

Auto TJUE de 3 de marzo de 2021: nuevo revés a la doctrina del TS sobre el control de transparencia en su sentencia de 11 de abril 2018 respecto de los acuerdos novatorios

Revista de Derecho vLex - Núm. 202, Marzo 2021

Autor: Jesus M^a Sánchez García

Cargo: Abogado

Id. vLex VLEX-861982553

Link: <https://app.vlex.com/#vid/auto-tjue-3-marzo-861982553>

Texto

Contenidos

La sentencia de la Sala 1^a del TS número 205/2018 de 11 de abril, resolvió, como todos sabemos, un recurso de casación sobre nulidad de cláusula suelo por falta de transparencia y los efectos derivados de una novación modificativa del préstamo con garantía hipotecaria, entre el prestatario y la entidad bancaria, con posterioridad a la sentencia de la Sala 1^a del TS de 9 de mayo de 2013 (Roj: STS 1916/2013) y contó con el voto particular del Magistrado D. Javier Orduña¹.

Para sorpresa de muchos, la sentencia de 11 de abril de 2018 se apartó del criterio que había mantenido el TS en la sentencia de 16 de octubre de 2017 (Roj: STS 3721/2017)².

En la sentencia de 16 de octubre de 2017 el TS afirmó que no podía convalidarse un acuerdo extrajudicial respecto de una cláusula suelo porque: "Se trata de una nulidad de pleno derecho, que impide que el consumidor pueda quedar vinculado por la cláusula abusiva (art. 6.1 de la Directiva 93/13). No es posible otorgar al consumidor una protección menor que la que otorga la institución de la nulidad de pleno derecho en otros campos del ordenamiento jurídico pues, de otorgar una protección inferior, se infringiría el principio de equivalencia del Derecho de la Unión Europea" (FD 6º, ap 3). Además, es reiterada la jurisprudencia del TJUE que declara que esta nulidad es apreciable de oficio por los tribunales, por lo que no es imprescindible que sea invocada por el consumidor" (FD 6º, ap 4).

Después de la sentencia del TS de 11 de abril de 2018 se plantearon varias cuestiones prejudiciales, que han dado lugar a sendos pronunciamos del TJUE,

la sentencia de 9 de julio de 2020, asunto C-452/18 y el reciente Auto de 3 de marzo de 2021, asunto C-13/19³.

Curiosamente el reciente Auto del TJUE se dicta justamente un año después de la famosa sentencia del TJUE de 3 de marzo de 2020, asunto C-125/18, que resolvió la cuestión prejudicial del IRPH y que, al igual, que la sentencia sobre los acuerdos novatorios, el TS no ha resuelto definitivamente la cuestión a través de sus sentencias número 595 [Ver], 596, 597 y 598 de 12 de noviembre de 2020, al haberse promovido dos nuevas cuestiones prejudiciales ante el TJUE, por los Juzgados de 1ª Instancia 38 de Barcelona y 2 de Ibiza, planteando nuevas preguntas al TJUE sobre el control de transparencia en referencia al índice IRPH.

El Auto del TJUE de 3 de marzo de 2021, resuelve la cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial de Zaragoza. Recordemos que la sentencia del TS de 11 de abril de 2018, resolvió el recurso de casación interpuesto por una entidad bancaria, contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, que confirmó la del Juzgado de 1ª Instancia, en la que se declaraba la nulidad de una cláusula suelo, resolviendo sobre la "imposibilidad de convalidar la cláusula nula mediante su sustitución por otra que sea más favorable a los intereses del consumidor incluso aunque contenga una renuncia a la acción de nulidad que pudiera corresponderle"⁴.

El TS en su sentencia de 5 de noviembre de 2020 (Roj: STS 3549/2020) y en otras posteriores, resuelve los recursos de casación que tenía pendientes sobre los acuerdos novatorios de una cláusula suelo, interpretando la sentencia del TJUE de 9 de julio de 2020, en el sentido de que la sentencia de 11 de abril de 2018 sobre los acuerdos novatorios/transacción se ajusta plenamente a la doctrina comunitaria, al cumplir con los criterios de exigencia de transparencia fijados por el TJUE en su sentencia de 9 de julio de 2020, si bien declara nula la cláusula de renuncia al ejercicio de acciones.

La doctrina fijada por el TS a través de la sentencia de 5 de noviembre de 2020 y todas las posteriores sobre la misma materia, sobre los acuerdos novatorios, en mi modesta opinión, contraviene la doctrina del TJUE en materia de transparencia y, en especial, la fijada por el TJUE en su sentencia de 9 de julio de 2020.

Sobre el principio de transparencia se hace preciso recordar que la Directiva 93/13/CEE es una Directiva de principios y que el TJUE desde que dictó la primera sentencia de 27 de enero de 2000 en el caso Océano hasta la actualidad, ha ido desarrollando estos nuevos principios y ha elaborado en estos 21 años un control específico de las cláusulas predispuestas, que no se contenía inicialmente cuando se promulgó la Directiva 93/13/CEE [Ver], desarrollando una concepción funcional y operativa de las cláusulas incorporadas en la contratación predispuesta y que la Directiva 93/13 sanciona con la abusividad y su correspondiente nulidad, cuando se incumple su reglamentación⁵.

Para entender adecuadamente la construcción jurídica de ese control específico que ha elaborado el TJUE, se hace preciso acudir (DOUE 27/9/2019) a la Comunicación de la Comisión de las Directrices sobre la interpretación y la

aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores (2019/C 323/04) (en adelante "la Comunicación"), que elabora un detallado análisis de todas las sentencias y autos dictados por el TJUE en la cuestiones prejudiciales que se le han ido planteando.

Una parte de nuestros Tribunales y de la doctrina sigue analizando la reglamentación de la contratación predispuestas sobre las bases que sentó la sentencia del TS de 9 de mayo de 2013, respecto de los controles de incorporación, transparencia y contenido, pero esos controles y principios estancos, en mi opinión, han quedado desnaturalizados porque el TJUE ha desarrollado unos novedosos principios generales en base a la Directiva 93/13/CEE.

Probablemente ello sea debido a que nos hemos centrado en un análisis casuístico de los temas que se han ido resolviendo, algunos de ellos con una interpretación restrictiva y no extensiva como viene exigiendo el TJUE (STJUE 20 septiembre 2018, asunto C-448/17, ap. 61 y 3 marzo 2020, asuntos C-125/18, ap. 50), sin analizar metodológicamente, como exige la Ciencia Jurídica, esa evolución jurisprudencial de los principios contenidos en la Directiva 93/13 y desarrollado por el TJUE durante estos últimos 21 años, principios y nuevas categorías jurídicas de ámbito supranacional, que deben ser interpretadas, como ya apuntó acertadamente la propia Sala 1ª del TS en su sentencia de 18 de junio de 2012 (Roj: STS 5966/2012), a través de sus respectivos ámbitos delimitadores de control; por cierto la primera sentencia en la Unión Europea en la que se analiza el principio de transparencia en la contratación predispuesta (recordemos que la primera sentencia del TJUE que introduce ese control de transparencia es la de 21 de marzo de 2013, en el asunto C-92/11).

La Directiva 93/13 no preveía expresamente el control de transparencia de una forma autónoma, habiendo desarrollado el TJUE a través del principio del deber de información, para que la cláusula sea clara y comprensible (arts. 4,2 y 5 de la Directiva 93/13), ese nuevo principio de transparencia, adquiriendo carta de categoría jurídica a través de la propia doctrina jurisprudencial del TJUE, mediante un proceso evolutivo y vertebrador de esos principios durante los últimos años, tanto del fundamento de buena fe, como del desequilibrio o cláusula desproporcionada (art. 3 Directiva 93/13), que ya conocíamos y desarrollando, no obstante, en toda su extensión el principio de transparencia, que lo ha incluido dentro del principio de buena fe, que desemboca su incumplimiento en la sanción de abusividad.

Y es un proceso evolutivo porque el propio TJUE señaló que la Directiva 93/13 era de principios y los ha desarrollado de forma autónoma, ligado al principio de buena fe, como un control autónomo, cuya sanción conduce a la abusividad de la cláusula, bien por incumplir el predisponente el principio de transparencia (arts. 4,2 y 5 de la Directiva 93/13), bien por incumplir el justo equilibrio de las prestaciones (art. 3 de la Directiva 93/13).

Ambos comportamientos (falta de transparencia o justo equilibrio de las prestaciones) son vulneradores del principio de buena fe, que, en última instancia, justifica la calificación de la cláusula predispuesta como abusiva.

Lo que fundamenta el control de abusividad es el quebranto del principio de buena fe, bien porque la cláusula no es clara y comprensible o porque provoca un desequilibrio entre las dos partes, pudiendo llevar cualquiera de ellos a la abusividad.

En definitiva, el TJUE ha configurado un nuevo paradigma del control de abusividad de una cláusula predispuesta, como resultado de calificar antijurídicamente la conducta del predisponente, bien por falta de información, exigido por el control de transparencia (que la cláusula sea clara y comprensible arts. 4,2 y 5 Directiva 93/13), bien por haber quebrantado un deber de guardar el equilibrio en la cláusula desproporcionada (art. 3 Directiva 93/13), siendo la abusividad la sanción de la conducta del predisponente.

Son dos exámenes de legalidad bien diferenciados, el examen de transparencia (arts. 4,2 y 5 de la Directiva 93/13) y el examen de desequilibrio (art. 3 de la Directiva 93/13), en contra de la buena fe, cuyo resultado final será la sanción de abusividad, porque la abusividad no es un control, es la calificación que le damos, una vez hecho el examen de transparencia o el examen de desproporción (deber de reglamentación justa y proporcionada que tiene el predisponente).

Por tanto, la abusividad no es un control en sí misma considerada, sino el razonamiento último al que se llega, después del examen que se hace por las dos vías previstas en los artículos 3,1 y 5 de la Directiva 93/13: el examen de desproporción o desequilibrio importante y el examen de transparencia, como conductas antijurídicas y la sanción es la nulidad.

En el esquema funcional de la jurisprudencia del TJUE el incumplimiento de la buena fe (transparencia o desequilibrio importante) conduce a la calificación de cláusula abusiva. Por tanto, la abusividad en sí misma considerada no es un control nuevo añadido, sino la sanción a un comportamiento contrario a la buena fe.

El deber de transparencia es un deber de información y la vulneración de ese deber especial, cuando afecta a un elemento esencial del contrato, debe comportar la abusividad, porque se incumple la buena fe⁶.

Esta tesis que sostengo se expone de forma clara y palmaria en el Auto del TJUE de 3 de marzo de 2021, asunto C-13/19.

Efectivamente el TJUE después de analizar en los apartados 49, 50 y 51 los artículos 3,1, 4,2 y 5 de la Directiva 93/13, nos recuerda en el apartado 52 que "De reiterada jurisprudencia resulta que la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales a la que se refieren los artículos 4, apartado 2, y 5 de la Directiva 93/13 no puede reducirse exclusivamente al carácter comprensible en un plano formal y gramatical de la cláusula de que se trate. Toda vez que el sistema de protección establecido por dicha Directiva se basa en el principio de

que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional en lo relativo, en particular, al nivel de información, la mencionada exigencia de redacción clara y comprensible de las cláusulas contractuales y, por tanto, de transparencia, a que obliga la propia Directiva, debe interpretarse de manera extensiva (sentencia de 9 de julio de 2020, Ibercaja Banco, C-452/18, EU:C:2020:536, apartado 44 y jurisprudencia citada)".

El TJUE deslinda de forma clara y autónoma los comportamientos vulneradores de la reglamentación predispuesta (falta de transparencia o justo equilibrio de las prestaciones) que justifica la calificación de la cláusula predispuesta como abusiva, bien por infringir el principio de transparencia (arts. 4,2 y 5 de la Directiva 93/13), bien por infringir el justo equilibrio de las prestaciones (art. 3,1 Directiva 93/13).

En el apartado 57 del Auto comentado el TJUE nos reitera la importancia de comprobar la infracción de la reglamentación contenida en los artículos 4,2 y 5 de la Directiva 93/13: "En consecuencia, debe apreciarse si el profesional ha observado la exigencia de transparencia contemplada en los artículos 4, apartado 2, y 5 de la Directiva 93/13 tomando como referencia los elementos de que disponía en la fecha en que celebró el contrato con el consumidor (sentencia de 9 de julio de 2020, Ibercaja Banco, C-452/18, EU:C:2020:536, apartado 49 y jurisprudencia citada)".

No encontraremos ninguna sentencia, ni auto del TJUE, que desarrollen los controles de incorporación, transparencia o contenido, como ha venido haciendo el TS y todos nuestros tribunales nacionales, apartándose de forma clara del principio de primacía del derecho comunitario sentado por el TJUE y contraviniendo, en mi opinión, el artículo 4 bis de la LOPJ.

Obsérvese como en el apartado 58 del Auto de 3 de marzo de 2021 el TJUE es claro y explícito al recordar que: "Incumbe al juez nacional determinar si, dadas las circunstancias propias del caso concreto, una cláusula cumple las exigencias de buena fe, equilibrio y transparencia. Sin embargo, el Tribunal de Justicia es competente para deducir de las disposiciones de la Directiva 93/13 los criterios que el juez nacional puede o debe aplicar al efectuar tal apreciación (sentencia de 9 de julio de 2020, Ibercaja Banco, C-452/18, EU:C:2020:536, apartado 62 y jurisprudencia citada).

Si analizamos detenidamente los apartados 59 a 61 del Auto de 3 de marzo de 2021, que me permito transcribir, después de la claridad meridiana con la que se pronuncia el TJUE, se me hace difícil pensar que pueda seguir sosteniéndose la validez de esos acuerdos novatorios:

"59. En el presente caso, del auto de remisión resulta que, mediante el contrato de novación, Ibercaja Banco pactó con TJ y UK, por una parte, una reducción del tipo de la cláusula suelo que era aplicable en virtud del contrato de préstamo hipotecario y, por otra parte, la renuncia de estos consumidores a ejercitar acciones judiciales contra este prestamista.

60 Por lo que respecta, en primer lugar, a la nueva cláusula suelo estipulada en el contrato de novación con el fin de modificar el contrato de préstamo con un tipo de interés variable, procede hacer constar que las repercusiones económicas de un mecanismo por el que se establece un límite inferior a las fluctuaciones del tipo de interés dependen necesariamente de la evolución del índice de referencia a partir del cual se calcula ese tipo (véase la sentencia de 9 de julio de 2020, Ibercaja Banco, C-452/18, EU:C:2020:536, apartado 50).

61 En estas circunstancias, debe situarse al correspondiente consumidor en condiciones de comprender las consecuencias económicas que se derivan para él de tal cláusula (sentencia de 9 de julio de 2020, Ibercaja Banco, C-452/18, EU:C:2020:536, apartado 51 y jurisprudencia citada).

62 No obstante, en el caso de una cláusula que consiste en limitar la fluctuación a la baja de un tipo de interés variable calculado a partir de un índice, resulta evidente que el valor exacto de ese tipo variable no puede fijarse en un contrato de préstamo para toda su duración. Así pues, no cabe exigir a un profesional que facilite información precisa acerca de las consecuencias económicas asociadas a las variaciones del tipo de interés durante la vigencia del contrato, ya que esas variaciones dependen de acontecimientos futuros no previsibles y ajenos a la voluntad del profesional. En particular, la aplicación de un tipo de interés variable conlleva, a lo largo del tiempo, por su propia naturaleza, una fluctuación de los importes de las cuotas futuras, de forma que el profesional no está en condiciones de precisar el impacto exacto de la aplicación de una cláusula suelo sobre tales cuotas (sentencia de 9 de julio de 2020, Ibercaja Banco, C-452/18, EU:C:2020:536, apartado 52).

63 No es menos cierto, no obstante, que el Tribunal de Justicia ha declarado en relación con préstamos hipotecarios de tipo de interés variable que el suministro de información sobre la evolución en el pasado del índice en que se basa el cálculo del tipo aplicable constituye un elemento especialmente pertinente (sentencia de 9 de julio de 2020, Ibercaja Banco, C-452/18, EU:C:2020:536, apartado 53 y jurisprudencia citada).

64 En efecto, mediante tal información puede situarse al consumidor en condiciones de tomar conciencia, a la luz de las fluctuaciones pasadas, de la eventualidad de que no pueda beneficiarse de tipos inferiores al tipo suelo que se le propone (sentencia de 9 de julio de 2020, Ibercaja Banco, C-452/18, EU:C:2020:536, apartado 54).

65 Por lo que se refiere a las cantidades a las que el consumidor renunciaría aceptando una nueva cláusula suelo, coincidentes con la diferencia entre las sumas satisfechas por el consumidor en aplicación de la cláusula suelo inicial y las que hubieran debido abonarse en ausencia de cláusula suelo, debe señalarse que, en principio, esas cantidades pueden calcularse fácilmente por un consumidor medio normalmente informado y razonablemente perspicaz, siempre que el profesional -en este caso, la entidad bancaria, que reúne los conocimientos técnicos y la información requeridos a este respecto- haya puesto a su disposición

todos los datos necesarios (sentencia de 9 de julio de 2020, Ibercaja Banco, C-452/18, EU:C:2020:536, apartado 55)".

Y el TJUE indica las pautas con las que debe resolver la Audiencia Provincial de Zaragoza el litigio en sus apartados 68 a 73:

68. Así pues, por lo que se refiere, primeramente, a la renuncia de TJ y UK a hacer valer ante el juez nacional sus pretensiones relativas a la cláusula suelo inicial, debe señalarse que, tal como resulta de los apartados 31 a 35 del presente auto, la Directiva 93/13 no se opone en sí misma a que el consumidor renuncie mediante contrato a la ventaja que podría obtener de la declaración del carácter abusivo de la cláusula de un contrato, siempre que esta renuncia proceda de un consentimiento libre e informado.

69 En el presente caso, es manifiesto que la audiencia provincial remitente considera, habida cuenta de las circunstancias en las que se celebró el contrato de novación, que TJ y UK no obtuvieron información suficiente acerca del carácter abusivo de la cláusula suelo inicial y de las cantidades a cuyo reembolso hubieran tenido derecho por tratarse de sumas indebidamente satisfechas en virtud de esa cláusula.

70 Tal como resulta del apartado 56 del presente auto, la apreciación del carácter abusivo de una cláusula contractual debe realizarse en relación con la fecha de celebración del contrato en cuestión, teniendo en cuenta el conjunto de las circunstancias que el profesional podía conocer en esa fecha y que podían influir en la ulterior ejecución del contrato, ya que una cláusula contractual puede entrañar un desequilibrio entre las partes que únicamente se manifieste mientras se ejecuta el contrato.

71 Pues bien, a pesar de que corresponde a la audiencia provincial remitente examinar de qué información disponía Ibercaja Banco en la fecha en que se celebró el contrato de novación, es preciso señalar que el Tribunal Supremo, mediante su sentencia 241/2013, de 9 de mayo de 2013, declaró por primera vez, en el marco de un procedimiento iniciado por asociaciones de consumidores, que las cláusulas suelo estipuladas en los contratos de préstamo hipotecario no satisfacían, en principio, las exigencias de claridad y de transparencia y, por ese motivo, podían ser declaradas abusivas. Por lo demás, el Tribunal Supremo resolvió que la declaración de nulidad de tales cláusulas únicamente surtiría efectos para el futuro. Mediante la sentencia de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros (C154/15, C307/15 y C308/15, EU:C:2016:980), el Tribunal de Justicia declaró que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 se oponía a esa limitación temporal.

72 En estas circunstancias, corresponde a la audiencia provincial remitente apreciar, en primer término, el nivel de certidumbre que existía en la fecha de la celebración del contrato de novación en lo referente al carácter abusivo de la cláusula suelo inicial para así determinar el alcance de la información que Ibercaja Banco debía proporcionar a TJ y a UK en virtud de la exigencia de transparencia que le incumbía cuando presentó la cláusula de renuncia a ejercitar acciones

judiciales y, en segundo término, si TJ y UK estaban en condiciones de comprender las consecuencias jurídicas que se derivaban para ellos de tal cláusula.

En el apartado 74 del Auto de 3 de marzo de 2021, el TJUE nos recuerda que los artículos 3 a 5 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que la exigencia de transparencia que tales disposiciones imponen a un profesional implica que, cuando se celebra un contrato de novación que, por una parte, tiene por objeto modificar una cláusula potencialmente abusiva de un contrato anterior y, por otra parte, establece que el consumidor renuncia a ejercer cualquier acción judicial contra el profesional, deba situarse al consumidor en condiciones de comprender las consecuencias jurídicas y económicas determinantes que para él se derivan de la celebración de ese contrato de novación.

En el Auto del TJUE de 3 de marzo de 2021, el planteamiento básico es la determinación de la falta de transparencia en orden a declarar la nulidad de la cláusula. El TJUE en este Auto nos dice que la falta de transparencia puede determinar tanto la nulidad de la cláusula originaria, como de la cláusula novada, en la medida en que esa falta de transparencia impide que el consumidor conozca el alcance económico y jurídico de la novación predispuesta.

Estoy convencido que el nuevo Auto del TJUE de 3 de marzo de 2021, tiene que llamar a la reflexión de los jueces y juezas españoles, en la medida en que efectivamente cuando al consumidor no se le ha dado la información pertinente sobre la posible falta de validez de la cláusula suelo originaria, en relación con la posibilidad de su impugnación y la cuantía objeto de devolución, difícilmente el consentimiento que preste en el acuerdo novatorio puede ser transparente, ya que le falta unos datos esenciales para tener conocimiento real de su situación jurídica y económica.

Por otra parte, si esta falta de transparencia puede determinar la nulidad de la cláusula suelo y de su novación, mutatis mutandi también puede determinar por ella misma la nulidad de la cláusula de IRPH cuando su falta de transparencia impida al consumidor conocer el coste del producto, máxime con arreglo a la propia jurisprudencia del TJUE cuando dicha falta de transparencia afecta a la TAE del préstamo.

En alguna medida este Auto, en mi opinión, es una anticipación de la respuesta que se dará a las nuevas cuestiones prejudiciales planteadas con relación al IRPH.

[1] Sánchez García, J: "Cláusula suelo y acuerdo extrajudicial con posterioridad a la sentencia del TS de 9 de mayo de 2013". Actualidad Civil, nº 7 de 1 de julio de 2018.

[2] Sánchez García, J: "Cláusulas suelo: de nuevo sobre la validez de los acuerdos extrajudiciales Breves comentarios a la sentencia del TS de 11 de abril de 2018". Revista de Derecho vLex - Núm. 167, Abril 2018

[3] Marin Lopez, MJ: "La STJUE de 9 de julio de 2020 relativa a la validez del acuerdo novatorio sobre la cláusula suelo, ¿Corrige la doctrina sentada en la STS de 11 de abril de 2018. Centro de Estudios de Consumo, 16 de julio de 2020. http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/La_STJUE_de_9_de_julio_de_2020_relativa_a_la_validez_del_acuerdo_novatorio_sobre_la_clausula_suelo_-_corrige_la_doctrina_sentada_en_la_STS_de_11_de_abril_de_2018-.pdf

[4] Perez Gurrea, R: "STUE 9/7/2020, C-452/18: El TJUE señala que las renunciaciones pactadas sobre cláusulas suelo pueden ser abusivas si no cumplen los requisitos de información y transparencia". Blog de Derecho de los Consumidores". <https://www.abogacia.es/publicaciones/blogs/blog-de-derecho-de-los-los-consumidores/stjue-9-7-2020-c-452-18-el-tjue-senala-que-las-renunciaciones-pactadas-sobre-clausulas-suelo-pueden-ser-abusivas-si-no-cumplen-los-requisitos-de-informacion-y-transparencia/>.

[5] Sánchez García, J: "Transparencia vs abusividad conforme a los principios fijados por el TJUE en la interpretación de la Directiva 93/13". Revista de Derecho vLex nº 199, diciembre 2020

[6] Orduña Moreno, J: "doctrina jurisprudencial del TJUE: claves conceptuales a propósito del IRPH", publicado en la Revista de Derecho vLex, número 198, noviembre 2020.