraje¹², y en los que las partes confían solventar la solución a un tercero, o hacerle partícipe de lo acordado, cabe añadir una tercera, la transacción, como máxima expresión de la libertad y autonomía de la voluntad, en la que las partes en conflicto solventan la cuestión litigiosa haciéndose recíprocas concesiones, y que pone fin a una situación jurídica incierta que confiere estabilidad a la relación jurídica contractual, regulado en el Código civil¹³. De esta última solución, entiendo, no se puede privar al consumidor si se hace con la debida transparencia. Como tampoco se le podrá privar del derecho a desistir, allanarse o renunciar cuando el derecho forma parte de su esfera propia.

Es más, aun cuando queda al margen de la regulación por la Directiva 2013/11, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo,

es admitida por esta, como así precisa en el considerando 23 : «*La presente Directiva no debe aplicarse a procedimientos de sistemas de tratamiento de reclamaciones de los consumidores gestionados por el comerciante ni a las negociaciones directas entre las partes*», y el artículo 2.2. e) lo excluye del ámbito de aplicación de dicha Directiva. Será el Derecho interno de cada Estado el que se ocupe de esta regulación, eso sí, respetando la imperatividad y los controles efectivos que impone la norma europea sobre cláusulas abusivas.

1. REGULACIÓN EN NUESTRO DERECHO INTERNO

Veamos pues, en que términos se contemplan en nuestro Derecho interno estos acuerdos. Según el artículo 1809 del Código civil: «*la transacción es un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al ya comenzado*». Y su pretensión es evitar el proceso, o ponerle fin. Quedan fuera del ámbito de la transacción el estado civil de las personas, las cuestiones matrimoniales, los alimentos futuros (art. 1814 CC), o las acciones penales, aunque sí se puede transigir sobre la acción civil «*proveniente de un delito*» (art. 1813 CC), no así, las transacciones que surjan en las relaciones de empresario con consumidor.

Según el artículo 1816 del Código civil, lo transigido *tiene para las partes la autoridad de cosa juzgada* y vincula a los contratantes en los términos del acuerdo, salvo que sea contrario a las leyes, a la moral o al orden público (art. 1255 CC), lo que obliga a respetar la imperatividad de la Directiva 93/13, y posibilita cualquier control contemplado en nuestra Ley 1/2007, frente a las cláusulas abusivas, donde no faltará el control de transparencia respecto de la cláusula de renuncia a las acciones, por tratarse esta, de un elemento esencial del contrato. Además, el artículo 1817 del Código civil reconoce que podrá impugnarse la transacción si median vicios del consentimiento que posibiliten la anulabilidad de esta.

2. NORMATIVA Y JURISPRUDENCIA EUROPEA.

Necesariamente, reiteramos, la protección de la Directiva 93/13, es una cuestión de interés público [asunto *Mostaza Claro* (2006)]¹⁴, que obliga al juez civil a apreciar de oficio el carácter abusivo, cuando disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios, como así se deriva de lo resuelto en el asunto *Pannon* (2009)]¹⁵, por lo que el carácter de no vinculante que se asigna a la cláusula que sea abusiva, conforme al artículo 6 de la Directiva, no impide: primero, que se someta el órgano jurisdiccional nacional para su examen respecto al artículo 3 y artículo 4 de la Directiva, que incluso, está «*obligado a verificar de oficio otras cláusulas del contrato siempre que estén vinculadas al objeto del litigio que conoce*», según ha resuelto recientemente el TJUE en la Sentencia de 11 de marzo de 2020 *Gyöngy Lintner/UniCredit Bank Hungary Zrt.* (C-511/17)¹⁶, y segundo, que el consumidor a sabiendas de la larga proyección de tutela dispensada por la Directiva 93/13, decida no exponerse ante un largo procedimiento y tomar las riendas de una solución alternativa.

Este acuerdo entre las partes, mal denominado novación una vez que su contenido y finalidad es transaccional (reitero hasta la saciedad, que tiene como pretensión poner fin al litigio o evitarlo, haciendo las partes concesiones recíprocas, renunciando al juicio de abusividad sobre la cláusula originaria), podrá evitar

que el juez examine el carácter abusivo de una cláusula predispuesta inicialmente, pero no impedirá que este nuevo contrato, el de transacción, se impugne si este es incompatible con la Directiva 93/13.

La tutela perseguida por esta Directiva unidireccional, la máxima protección de los consumidores, cumpliendo el mandato del artículo 114.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), y el carácter de normativa de interés público obliga a que los Estados velen por el interés de estos (arts. 7 y 8 de la Directiva 93/13), y tutelen las vías de consenso que eviten o pongan fin a cualquier litigio. Lo anterior, lleva a los tribunales nacionales a garantizar la protección efectiva. La Sentencia del Tribunal de Luxemburgo, de 27 de junio de 2000 en el asunto *Océano Grupo Editorial y Salvat Editores*¹⁷ apartado 26, determina que siendo el objetivo perseguido por el artículo 6 de la Directiva, que las cláusulas abusivas no vinculen a los consumidores, «solo podrá alcanzarse una protección efectiva del consumidor si el juez nacional está facultado para apreciar de oficio dicha cláusula», y podrá hacerlo también si la transacción es impugnabile, que lo es. Este aspecto es crucial para avalar los acuerdos transaccionales, una vez que, garantizada la protección judicial eficaz de los derechos de los consumidores, que nunca pueden ser renunciados previamente, podrán tener eficacia vinculante, *siempre que medie el consentimiento libre e informado*, como así expresan las Conclusiones del Abogado General, de fecha 30 de enero de 2020, en su apartado 55, de lo contrario, nada impide que se inste el juicio de abusividad.

Ya lo he apuntado en anteriores ocasiones, la Directiva 2013/11, de 21 de mayo, relativa a la resolución alternativa de litigios, y la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, por la que se incorpora a nuestro ordenamiento interno la Directiva mencionada, son una muestra del respaldo no solo del arbitraje, la mediación, o la conciliación, también lo es a otras vías de solución de conflictos como la transacción, siempre que se ofrezcan las garantías suficientes para la tutela del consumidor. Ahora bien, este «*procedimiento extrajudicial creado ad hoc para un único litigio entre consumidor y comerciante*», por ser «*negociaciones directas entre el consumidor y comerciante*» [considerando 20 y art. 2.2 e) de la Directiva 2013/11], aunque admitido por el ordenamiento europeo, queda excluido del ámbito de aplicación de esta norma, pero no del amparo de la Directiva 93/13. Estamos ante un nuevo contrato con consumidor que puede contener cláusulas abusivas.

3. SUPERAR LA FALTA DE TRANSPARENCIA

Es incuestionable que la incertidumbre en un procedimiento judicial nos llevará a transigir, haciendo concesiones recíprocas entre las partes, y evitando costes y resultados inciertos para ambas partes. Al igual que se transige sobre el precio único —elemento esencial—, minorándole o aumentándole ¿por qué no se va a transigir sobre otras cláusulas que inciden en el precio, y cuya licitud y validez no se cuestiona? No hay otras razones para descartar su validez, cuando se impulsan soluciones extrajudiciales, consensuadas, que eviten enjuiciar la posible «abusividad» de una cláusula que deja de vincular en los términos iniciales.

Como ya dije con ocasión de otra publicación acerca de la viabilidad de la transacción admitida por la STS de 11 de mayo de 2018, si la cláusula del contrato originario puede ser *abusiva por falta de transparencia*, no hay razón para no admitir el contrato transaccional que las partes consideren: hagamos

transparente *ex novo*, lo que *ab initio* adolece de transparencia, por la propia autonomía del contrato de transacción que, presumiblemente, ha cumplido todas las exigencias esperables en un contrato con consumidores¹⁸. Aun así, nada obsta al juzgador a pronunciarse sobre la naturaleza eventualmente abusiva por falta de transparencia de este segundo pacto.

IV. FACULTAD DE DISPONER DEL CONSUMIDOR ANTE UNA CLÁUSULA QUE PUEDE SER ABUSIVA

Mi propósito es acudir a los argumentos que sirven de base para avalar la facultad de disponer y llegar a acuerdos transaccionales respecto a las cláusulas predispuestas, con independencia de que se trate de las que puedan apreciarse como abusivas conforme al artículo 3.1 de la Directiva, o de las abusivas impropias por encajar en el artículo 4.2, e independientemente de que recaigan sobre elementos accidentales o esenciales del contrato. Nos valdremos de algunas aportaciones de la jurisprudencia europea que admiten la viabilidad a la transacción individualizada, y también de normativa. La Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2018, y que constituyó un punto de partida para postularnos a favor del acuerdo y su compatibilidad con la Directiva 93/13, menciono alguna, otras, que añadimos a continuación, han sido deducidas de lo expuesto en este análisis, principalmente de las Conclusiones del Abogado General del pasado 30 de enero de 2020:

(i) La Sentencia del TJUE de 3 de octubre de 2019 asunto *Dziubak*¹⁹, determina que la imperatividad de la Directiva, *no llega hasta el extremo de hacer obligatorio el sistema de protección contra la utilización de cláusulas abusivas por los profesionales que ha instaurado en beneficio de los consumidores*, por lo que, *cuando el consumidor prefiera no valerse de este sistema de protección, el mismo no se aplicará* (apartado 54).

(ii) Las Sentencias del TJUE de 21 de febrero de 2013 asunto *Banif Plus Bank* y la de 30 de abril de 2014, asunto *Kásler*, en clara alusión a la obligatoriedad de la Directiva 93/13, han sentado un claro precedente respecto a la decisiva voluntad de la parte más débil. En la primera de ellas, el TJUE advierte al juez interno que le incumbe *tener en cuenta, en su caso, la voluntad manifestada por el consumidor cuando, consciente del carácter no vinculante de una cláusula abusiva, manifiesta, no obstante, que es contrario a que se excluya, otorgando así un consentimiento libre e informado a dicha cláusula*. A este argumento apunta el apartado 39 de las Conclusiones del AG, de 30 de enero de 2020.

(iii) En el ámbito registral, la Resolución de la DGRN de 19 de julio de 2017²⁰, en la línea de lo que apuntaba de manera sesgada el TJUE en las Sentencias del Tribunal de Luxemburgo de 21 de febrero de 2013 (*Banif Plus*), y 30 de abril de 2014 (*Kásler*), y adelantándose a la doctrina del TS y a la del AG danés, admitió que, ante la eliminación de una cláusula abusiva, nada obsta a que medie: «un nuevo acuerdo entre partes y “ex novo” pactar una mejora de la cláusula dejada sin efecto porque la calificación registral ha restablecido el equilibrio contractual y el consumidor con pleno conocimiento de causa, puede prestar un consentimiento libre e informado».

(iv) Pues bien, si el adherente puede renunciar a las consecuencias previstas en el artículo 6.1 de la Directiva a sabiendas, mediando procedimiento judicial, parece razonable que también pueda hacerlo antes de la vía judicial, siempre

que el acuerdo responda a los parámetros de la Directiva 93/13. En parecidos términos lo expuse en anteriores publicaciones. Así, en las Conclusiones del Abogado General Wahl²¹ en el asunto *Gravilescu* (C-627/15), se indica que el alcance normativo de la Directiva 93/13 y su imperatividad, no impide la posibilidad de transigir, siempre que esta haya sido objeto de negociación y el resultado del acuerdo sea conforme al ordenamiento jurídico. Está en juego el principio de autonomía de la voluntad —o «principio dispositivo», según otros ordenamientos—, del que la facultad de desistir o renunciar constituye la máxima expresión de la capacidad y libertad de las partes.

(v) En relación con dicho principio de autonomía, el artículo 124 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia admite que, es posible que las partes lleguen a un acuerdo sobre la solución que debe darse al litigio, antes de que el Tribunal resuelva, y el Tribunal, sin más exámenes *ex officio*, ni información al juzgador sobre las cuestiones de fondo, ordenará el archivo del asunto, haciéndolo constar en el Registro. También el artículo 125 de dicho Reglamento contempla el derecho de desistimiento, sin más trámites²².

(vi) La Directiva 2013/11/CEE sobre la resolución extrajudicial de los conflictos en materia de consumo, transpuesta a nuestro ordenamiento interno a través de la Ley 7/2017, reconoce a los Estados la facultad de que mantengan o articulen otros mecanismos ajenos a esta, siempre que se mantengan las garantías suficientes para el consumidor. En el caso de la transacción, no faltará el amparo dispensado en la Directiva 93/13 una vez como hemos indicado, la renuncia al ejercicio a impugnar una cláusula que puede ser abusiva, constituye el objeto principal del contrato del artículo 1809 del Código civil, por lo que si en esta segunda oportunidad, no se cumplió el estándar de la debida y completa transparencia del artículo 4.2 de la Directiva, la renuncia «no vinculará» en los términos y con la extensión del artículo 6.1 de dicha norma europea²³.

(vii) Así las cosas, admitido el carácter no vinculante de cláusulas contractuales abusivas (art. 6.1 de la Directiva 93/13) —y sabido por el consumidor—, las partes, voluntariamente, acuerdan transigir sobre la estipulación de dudosa abusividad, a cambio de concesiones recíprocas y con el objeto de evitar procedimientos tediosos e inciertos. Además, el acuerdo contiene la renuncia a invocar el carácter abusivo de la cláusula anterior. Dicho esto y aun cuando por la transacción el consumidor no pueda someter a control la validez de la cláusula que figuraba inicialmente en el contrato originario, *sí puede impugnar la validez de la nueva cláusula suelto, estipulada en el acuerdo*. Así lo indica el Abogado General (Sr. Saugmandsgaard Øe) en sus Conclusiones del pasado 30 de enero, asunto *Ibercaja*, apartado 33.

(viii) Admitido que, el contenido imperativo de la norma europea en cuanto a la tutela que dispensa al consumidor, no puede ser obligatoria para este, que está facultado para invocar o no el carácter de abusividad. Por lo que, aun cuando no puede, *en principio, renunciar a esta protección* (apartado 4.1 de las directrices sobre la interpretación de la Directiva 93/13, de 27 de septiembre de 2019), nada obsta para que la renuncia opere cuando pudiendo instar el juicio de abusividad, opta por no impugnar y transigir. La Sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016 admite que existen otras alternativas, incluso cuando se ha declarado judicialmente la abusividad²⁴.

(ix) En línea con lo anterior, en las Conclusiones del Abogado General (Sr. Saugmandsgaard Øe), apartado 45, admite que, *el consumidor tiene, en determinadas circunstancias, la facultad de renunciar posteriormente, por la vía contractual, a los derechos que le otorga la Directiva*. Claro que, la renuncia se produce cuando el derecho forma parte de la esfera de actuación del disponente.

(x) Lo hemos expresado en alguna ocasión anterior, no se entendería la admisibilidad de la transacción en otros ámbitos con consumidores, como son los acuerdos que se alcanzan entre asegurador y perjudicado conviniendo una determinada indemnización, o en la reclamación de devolución de cantidades entregadas a cuenta para la construcción de vivienda, y que no tuviesen cabida en el contexto bancario.

(xi) Finalmente, y no menos importante, entiendo, que es oportuno poner en valor que se evitarían todas estas discusiones si los acuerdos se validaran vía transacción judicial. Su admisibilidad en la LEC (art. 19), que gozaría de todas las garantías por la homologación judicial (415 LEC); o la conciliación previa a un procedimiento judicial (art. 139 LJV), evitarían desconfianza en cuanto servirían para validar negociaciones libremente pactadas. Aunque no hay que olvidar el deber del órgano jurisdiccional, que conozca de la transacción con un consumidor; de examinar el eventual carácter abusivo de cualquier cláusula del contrato transaccional.

Muchas de estas consideraciones, algunas inicialmente expuestas en otras publicaciones de la autora, tras la STS de 11 de abril de 2018, han quedado suficientemente avaladas por las Conclusiones del Abogado General danés, a las que no podemos más que adherirnos, y hacerlas extensibles a cualquier posible cláusula abusiva.

V. LA RENUNCIA MUTUA AL EJERCICIO DE ACCIONES, ELEMENTO ESENCIAL EN LA TRANSACCIÓN

El consumidor, en ningún caso, puede renunciar con antelación a la protección que le otorga la Directiva 93/13, pues como bien dice el Abogado General danés, *nadie comprende realmente la importancia de la protección que brinda la legislación en materia de protección de los consumidores hasta que surge una dificultad y necesita precisamente esta protección* (apartado 43 de las Conclusiones). Ahora bien, una vez garantizada la tutela que dispensa la Directiva a través de la no vinculación de las cláusulas que resulten nulas (art. 6.1), admitida la imperatividad de la misma, que no su obligatoriedad para el consumidor, de su voluntad depende, invocar o no la pretensión de que la cláusula se declare nula y no le vincule. Al igual que es su facultad renunciar a cuestionar la estipulación inicial. Autonomía de la voluntad siempre que no contrarie el interés o el orden público, ni perjudique a terceros (arts. 1255 y 6.2 del Código civil).

En definitiva, esta transacción genera nuevos vínculos que sustituyen o modifican los términos iniciales, vincula a las partes en los nuevos aspectos acordados, teniendo para estos *la autoridad de la cosa juzgada* (art. 1816 CC) en cuya virtud, se produce el efecto de renuncia respecto a los aspectos controvertidos transigidos (art. 1815.2 CC). Ahora bien, esto no impide la impugnación por incumplimiento o porque medie alguna causa de anulabilidad o nulidad del contrato (art. 1817 CC), o falte la debida transparencia (art. 83.2 del texto de consumidores).

Con estas premisas, principalmente en lo que se refiere a que la renuncia es un elemento intrínseco, esencial al contrato de transacción, y que el efecto jurídico de que una cláusula abusiva *no vinculara* al consumidor, sirven para postularnos una vez más, a favor de la admisibilidad del nuevo acuerdo, una vez que subsisten, a favor del consumidor, y a pesar de la renuncia implícita, los controles imperativos de la Directiva 93/13, principalmente, sobre este elemen-

to, si sigue faltando la necesaria transparencia material. En el asunto *Gutiérrez Naranjo* (2016), se fijaría que la exigencia de transparencia del artículo 4.2 de la Directiva *no se circunscribía a la transparencia formal de las cláusulas contractuales, que implica el carácter claro y comprensible de la redacción de estas, sino que se hacía extensiva a la observancia de la transparencia material, que implica que sea suficiente la información facilitada al consumidor en lo que atañe al alcance tanto jurídico como económico de su compromiso contractual* (apartado 48). Una primera delimitación del concepto de transparencia que tanto habíamos echado en falta. Y todo un margen a la autonomía de la voluntad del consumidor; que estará facultado a renunciar a la protección dispensada por la Directiva, al tiempo en el que pudiese ejercitar los derechos atribuidos.

Partiendo de todo lo anterior, la transacción, que posibilita restablecer el equilibrio subjetivo de la obligación, de haber faltado este, y que contiene la renuncia implícita acerca de la cuestión objeto de disputa, es admitida por la jurisprudencia europea reciente, como así hemos ido señalando en anteriores ocasiones²⁵, y a la que sumamos el aval, muy fundamentado, del Abogado General Saugmandsgaard Øe, que en sus Conclusiones, se refiere básicamente a esta cláusula.

Con carácter previo, y antes de las Conclusiones del AG de 30 de enero de 2020, cabe citar algunos supuestos en los que se admiten soluciones distintas a la no vinculación de la cláusula, por voluntad del consumidor: (i) la STJUE de 21 de febrero de 2013 (Sala Primera), asunto *Banif Plus Bank* (C472/11), apartado 35 y declaración final, para el caso de una cláusula abusiva propia del artículo 3.1 de la Directiva admite que, sabido por el consumidor el carácter no vinculante de la estipulación, este manifiesta ante el juez nacional, que es contrario a que se excluya la citada estipulación *«otorgando así un consentimiento libre e informado a dicha cláusula»*²⁶; (ii) la STJUE de 14 de abril de 2016 (Sala Primera) asuntos acumulados *Sales Sinués vs Caixabank* y *Drame Ba vs Catalunya Banc* (C-381/14 y C-385/14), que en su apartado 25, reconoce que: *«el derecho a una protección efectiva del consumidor comprende la facultad de renunciar a hacer valer sus derechos, de forma que el juez nacional debe tener en cuenta, en su caso, la voluntad manifestada por el consumidor cuando, consciente del carácter no vinculante de una cláusula abusiva, manifiesta, sin embargo, que es contrario a que se excluya, otorgando así un consentimiento libre e informado a dicha cláusula»*. Avalando así, la posibilidad del consumidor a renunciar a la «no vinculación» de la cláusula abusiva en el marco jurídico de los artículos 3 y 4.1 de la Directiva; (iii) la STJUE de 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados *Gutiérrez Naranjo* (C-154/15, C-307/15 y C-308/1), determina, en su apartado 71, que las condiciones estipuladas por los Derechos nacionales, a las que se refiere el artículo 6.1 de la Directiva 93/13, no podrán afectar a un derecho sustancial del consumidor; el de *«no estar vinculado por una cláusula considerada abusiva»*, lo que no será obstáculo para que, con carácter voluntario, opte por novar, modificar y convenir otras condiciones contractuales.

Por otro lado, y a la espera de la resolución del TJUE, el Abogado General (Sr. Saugmandsgaard Øe) en sus Conclusiones del pasado 30 de enero, en el asunto *Ibercaja*, apartado 40, admite por primera vez, y de modo concluyente, que el consumidor *puede renunciar a invocar el carácter abusivo de una cláusula determinada, siempre que dicha renuncia sea fruto, ..., de un consentimiento libre e informado*, en clara alusión al asunto *Banif Plus Bank* (2013), al que ya me referí en anteriores publicaciones. Advierte además que, dicha cláusula de renuncia debe cumplir el imperativo de transparencia material del artículo 4.2 de la Directiva *(es transparente, desde el punto de vista material, cuando un consumidor medio,*

normalmente informado y razonablemente atento y cuidadoso puede comprender las consecuencias, tanto jurídicas como económicas, que se derivan para él de dicha cláusula, según apartado 78 de las Conclusiones). Llegados a este punto, entiendo que, la cláusula de renuncia al ejercicio de acciones judiciales por ambas partes, es objeto principal del contrato de transacción, y constituye la ratio misma de este nuevo vínculo obligacional (transigir renunciando), por lo que, conforme artículo 4.2 de la Directiva 93/13, no es *per se* abusiva, siempre que responda a los cánones de transparencia material descritos por el Tribunal europeo²⁷. De no responder a esta transparencia, el derecho a invocar ante el juez competente la posible abusividad de este acuerdo transaccional, está garantizado por el citado artículo 4.2 de la Directiva 93/13.

Finalmente, la voluntad libremente manifestada por el consumidor será determinante, como confirma la Sentencia de 30 de abril de 2014 asunto *Kásler Káslerné Rábai* (C-26,13)²⁸, o la de 3 de octubre de 2019 en el asunto *Dziubak*, que hará especial hincapié en que la voluntad de consumidor acerca de las consecuencias provocadas por la anulación de un contrato en su totalidad, será decisiva.

VI. CONCLUSIONES

Es esencial reiterar que, el carácter imperativo de la Directiva 93/13 en la protección contra las cláusulas abusivas, aunque vincula a todas las partes, no es obligatoria para el consumidor; que al tiempo del ejercicio del derecho puede no buscar amparo judicial invocando la abusividad. En ese caso, no habrá pronunciamiento que determine la no vinculación de la cláusula inicial al amparo del artículo 6.1 de la Directiva, ni a instancia de parte, ni de oficio por los órganos jurisdiccionales.

El Abogado General Saugmandsgaard Øe, al contrario de lo que para muchos era lo esperable, se ha mostrado conforme con la compatibilidad del contrato de transacción con la Directiva 93/13. Admitiendo expresamente, y por primera vez, que *el consumidor puede negociar una cláusula potencialmente abusiva, transigir sobre ella confirmando su validez, y renunciar a ejercitar acciones* para invocar su carácter de abusiva. Ahora bien, este convenio de transacción que tiene por objeto un aspecto jurídico controvertido originario y una renuncia mutua al ejercicio de acciones, estará sujeto a determinadas garantías:

1. Deberá ser objeto de negociación individual con posibilidad para el consumidor de haber *podido influir sobre su contenido* (art. 3.2 Directiva 93/13). De ser negado este aspecto, recaerá sobre el profesional la carga de la prueba de que la cláusula *se ha negociado individualmente* (art. 3.3 Directiva 93/13).

2. No estará exento de impugnación si lesiona derechos del consumidor tutelados por el Derecho europeo, una vez que: (i) la cláusula novada o modificada, según recaiga sobre cláusulas accesorias o sobre elementos esenciales del contrato, quedará sujeta a los respectivos controles de abusividad, y (ii) la estipulación de renuncia a la acción, estará sujeta al control de transparencia, por ser consustancial —elemento esencial— al contrato de transacción.

3. Lo anterior, obliga a un examen individualizado de cada uno de los contratos de transacción que se cuestionen, principalmente, para examinar si se cumple la exigencia de la transparencia debida según el artículo 4.2 de la Directiva, y respecto a la renuncia misma a impugnar la validez del acuerdo por esa falta de transparencia. A este control, *caso por caso*, para examinar *si han*

sido redactadas por el profesional de manera clara y comprensible, se refiere la STJUE 26 de enero de 2017 *Banco Primus, S.A.*, apartado 65. Para el supuesto general, el de las cláusulas abusivas propias definidas en el artículo 3.1 de la Directiva 93/13, se impone al juez nacional *determinar si, dadas la circunstancias propias del caso concreto, la cláusula en cuestión cumple las exigencias de buena fe, equilibrio y transparencia que impone dicha Directiva*, como ha señalado recientemente la Sentencia del TJUE de 3 de marzo de 2020 asunto *Gómez del Moral*, apartado 44.

Desde nuestro punto de vista, ya no cabe aquello de que los acuerdos que pretendan validar cláusulas nulas, son nulos de pleno derecho, o no cabe acuerdo sobre cláusulas nulas en origen, como se insistió por nuestro Tribunal Supremo en múltiples resoluciones, de las que la STS de 16 de octubre de 2017 había sido su máximo exponente *¿Es esto una crisis de los efectos de la nulidad absoluta recién proclamada en los artículos 5.5 de la LCGC, o en el artículo 83.2 del TRLGDCU? No lo creo, porque la excepcionalidad deriva del propio interés del consumidor* que opta por negociar y evitar un litigio que puede no interesarle. Como avanzamos en artículos anteriores, y como ha puesto en valor el Abogado General el pasado 30 de enero, estos acuerdos son válidos siempre que medie la debida transparencia y en tanto que la renuncia sea *fruto de un consentimiento libre e informado* a este pacto. Aunque mucho me temo que sobre este último aspecto no faltarán interpretaciones y desencuentros más o menos fundamentados.

Admitida la compatibilidad con la Directiva 93/13, también hemos de admitir que lo es con la Directiva 2013/11, sobre mecanismos alternativos de resolución de conflictos con intervención de terceros, y que valida cualquiera de los instrumentos de Derecho interno que respeten todas las garantías para el consumidor. Bien es cierto que los contratos de transacción con consumidores, quedan excluidos del ámbito de aplicación de esta última norma europea (el art. 2.2, letra e, determina que la Directiva 13/11 no se aplica «a la negociación directa entre el consumidor y el comerciante»), aunque reconoce su existencia y no la prohíbe. Ahora bien, recordemos que estos acuerdos deberán gozar de mayores garantías que los supuestos que la norma europea contempla. Por lo que, no hay razón para negar validez y eficacia a estos pactos una vez que, a favor del sujeto adherente, siguen vigente los controles de abusividad.

El acuerdo que modifica o sustituye la cláusula que podría ser abusiva, y que implícitamente contiene la renuncia al juicio de abusividad, no impide la subsistencia de las debidas garantías dispensadas por la Directiva 93/13 frente a las cláusulas abusivas que pudiese contener, ya sea en el sentido del artículo 3, ya en el de objeto principal del artículo 4.2 (en el caso de la renuncia). El acuerdo posterior que suple cláusulas anteriores, no cambia la denominación del sujeto-consumidor, que sigue amparado en los mismos términos por el ordenamiento europeo. La tutela judicial efectiva sigue vigente para la parte más débil.

En definitiva, y aunque habrá que esperar a la Sentencia del TJUE en el caso *Ibercaja*, parece que *el régimen de nulidad absoluta* existente en nuestro ordenamiento interno, *no impide, cuando se trata de proteger al consumidor, y teniendo en cuenta la voluntad manifestada por este, que se celebren acuerdos entre partes que subsanen los errores cometidos y restablezcan el equilibrio alterado*. Compensando así, a la parte más débil que deberá prestar un *consentimiento libre e informado*²⁹, para evitar de nuevo caer en el marco de la falta de transparencia del artículo 4.2 de la Directiva 93/13.

VII. ÍNDICE CRONOLÓGICO DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES

PRONUNCIAMIENTOS DEL TJUE

- Sentencia del TJUE de 27 de junio de 2000 asunto *Océano Grupo Editorial y Salvat Editores* (C-240/98, EU:C:2000:346)
- Sentencia del TJUE (Sala Primera) de 26 de octubre de 2006 asunto *Mostaza Claro* (C-243/08, EU:C:2006:675)
- Sentencia del TJUE (Sala Cuarta) de 4 de junio de 2009 asunto *Pannon GSM* (C-243/08, EU:C:2009:350)
- Sentencia del TJUE de 6 de octubre de 2009 (Sala Primera), asunto *Asturcom Telecomunicaciones* (C-40/08, EU:C:2009:615)
- Sentencia del TJUE (Sala Primera) de 21 de febrero de 2013 asunto *Banif Plus Bank* (C-472/11, EU:C:2013:88)
- Sentencia del TJUE (Sala Cuarta) de 30 de abril de 2014, *Kásler y Káslerné Rábai* (C-26/13, EU:C:2014:282)
- Sentencia del TJUE (Gran Sala) de 21 de diciembre de 2016 asunto *Gutiérrez Naranjo* (asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15, EU:C:2016:980)
- Sentencia del TJUE (Sala Primera) de 26 de enero de 2017, *Banco Primus, S.A.* (asunto C-421/14)
- Sentencia del TJUE (Sala Tercera) de 3 de octubre de 2019, asunto *Dziubak* (C-260/18, EU:C:2019:819)
- Sentencia del TJUE de 3 de marzo de 2020 (Gran Sala) asunto *Gómez del Moral* (C-125/18, EU:C:2020/138)
- Sentencia del TJUE de 11 de marzo de 2020 (Sala Tercera) *Györgyné Lintner/ UniCredit Bank Hungary Zrt.* (C-511/17, EU:C:2020/188)

PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA DE LO CIVIL

- STS de 11 de abril de 2018 (Roj: STS 1238/2018 - ECLI: ES:TS:2018:1236)
- STS de 6 de marzo de 2019 (Roj: STS 2761/2019 - ECLI: ES:TS:2019:2761)
- STS de 11 de septiembre de 2019 (Roj: STS 677/2019 - ECLI: ES:TS:2019:677)

RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

- Resolución de 19 de julio de 2017, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador de la propiedad de Granada nº 2, por la que se suspende la inscripción de una escritura pública de préstamo hipotecario.

VIII. ÍNDICE DE LEGISLACIÓN CITADA, INCLUÍDAS PROPUESTAS Y COMUNICACIONES EUROPEAS

- Código civil.
- Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (por sus siglas en

inglés, la «UCTD»); modificada por la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo.

- Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación.
- Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.
- Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y el Consejo por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, la Directiva 98/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que atañe a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la UE [COM(2018) 185 final].
- Comunicación de la Comisión con Directrices sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, de la Comisión Europea, publicada el 27 de septiembre de 2019.

IX. BIBLIOGRAFÍA

ALFARO ÁGUILA-REAL, El consumidor puede transigir sobre el objeto principal del contrato. Si se emplean cláusulas predispuestas en la transacción, se someterán a control de transparencia, *Blog Almacén de Derecho*, 30 de enero de 2020.

CÁMARA LAPUENTE, S., *El control de las cláusulas «abusivas» sobre elementos esenciales del contrato*, Editorial Aranzadi, 2006.

CARRASCO PERERA, A., Validez de las novaciones transaccionales de préstamos hipotecarios con cláusula suelo. Una buena Sentencia de casación, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 13 de abril de 2018. Consultado en http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Validez_de_las_novaciones_transaccionales_de_prestamos_hipotecarios_con_clausula_suelo.pdf

MARÍN LÓPEZ, M.J., Novación de préstamos hipotecarios con cláusula suelo y renuncia al ejercicio de derechos. Nota crítica a la STS 205/2018, de 11 de abril, *Revista CESCO*, 28 de abril de 2018. Consultado en <http://centrodeestudiosdeconsumo.com/index.php/2-principal/3563-novaci%C3%B3n-de-pr%C3%A9stamos-hipotecarios-con-cl%C3%A1usula-suelo-y-renuncia-al-ejercicio-de-derechos-nota-cr%C3%ADtica-a-la-sts-205-2018,-de-11-de-abril-2>)

— El acuerdo novatorio y/o transaccional sobre la cláusula suelo en un préstamo hipotecario. Argumentos que justifican el planteamiento de una cuestión prejudicial ante el TJUE, *Revista CESCO*, 13 de marzo de 2019. Consultado en <http://centrodeestudiosdeconsumo.com/index.php/2-principal/4013-el-acuerdo-novatorio-y-o-transaccional-sobre-la-cl%C3%A1usula-suelo-en-un-pr%C3%A9stamo-hipotecario-argumentos-que-justifican-el-planteamiento-de-una-cuesti%C3%B3n-prejudicial-ante-el-tjue>

MUÑOZ GARCÍA, C., Integración y sustitución de cláusulas nulas por abusivas en contratos bancarios, *RCDI*, núm. 778, marzo-abril de 2020, 1386-1404.

— Falta de transparencia, posible ineficacia y acuerdo transaccional válidos, *RDBB*, núm. 8903, 18 de enero de 2017; Año 37, 152, 2018.

— ¿Novación o contrato de transacción? Solución a la posible falta de transparencia en la cláusula suelo. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2018» en *Comentarios a las Sentencias de Unificación de*

Doctrina (Civil y Mercantil), dirigidos por Yzquierdo Tolsada, M., vol. 10^o (2018), Dykinson.

- Transacción sobre cláusulas que pueden ser abusivas. Mecanismo alternativo para evitar el litigio entre banco y consumidor; presentado en noviembre de 2019 a concurso en premio Secciones del ICAM, otorgado el Premio Secciones 2019 al mejor artículo en Derecho Bancario en fecha 25 de mayo de 2020 (en prensa, ICAM)

PANTALEÓN PRIETO, C., A propósito de las Conclusiones del Abogado General en el asunto de las transacciones sobre las cláusulas suelo, blog *Almacén de Derecho*, de 4 de febrero de 2020.

REDONDO TRIGO, F., Transacción, novación y nulidad respecto de cláusulas suelo en la STS de 11 de abril de 2018, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 94, 2018, 2346 a 2366.

NOTAS

¹ Como ya lo ha hecho nuestro Tribunal Supremo en alguna ocasión. La Sentencia de 11 de abril de 2018, es el paradigma sobre esta materia. Así lo puse de manifiesto en algunos artículos sobre cuestión. *Vid.* MUÑOZ GARCÍA, C., Falta de transparencia, posible ineficacia y acuerdo transaccional válidos, *RDBB*, núm. 8903, 18 de enero de 2017; Año 37, 152, 2018. De la misma autoría, ¿Novación o contrato de transacción? Solución a la posible falta de transparencia en la cláusula suelo. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2018, en *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil)*, dirigidos por YZQUIERDO TOLSADA, M., vol. 10^o (2018), Dykinson. Con pretensión más ambiciosa y generalizada, consideré la viabilidad de la transacción para todas las cláusulas que pudiesen enjuiciarse como abusivas por falta de transparencia, en MUÑOZ GARCÍA, C., Transacción sobre cláusulas que pueden ser abusivas. Mecanismo alternativo para evitar el litigio entre banco y consumidor, inédito, presentado a Premio Secciones del ICAM en noviembre de 2019, premiado, y pendiente de publicación en revista del ICAM.

² Como ya advirtió la STJUE de 26 de octubre de 2006 asunto *Mostaza Claro* (C-243/08, EU:C:2006:675), en su apartado 36, el artículo 6.1 de la Directiva 93/13, en cuanto que las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional «no vincularán al consumidor», para reemplazar el equilibrio formal que este establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre estas.

³ De la necesaria integración en muchos casos, y de su admisibilidad excepcional por el Tribunal europeo, MUÑOZ GARCÍA, C., Integración y sustitución de cláusulas nulas por abusivas en contratos bancarios, *RCDI*, núm. 778, marzo-abril de 2020 (en prensa). La reciente STJUE de 3 de marzo de 2020, reconoce la *sustitución de una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional queda plenamente justificada a la luz de la finalidad de la Directiva 93/13* (apartado 62).

⁴ MUÑOZ GARCÍA, C., Falta de transparencia..., *op. cit.*, o en ¿Novación o contrato de transacción?, también citado anteriormente.

⁵ Como así indica MUÑOZ GARCÍA, C., en Transacción sobre cláusulas que pueden ser abusivas. Mecanismo alternativo para evitar el litigio..., *op. cit.* (pendiente), una vez que la Directiva 2013/11, de 21 de agosto de 2013, sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo, no regula la transacción, pero reconoce su existencia en el artículo 2.2, apartado e). Si bien, dejará estos acuerdos directos entre profesionales y consumidores fuera del ámbito de aplicación de dicha norma europea.

⁶ Así quedó expresado en la publicación anteriormente citada.

⁷ Así defendido anteriormente, MUÑOZ GARCÍA, C., Transacción sobre cláusulas que pueden ser abusivas. Mecanismo alternativo para evitar el litigio entre banco y consumidor (*Revista ICAM*, 2020, pendiente).

⁸ Así se advierte en la Sentencia del TJUE (Sala Cuarta) de 4 de junio de 2009 asunto *Pannon GSM* (C-243/08), en su apartado 31.

⁹ La Sentencia del TJUE (Gran Sala) de 21 de diciembre de 2016 asunto *Gutiérrez Naranzo* (asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15, EU:C:2016:980), conectó la falta de transparencia —cláusulas que recaen sobre el objeto principal—, con el juicio de abusividad, y la «no vinculación» de la cláusula con la nulidad absoluta de la misma.

¹⁰ En este punto me remito a lo ya dicho anteriormente al hilo de los requisitos de transparencia en la información precontractual y contractual, ampliamente desarrollada en la Comunicación de la Comisión Europea de 27 de septiembre de 2019.

¹¹ La mediación, durante años, ha tenido gran repercusión práctica en relaciones de familia y trabajo, siendo acogida progresivamente en el ámbito de consumo. La partes voluntariamente se someten a un mediador, imparcial, que pretende el acercamiento de posiciones y les ayuda a conciliar intereses.

¹² Regulado en la Ley de Arbitraje de 23 de diciembre de 2003, el título V regula el procedimiento (arts. 24 y sigs.). De la ejecución del laudo arbitral y de otros títulos ejecutables, como es la mediación, arts. 517 y sigs. LEC). La Directiva 2013/11, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento (CE) núm. 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE (Directiva sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo), establecen la creación de una plataforma de resolución de litigios en línea que ofrece a los consumidores y a los comerciantes una ventanilla única para la resolución extrajudicial de litigios en línea mediante entidades de resolución alternativa que están vinculadas a esa plataforma y que ofrecen la resolución alternativa a través de procedimientos de calidad» (considerando 12 de la Directiva 2013/11).

¹³ Sobre el contrato de transacción, cualquier autor de la doctrina civilista, en cualquiera de sus manuales.

¹⁴ La Sentencia del TJUE (Sala Primera) de 26 de octubre de 2006 asunto *Mostaza Claro* (C-243/08, EU:C:2006:675), en el apartado 38, incide claramente en el deber del juez nacional de apreciar la nulidad de una cláusula abusiva, dado el interés público en el que se basa la protección de la Directiva.

¹⁵ La Sentencia del TJUE (Sala Cuarta) de 4 de junio de 2009 asunto *Pannon GSM* (C-243/08, EU:C:2009:350), es concluyente al respecto.

¹⁶ Como así consta en el Comunicado de prensa del TJUE, de 11 de marzo de 2020 <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2020-03/cp200027es.pdf>

¹⁷ Probablemente, la Sentencia del TJUE de 27 de junio de 2000 asunto *Océano Grupo Editorial y Salvat Editores*, sea la primera en pronunciarse respecto del deber de los jueces nacionales a examinar de oficio el carácter de abusividad de una cláusula en la contratación con consumidores. Solo así, dice, se logra el efecto útil de la Directiva 93/13.

¹⁸ Términos ya utilizados por MUÑOZ GARCÍA, C., *op. cit. ant.*

¹⁹ Así de concluyente es la Sentencia de 3 de octubre de 2019 dictada en el asunto *Dziubak*.

²⁰ Ver https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2017-9827

²¹ Las Conclusiones presentadas por el Abogado General Sr. Nils Wahl, 14 de septiembre de 2017, y haciendo suyas las Conclusiones del Abogado General Kokott presentadas en el asunto *Belov* (C-394/11, EU:C:2012:585), punto 45, nota 39, señala con gran acierto que: «El principio dispositivo, conforme al cual la iniciación, la terminación y el desarrollo de un procedimiento está en manos de las partes, rige en las leyes de procedimiento (civil) de muchos Estados miembros y permite a las partes, por ejemplo, poner fin a un litigio mediante un acuerdo transaccional, renunciando a la sentencia» (apdo. 32 de las Conclusiones, nota 9).

²² Argumento ya dado en publicación anterior: MUÑOZ GARCÍA, C., en *Falta de transparencia, posible ineficacia...*, *RDBB*, *op. cit.* 189.

²³ Así se indicó en MUÑOZ GARCÍA, C., *Transacción sobre cláusulas que pueden ser abusivas. Mecanismo alternativo...*, *op. cit.* (en prensa). También en *¿Novación o contrato de transacción?*, en *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil)*, n. 81 y 82.

²⁴ Es más, en este caso, el TJUE va más lejos cuando, en el apartado 61, y en clara alusión a una decisión judicial que declara que la cláusula es abusiva, admite que, dicha

declaración judicial «debe tener como consecuencia, *en principio*, el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula». Nada impide pues, otras consecuencias si así lo quisiera el tutelado por la Directiva 93/13.

²⁵ Jurisprudencia que se ha ido incorporando en sucesivos estudios, haciendo transcripción literal de algunas de las citadas con anterioridad por MUÑOZ GARCÍA, C., Falta de transparencia, posible ineficacia,..., *RDBB*, *op. cit.* 192-193.

²⁶ En la declaración final del as. *Banif Plus Bank*, y en relación con la sanción del artículo 6.1 y el artículo 7.1 de la Directiva concluye que: «el principio de contradicción obliga, con carácter general, al juez nacional que haya comprobado de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual a informar de ello a las partes procesales y ofrecerles la posibilidad de debatir de forma contradictoria según las formas previstas al respecto por las reglas procesales nacionales».

²⁷ MUÑOZ GARCÍA, C., Transacción sobre cláusulas que pueden ser abusivas. Mecanismo alternativo..., *op. cit.* (en prensa).

²⁸ Muy conciso el comentario de ALFARO ÁGUILA-REAL, en Cláusulas abusivas y elementos esenciales del contrato, *Blog Derecho Mercantil*, 12 de febrero de 2014, que en parte se hace eco de haciéndose eco de las Conclusiones del Abogado General (Asunto C-26/13 *Árpád Kásler, Hajnalka Káslerné Rábai contra OTP Jelzálogbank Zrt*, resuelto en STJUE de 30 de abril de 2014), acerca del artículo 4.2 de la Directiva 93/13, en cuanto el carácter claro y comprensible de estas cláusulas «debe apreciarse en función de si garantiza que el consumidor disponga de la información necesaria para poder apreciar las ventajas e inconvenientes de la celebración de un determinado contrato y los riesgos a los que se expone con motivo de dicha operación. El consumidor debe, además de comprender el contenido de una cláusula contractual, conocer las obligaciones y los derechos que esta conlleva». Visto en <http://derechomercantilesana.blogspot.com.es/2014/02/clausulas-abusivas-y-elementos.html>

²⁹ Al consentimiento «libre e informado» aluden reiteradas Sentencias del TJUE, entre otras, la de 21 de febrero de 2013 asunto *Banif Plus Bank* (C-472/11), en su apartado 35.