



Identificador publicado	: C-452/18
Número del documento	: 14
Número de registro	: 1097009
Fecha de presentación	: 16/11/2018
Fecha de inscripción en el registro	: 19/11/2018
Tipo de documento	: Escrito de alegaciones
Referencia de presentación efectuada a través de e-Curia	: Documento procesal : DC98504
Número de fichero	: 1
Autor de la presentación	: Julio Baquero Cruz (R105140) Commission

descargado en [www.asufin.com](http://www.asufin.com)



COMISIÓN EUROPEA

Bruselas, a 16 de noviembre de 2018  
sj.n(2018) 6523853 JBC/ns

## Al Tribunal de Justicia de la Unión Europea

### Observaciones

presentadas, de conformidad con el artículo 23, párrafo segundo, del Protocolo sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia, por la

### Comisión Europea

representada por Julio Baquero Cruz y Napoleón Ruiz García, miembros de su Servicio Jurídico, en calidad de agentes, que designan como domicilio el del Servicio Jurídico, Greffe contentieux, BERL 1/169, 1049 Bruselas, y aceptan que todas las notificaciones les sean enviadas mediante e-Curia,

### en el asunto C-452/18

relativo a una cuestión prejudicial dirigida al Tribunal de Justicia por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Teruel (España), destinada a obtener, en el procedimiento pendiente ante dicho órgano entre

XZ

e

**Ibercaja Banco, S.A.**

una decisión prejudicial relativa a la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores.

## I. Hechos, procedimiento principal y cuestiones prejudiciales

1. En el presente asunto se plantean cinco cuestiones prejudiciales de interpretación relativas a varias disposiciones de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (en lo sucesivo, «Directiva 93/13»)<sup>1</sup>.

2. El auto de remisión presenta así los hechos del asunto principal:

1. El día 23 de julio de 2010 la entidad promotora, «Obras y Excavaciones Collados, S.L.» suscribió con la entidad bancaria «Caja de Ahorros de la Inmaculada de Aragón» (actual «Ibercaja Banco, S.A.») una escritura de constitución de servidumbre, declaración de obra nueva en construcción, novación, ampliación de préstamo y división en régimen de propiedad horizontal, en la cual obraba una cláusula de intereses (euribor más un punto porcentual) y con la referencia de «Tipo de interés máximo y mínimo», señalándose como límites del tipo de interés máximo el del 9,75 % anual y el tipo de interés mínimo el 3,25 % anual.

2. El día 23 de diciembre de 2011 la entidad promotora, «Obras y Excavaciones Collados, S.L.» suscribió con la actora, XZ, una escritura de compraventa con subrogación de hipoteca en virtud [de la] cual la finca descrita se encontraba gravada con una hipoteca a favor de la entidad bancaria «Caja de Ahorros de la Inmaculada de Aragón» (actual «Ibercaja Banco, S.A.»), comprándola por el precio global de 141 237,84 euros que junto con el IVA alcanzaba la cantidad total equivalente a 148 813,04 euros, habiéndose recibido de manos de la parte compradora la cantidad equivalente a 80 034,70 euros, habiéndose hecho efectiva mediante 9 pagos periódicos, quedando retenida en poder de la parte adquirente con el consentimiento de la vendedora de la cantidad de 58 543,99 euros, para verificar el pago de la hipoteca que grava la finca descrita en dicha escritura. Quedando la cantidad restante de 10 234,35 euros retenida en su poder por la parte adquirente con el consentimiento de la vendedora, para verificar el pago de la hipoteca reseñada.

En dicho contrato se pactaron entre otras que el actor, XZ, se subrogaba en los pactos y condiciones que manifestaba conocer y aceptar expresamente, asumiendo la obligación personal garantizada con la hipoteca y subrogándose, sin novación, en la condición jurídica de deudor, solicitando a la Caja que liberare de cuantas responsabilidades traigan a causa del citado préstamo al primitivo deudor.

3. El día 4 de marzo de 2014, la entidad bancaria «Banca Grupo Cajates» (actual «Ibercaja Banco, S.A.») suscribió con la actora, XZ, un contrato de novación modificativa del préstamo por el que ambas partes renunciaban expresa y mutuamente a ejercitar cualquier acción frente a la otra que trajera causa de su formalización y clausulado, recalando que la formalización del presente documento constituía una novación sujeta a la Ley 2/1994 de 30 de marzo y la parte prestataria escribía y firmaba de su puño y letra que soy consciente y entiendo que el tipo de interés de mi préstamo nunca bajará del 2,35 % nominal anual.

<sup>1</sup> DO L 95, de 21 de abril de 1993, páginas 29 a 34.

3. Las cláusulas más importantes del «contrato de novación modificativa del préstamo» de 4 de marzo de 2014, que constituye el objeto de las cuestiones prejudiciales, son las siguientes (las cláusulas anteriores, no transcritas, se limitan a exponer los antecedentes):

[...]

IV.- Que ambas partes conocen la evolución del índice de referencia convenido en la escritura de préstamo para la determinación del tipo de interés y en concreto que actualmente el último aplicable del índice de referencia es el 0,549% y que no se prevé su alza generalizada a corto plazo.

V.- Que ante la coyuntura económico-financiera actual, totalmente diferente a las circunstancias existentes cuando fue formalizado el préstamo antes reseñado, es deseo de LA PARTE PRESTATARIA rebajar el tipo de interés mínimo pactado, y del BANCO atender dicha solicitud.

VI.- Que a los efectos de este contrato de novación modificativa, la prestataria declara y reconoce en este acto que comprende que el tipo de interés mínimo (tipo suelo) convenido en el contrato y en esta novación es un elemento esencial para determinar el tipo de interés que se viene aplicando en el préstamo.

En este sentido, la prestataria reconoce que se le ha reiterado la explicación, incluso con ejemplos, de que el tipo de interés mínimo se aplicará siempre y de forma preferente al tipo de interés variable convenido en la escritura de préstamo cuando el tipo mínimo sea superior al tipo de interés variable. También ha sido informado de la previsión de la evolución de los tipos de interés a corto plazo y de que EL BANCO, en la actualidad, tiene otros préstamos a tipo de interés variable o fijo con condiciones distintas a la ahora pactada.

Que, como prueba o acreditación del conocimiento y entendimiento de lo novado en este préstamo, el prestatario de su puño y letra realiza la manifestación que se especifica en la antefirma.

VII.- Sobre la base de los antecedentes expuestos, las partes convienen formalizar este contrato de novación modificativa, con arreglo a las siguientes

#### ESTIPULACIONES

PRIMERO – Con efecto desde la próxima cuota de préstamo pactada y para toda la vida del préstamo, el tipo mínimo aplicable de interés será el 2,35%, en sustitución del convenido inicialmente.

En consecuencia, si el tipo de interés aplicable en cada momento, calculado en la forma estipulada en la escritura de préstamo reseñada, fuera inferior al tipo mínimo del 2,35% ahora convenido, se aplicará de forma preferente este último.

SEGUNDO – El resto de condiciones financieras, incluido el tipo máximo de interés aplicable, no sufren variación alguna y seguirán en vigor a todos los efectos.

TERCERO – Las PARTES ratifican la validez y vigor del préstamo, consideran adecuadas sus condiciones y, en consecuencia, renuncian expresa y mutuamente a ejercitar cualquier acción frente a la otra que traiga causa de su formalización y

clausulado, así como por las liquidaciones y pagos realizados hasta la fecha, cuya corrección reconocen.

CUARTO – Igualmente las PARTES se comprometen a que las conversaciones, negociaciones y los términos de este contrato tengan carácter confidencial, asegurándose de que dicha información sólo la conozcan exclusivamente las personas que estrictamente lo necesiten por razones legales o para la ejecución del contrato. La infracción de este deber de confidencialidad podrá dar lugar a la reclamación de daños y perjuicios y a la resolución del contrato.

QUINTO – Las partes hacen constar que la formalización del presente documento constituye una novación sujeta a la Ley 2/1994 de 30 de marzo, al convenirse expresamente una mejora del tipo de interés.

SEXTO – Cualquiera de las partes intervinientes puede solicitar la elevación a público del contenido de los acuerdos expresados en el presente documento, en cuyo supuesto la parte requerida deberá comparecer en un plazo no superior a diez días ante fedatario público, siendo los gastos derivados de dicho otorgamiento (notariales, fiscales y registrales) de la exclusiva cuenta de la parte que inste a la otra la elevación a público de este contrato.

Los otorgantes aceptan este acuerdo en todos sus términos, lo leen, encontrándolo conforme, se ratifican y firman el mismo por duplicado y a un solo efecto.

[...]

[Se añada, manuscrito, debajo de la firma de la parte prestataria:]

SOY CONSCIENTE Y ENTIENDO QUE EL TIPO DE INTERÉS DE MI PRÉSTAMO NUNCA BAJARÁ DEL 2,35% NOMINAL ANUAL.

4. En el asunto principal, en relación con esos hechos, el demandante instó la nulidad de la cláusula que fija el tipo de interés mínimo (cláusula suelo), con devolución de las cantidades pagadas de más. La demandada contestó, en esencia, que la información precontractual fue suficiente, que no se trataba, por tanto, de una condición general, y que además existía un contrato de novación modificativa del préstamo con fecha 4 de marzo de 2014. La demandada se opuso, por tanto, a la nulidad de la cláusula y a la devolución de cantidades.
5. El presente asunto se sitúa así en la prolongación de la jurisprudencia *Gutiérrez Naranjo*<sup>2</sup>, que trata de la problemática de las cláusulas suelo. La Comisión recordará que en un primer momento, mediante sentencia de 9 de mayo de 2013, el Tribunal Supremo español decretó la nulidad de esas cláusulas, por falta de transparencia, aunque limitó los efectos de esa declaración en el tiempo, disponiendo que no

<sup>2</sup> Asunto acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15, EU:C:2016:980, apartado 75.

afectaría a situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos efectuados antes de la fecha de la sentencia<sup>3</sup>.

6. En un segundo momento, la sentencia de 21 de diciembre de 2016 del Tribunal de Justicia dejó claro que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva, de una cláusula contenida en un contrato celebrado con un consumidor por un profesional, circunscribiendo tales efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión<sup>4</sup>.
7. La novación modificativa que es objeto del asunto principal se sitúa pues entre la sentencia del Tribunal Supremo español y la sentencia del Tribunal de Justicia. Aunque la novación trata de cumplir, al menos formalmente, con los requisitos de transparencia establecidos por el Tribunal Supremo, no es obvio que lo haga, y debe analizarse en todo caso a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. El asunto prejudicial trata sobre cuáles son los efectos de una declaración previa de nulidad para la cláusula que sustituye a una cláusula abusiva, y cómo debe apreciarse la cláusula de renuncia de acciones.
8. En ese contexto, el tribunal remitente suspendió el procedimiento y, mediante auto de 26 de junio de 2018, recibido por el Tribunal de Justicia el 11 de julio de 2018 y notificado a la Comisión el 6 de septiembre de 2018, planteó las siguientes cuestiones prejudiciales, que se refieren únicamente a la novación modificativa de 4 de marzo de 2014:

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

Y si, dado que la nulidad radical implica que dicha cláusula nunca existió en la vida jurídica-económica del contrato, puede concluirse que los actos jurídicos posteriores y sus efectos sobre aquella cláusula, eso es, el contrato de novación, también

<sup>3</sup> Sentencia nº 241/2013, ES:TS:2013:1916.

<sup>4</sup> Asunto acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15, EU:C:2016:980, apartado 75.

desaparecen de la realidad jurídica, debiendo considerarse como inexistente y sin ningún efecto.

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

C) Si la renuncia de acciones judiciales contenida en el contrato de novación debe ser también nula, en la medida en que los contratos que firmaban los clientes no informaban a los mismos de que estaban ante una cláusula nula ni tampoco del dinero o importe económico que tenían derecho a percibir como devolución de los intereses pagados por la imposición inicial de las «cláusulas suelo».

De esta manera, se indica que el cliente firma una renuncia a demandar sin haber sido informado por el banco de a qué renuncia y a cuánto dinero renuncia.

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

Esto es, si al imponer el documento denominado como de novación sobre las «cláusulas suelo», la entidad financiera debiera haber cumplido los controles de transparencia reseñados en los artículos 3. 1 y 4. 2 de la Directiva 93/13 [...] e informar al consumidor sobre el importe de las cuantías en las que había sido perjudicado por la aplicación de las «cláusulas suelo» así como el interés a aplicar en caso de no existir dichas cláusulas y, si al no haberlo hecho, estos documentos también adolecen de causa de nulidad.

E) Si el clausulado de acciones incluidas en las condiciones generales de contratación del contrato de novación modificativa puede considerarse una cláusula abusiva por su contenido en el marco del artículo 3.1, en relación con el anexo de cláusulas abusivas y, en concreto, con el apartado q) de ese anexo (serán cláusulas abusivas, aquellas que tengan por objeto suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recurso por parte del consumidor), dado que limitan el derecho de los consumidores al ejercicio de derechos que pueden nacer o revelarse después de la firma del contrato, como ocurrió con la posibilidad de reclamar la devolución íntegra de los intereses pagados (al amparo de la Sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016).

## II. Marco jurídico

### *Derecho de la Unión*

#### 9. El artículo 3 de la Directiva 93/13 dispone lo siguiente:

1. Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas cuando, contrariamente a las exigencias de la buena fe, causen en

detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.

2. Se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión.

El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación del presente artículo al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata, no obstante, de un contrato de adhesión.

El profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba.

3. El Anexo de la presente Directiva contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas.

10. De conformidad con el artículo 4 de la Directiva 93/13:

1. Sin perjuicio del artículo 7, el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa.

2. La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible.

11. El artículo 5 de la Directiva 93/13 dispone así:

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

12. El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 dispone lo siguiente:

Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas.

13. Con arreglo al artículo 8 de la Directiva 93/13:

Los Estados miembros podrán adoptar o mantener en el ámbito regulado por la presente Directiva, disposiciones más estrictas que sean compatibles con el Tratado, con el fin de garantizar al consumidor un mayor nivel de protección.

### *Derecho español*

14. En ámbito nacional, cabe mencionar, en primer lugar, el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias<sup>5</sup>:

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

15. El artículo 10 del Real Decreto Legislativo 1/2007 dispone así:

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

### III. Análisis

#### *Observación preliminar*

16. La Comisión señalará, de forma preliminar, que existe en Derecho español un debate, con pronunciamientos de distinto signo, sobre si este tipo de contrato debe calificarse como modificación del contrato anterior (novación) o como contrato transaccional<sup>6</sup>, con distintos efectos en el Derecho privado de ese Estado miembro. Para la Comisión, el Derecho de la Unión no regula esa cuestión de calificación, problema de Derecho civil del Estado miembro y que corresponde determinar a los órganos judiciales nacionales competentes. Ahora bien, con independencia de la

<sup>5</sup> «BOE» núm. 287, de 30 de noviembre de 2007. Texto consolidado disponible en: [www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-20555](http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-20555).

<sup>6</sup> Véanse, por ejemplo, las sentencias del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 2017, ES:TS:2017:3721; de 11 de abril de 2018, ES:TS:2018:1238; y de 13 de septiembre de 2018, ES:TS:2018:3098; y la sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz de 26 de abril de 2018, ES:APBA:2018:331.

calificación del negocio jurídico de que se trata, deben respetarse las disposiciones de la Directiva 93/13.

*Primera cuestión prejudicial*

17. Mediante la primera cuestión prejudicial, que la Comisión reformula levemente, el tribunal remitente pregunta si el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que el principio de no vinculación de las cláusulas abusivas debe extenderse automáticamente a los contratos y negocios jurídicos posteriores sobre esas cláusulas, como lo es el contrato de novación.
18. La cuestión es novedosa, pues no parece existir jurisprudencia específica sobre una situación en la que una cláusula abusiva es sustituida por otra cláusula. Ahora bien, la Comisión estima que la Directiva 93/13 y la jurisprudencia ofrecen suficientes pautas para dar una respuesta al tribunal remitente desde el punto de vista del Derecho de la Unión.
19. La Comisión subraya, en primer lugar, que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 establece, primero, que las cláusulas abusivas no vinculan al consumidor y, segundo, que el contrato debe seguir siendo obligatorio por lo demás, si puede subsistir sin ellas.
20. Para la Comisión, las consecuencias de esa falta de vinculación no pueden limitar de forma general y abstracta la libertad contractual futura de las partes, que en principio son libres de pactar nuevas cláusulas que modifiquen el contrato subsistente, o bien concluir un nuevo contrato, si el antiguo no puede subsistir sin ellas. Por supuesto, todo ello sin perjuicio de las consecuencias más severas (como la nulidad radical) que el Derecho privado de un Estado miembro pueda prever para el caso de la novación de una cláusula anteriormente considerada nula.
21. A juicio de la Comisión, el nuevo contrato o las nuevas cláusulas modificativas no pueden mermar la efectividad de la Directiva 93/13 con respecto al antiguo contrato o a las cláusulas abusivas de dicho contrato, deshaciendo, por ejemplo, el efecto restitutorio de la no vinculación para el periodo de tiempo en que las cláusulas abusivas tuvieron vigencia. Es también obvio que el nuevo contrato y las nuevas cláusulas deben respetar, a su vez, la Directiva 93/13.

22. Dicho esto, todo dependerá del contenido de las nuevas cláusulas, de la forma en que fueron pactadas y de su relación con la situación jurídica anterior, cuestiones que corresponde analizar al juez nacional a la luz de todas las circunstancias del asunto principal.
23. En efecto, en virtud del artículo 4, apartado 1, de la Directiva, el carácter abusivo de una cláusula contractual debe apreciarse teniendo en cuenta, entre otros elementos, «todas las circunstancias que concurren en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa». El hecho de que ese contrato suceda a otro declarado abusivo con anterioridad, o que una cláusula modificativa sustituya a otra que ya fue declarada abusiva, tendrá especial relevancia a la hora de examinar el nuevo contrato o la nueva cláusula. El órgano judicial competente deberá actuar con especial cautela para evitar que mediante subterfugios o artificios contractuales se merme la efectividad de la Directiva 93/13.
24. Tampoco puede descartarse que, en algunos casos, si el contrato nuevo es idéntico (o muy parecido) al anterior o la cláusula es idéntica (o muy parecida) a la anterior, sin que existan diferencias relevantes en la forma en que fueron contratadas, exista un cierto grado de automaticidad a la hora de establecer un nuevo caso de abusividad; pues si las circunstancias y el tenor literal son los mismos, el análisis jurídico será necesariamente el mismo. En otros casos, hará falta, a juicio de la Comisión, un nuevo análisis completo a la luz de todas las circunstancias, y ese automatismo no tendrá lugar.
25. En el asunto principal, una de las dos cláusulas de la novación es totalmente nueva: la de la renuncia al ejercicio de las acciones. La valoración de esa cláusula requiere un nuevo análisis, en los términos expuestos más adelante. Sin embargo, la nueva cláusula suelo que sustituye a la anterior se limita a prever un nuevo tipo. Al haberse declarado la abusividad de la anterior cláusula suelo por falta de transparencia material, la posible abusividad de la cláusula nueva no será automática, pues dependerá de las circunstancias en que se contrató esta nueva cláusula, como también explicaremos más adelante.
26. Por esas razones, la Comisión propone responder de este modo a la primera cuestión prejudicial: El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el

sentido de que el principio de no vinculación de las cláusulas abusivas no debe extenderse automáticamente, en principio, a los contratos y negocios jurídicos posteriores sobre esas cláusulas, como lo es el contrato de novación. Ahora bien, los contratos y negocios jurídicos posteriores sobre esas cláusulas no pueden mermar los efectos, en particular restitutorios, derivados de la declaración de abusividad de la antigua cláusula. Además, el carácter abusivo de esa antigua cláusula es un elemento importante que el tribunal nacional competente deberá tener en cuenta a la hora de evaluar el posible carácter abusivo de la nueva cláusula.

*Segunda cuestión prejudicial*

27. Mediante su segunda cuestión prejudicial, el juzgado remitente desea saber, en esencia, si los documentos que modifiquen o transijan cláusulas no negociadas susceptibles de no superar los controles de falta de abusividad y transparencia, pueden participar de la naturaleza de condiciones generales de la contratación a efectos de lo dispuesto en el artículo 3 de la Directiva 93/13.
28. En virtud del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13, el control de abusividad que exige dicha Directiva se refiere a las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente. Según el apartado 2 de la misma disposición, se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión. Añade la disposición que el hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación del presente artículo al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata, no obstante, de un contrato de adhesión. En fin, es el profesional que afirma que una cláusula tipo se ha negociado individualmente quien asume plenamente la carga de la prueba.
29. En virtud de esa disposición, el nuevo contrato o el contrato modificativo de que se trate también pueden contener cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente, es decir, cláusulas redactadas de antemano por el profesional y en cuyo contenido el consumidor no haya influido, viendo limitadas sus opciones a la posibilidad de aceptar o rechazar el contrato en su conjunto.

30. Hasta ahora el Tribunal de Justicia no ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la noción de condiciones generales ni sobre el concepto de negociación individual. En el presente asunto se ha planteado expresamente esa cuestión, y el Tribunal de Justicia puede añadir ciertas precisiones a la luz del objetivo de la Directiva 93/13. Ese objetivo no es otro que el de garantizar un equilibrio real entre el profesional y el consumidor a través de una intervención positiva de los poderes públicos, en este caso del poder judicial<sup>7</sup>. Esa intervención está justificada en razón de la situación de inferioridad negociadora y de la asimetría de información que existe entre el consumidor y el profesional. Ese objetivo y la propia estructura del artículo 3, apartado 2, de la Directiva, con su inversión de la carga de la prueba, apuntan a un concepto amplio de condiciones generales o contratos de adhesión, y a una interpretación restrictiva de la noción de contratos negociados individualmente, puesto que dicha noción restringe el campo de aplicación de la Directiva y puede reducir la protección de los consumidores.
31. A la luz de ese enfoque, la Comisión considera, en primer lugar, que el mero hecho de que el consumidor haya añadido de su puño y letra, como ha ocurrido en el asunto principal, la mención «SOY CONSCIENTE Y ENTIENDO QUE EL TIPO DE INTERÉS DE MI PRÉSTAMO NUNCA BAJARÁ DEL 2,35 % NOMINAL» no basta para considerar que el contrato modificativo ha sido negociado individualmente. En efecto, esa mención no prueba en absoluto que el consumidor haya influido en el contenido del contrato.
32. En segundo lugar, la Comisión estima que, para entender que ha habido una negociación individual genuina, la influencia a la que se refiere la Directiva debe haberse verificado en concreto: una mera posibilidad de influir o una apariencia de haber influido no son suficientes para considerar que el contrato modificativo o alguna de sus cláusulas se han negociado individualmente. El consumidor debe haber ejercido de forma real y efectiva su poder de negociación, lo cual corresponde valorar al juez nacional, a la luz de las circunstancias del asunto principal.
33. En este sentido, la Comisión recuerda, por último, que, según el juzgado remitente, en el asunto principal el contrato de novación parece haber sido redactado de

---

<sup>7</sup> Véase la sentencia de 7 de agosto de 2018, Banco Santander, C-96/16 y C-94/17, EU:C:2018:643, apartado 69.

antemano y unilateralmente por el profesional. Esa apreciación queda confirmada a la luz del voto particular de una sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2018, que transcribe una cláusula, del Banco grupo Cajatres, con el mismo tenor literal, salvo el tipo del suelo (2,25% en lugar de 2,35%), que la cláusula del asunto principal, y que contiene exactamente la misma mención manuscrita por parte del consumidor<sup>8</sup>.

34. Por esas razones, la Comisión propone al Tribunal de Justicia dar la siguiente respuesta a la segunda cuestión prejudicial: El artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que los documentos que modifiquen o transijan cláusulas no negociadas susceptibles de no superar los controles de falta de abusividad y transparencia, pueden participar de la naturaleza de condiciones generales de la contratación, si se trata de cláusulas redactadas de antemano por el profesional y en cuyo contenido el consumidor no ha influido, viendo limitadas sus opciones a la posibilidad de aceptar o rechazar el contrato en su conjunto. Una mención manuscrita del consumidor manifestando que acepta una o varias cláusulas o la mera posibilidad teórica de influir que no se ha reflejado en el contenido del contrato no son suficientes para probar que una cláusula tipo se ha negociado individualmente.

*Cuarta cuestión prejudicial*

35. La Comisión abordará a continuación la cuarta cuestión prejudicial, dejando para el final las cuestiones tercera y quinta, que serán tratadas conjuntamente.
36. Mediante dicha cuestión, que la Comisión modifica levemente, el juzgado remitente se pregunta si, al analizar un contrato de novación modificativa como el controvertido en el asunto principal, los artículos 3, apartado 1, y 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, deben interpretarse en el sentido de que la nueva cláusula suelo incluida adolece nuevamente de falta de transparencia, dado que el profesional no informó al cliente del verdadero coste económico de dicha cláusula en su hipoteca, de manera que pudiera conocer el tipo de interés (y la cuota resultante) que tendría que pagar en el caso de aplicarse la nueva cláusula suelo y el tipo de interés (y la

<sup>8</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2018, ES:TS:2018:1238, voto particular, fundamento primero.

cuota resultante) que tendría que pagar en el caso de no aplicarse ninguna cláusula suelo y se aplicase el tipo de interés pactado en el préstamo hipotecario sin limitación a la baja.

37. El juzgado remitente considera que, al proponer el documento denominado como de novación sobre las «cláusulas suelo», la entidad financiera debería haber cumplido la condición de transparencia exigida por la Directiva 93/13, informando al consumidor sobre el importe de las cuantías en las que había sido perjudicado por la aplicación de las «cláusulas suelo», así como el interés a aplicar en caso de no existir dichas cláusulas y si, al no haberlo hecho, estos documentos también adolecen de causa de nulidad.
38. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre el principio de transparencia establece que la exigencia de redacción clara y comprensible contenida en los artículos 4, apartado 2, y 5 de la Directiva 93/13 no se reduce al carácter comprensible de éstas en un plano formal y gramatical, sino que debe entenderse de manera extensiva<sup>9</sup>. El Tribunal ha aclarado, asimismo, que el examen del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13, de una cláusula contractual relativa a la definición del objeto principal del contrato, *en caso de que el consumidor no haya dispuesto, antes de la celebración del contrato, de la información necesaria sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración, está comprendido dentro del ámbito de aplicación de la Directiva en general y del artículo 6, apartado 1, de ésta en particular*<sup>10</sup>.
39. Para una cláusula de conversión de divisa extranjera, el Tribunal de Justicia consideró que tiene una importancia esencial para el respeto de la exigencia de transparencia que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula referida, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias

---

<sup>9</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de abril de 2014, Kásler, C-26/13, EU:C:2014:282, apartados 69 a 72.

<sup>10</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo, asuntos acumulados C-154/15 y C-307/15, EU:C:2016:980, apartado 51.

económicas derivadas a su cargo<sup>11</sup>. El Tribunal ha añadido que de los artículos 3 y 5 de la Directiva 93/13 y de los puntos 1, letras j) y l), y 2, letras b) y d), del anexo de la misma Directiva resulta, en particular, que para satisfacer la exigencia de transparencia reviste una importancia capital la cuestión de *si el contrato de préstamo expone de manera transparente los motivos y las particularidades del mecanismo de modificación del tipo del interés, así como la relación entre dicha cláusula y otras cláusulas relativas a la retribución del prestamista*, de forma que un consumidor informado pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas que para él se derivan<sup>12</sup>.

40. Estos criterios generales deben proyectarse sobre una situación como la del asunto principal, en la que una cláusula abusiva ha sido sustituida por otra cláusula. La modificación del contrato debe considerarse en su conjunto, teniendo en cuenta la cláusula de renuncia a las acciones y el contexto contractual preexistente. En efecto, según la jurisprudencia, es necesario examinar el efecto acumulativo de todas las cláusulas de un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor. Este enfoque se justifica porque tales cláusulas resultan aplicables en su totalidad, y ello con independencia de la cuestión de si el acreedor exige efectivamente o no su pleno cumplimiento<sup>13</sup>.

41) Para ser transparente, además, el profesional debe haber explicado debidamente al consumidor las consecuencias económicas de la modificación contractual en su conjunto, incluyendo las consecuencias de la no vinculación de la anterior cláusula suelo declarada abusiva. Así, deberá explicar al consumidor, entre otras cosas, que sin esa cláusula no habrá límite inferior a la variación del tipo de interés, y que por tanto los pagos mensuales serán sensiblemente inferiores.

42. Por otra parte, para respetar el requisito de transparencia, el profesional deberá explicar también al consumidor los motivos y las particularidades de la nueva

<sup>11</sup> Sentencia Kásler, apartado 73. Véase asimismo la sentencia RWE Vertrieb, EU:C:2013:180, apartado 49.

<sup>12</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de febrero de 2015, Matei, C-143/13, EU:C:2015:127, apartado 74.

<sup>13</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de abril de 2016, Radlinger, C-377/14, EU:C:2016:283, apartado 95 y sentencia de 10 de septiembre de 2014, Kušionová, C-34/13, EU:C:2014:2189, apartado 42.

cláusula suelo y de la cláusula de renuncia a las acciones, así como la relación entre dichas cláusulas y otras cláusulas relativas a la retribución del prestamista, de forma que un consumidor informado pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas que se derivan de las nuevas cláusulas.

43. La Comisión considera que para que se respete el requisito de transparencia no es suficiente con que el contrato refleje formalmente esos criterios, sino que el consumidor ha de ser efectivamente informado en la fase precontractual. Un cumplimiento puramente nominal o mecánico de los requisitos de información establecidos por la jurisprudencia, o una mera apariencia textual de cumplimiento, podría mermar la efectividad de la Directiva 93/13 si no ha tenido un reflejo real en la fase precontractual.
44. Por esas razones, la Comisión propone responder así a la cuarta cuestión prejudicial: Al analizar un contrato de novación modificativa como el controvertido en el asunto principal, los artículos 3, apartado 1, y 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, deben interpretarse en el sentido de que la nueva cláusula suelo incluida adolece nuevamente de falta de transparencia, si el profesional no informó al cliente del verdadero coste económico de dicha cláusula en su hipoteca, de manera que pudiera conocer el tipo de interés (y la cuota resultante) que tendría que pagar en el caso de aplicarse la nueva cláusula suelo y el tipo de interés (y la cuota resultante) que tendría que pagar en el caso de no aplicarse ninguna cláusula suelo y se aplicase el tipo de interés pactado en el préstamo hipotecario sin limitación a la baja.

*Cuestiones prejudiciales tercera y quinta*

45. La Comisión propone tratar conjuntamente las cuestiones prejudiciales tercera y quinta, dado que ambas se refieren a la cláusula de renuncia al ejercicio de acciones, y reformularlas de este modo: El artículo 3 de la Directiva, ¿debe interpretarse en el sentido de que una cláusula de renuncia al ejercicio de acciones que sea incluida sin que haya sido objeto de una negociación individual en un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional debe considerarse abusiva, en la medida en que, a pesar de la exigencia de buena fe, crea, en perjuicio del consumidor, un

desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato?

46. La Comisión recordará, en primer lugar, que en su interpretación de la Directiva 93/13 el Tribunal de Justicia deja un gran margen a la apreciación del juez nacional<sup>14</sup>, pues las cláusulas han de examinarse a la luz de todas las circunstancias de cada caso concreto. Ahora bien, de forma excepcional, el Tribunal también ha declarado el carácter abusivo de cláusulas cuando no cabe ninguna duda de que lo son y dicho carácter no depende del examen de las circunstancias particulares de cada caso. Así, en el asunto *Océano Grupo Editorial*, el Tribunal de Justicia declaró que una cláusula atributiva de competencia que sea incluida sin que haya sido objeto de una negociación individual en un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional y que confiera competencia exclusiva a un Tribunal en cuyo territorio se encuentra el domicilio del profesional, *debe considerarse abusiva a los efectos del artículo 3 de la Directiva*, en la medida en que, a pesar de la exigencia de buena fe, crea, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato<sup>15</sup>.
47. Posteriormente, el Tribunal de Justicia aclaró que esta apreciación se realizó en relación con una cláusula que *favorecía exclusivamente al profesional y sin contrapartida alguna para el consumidor, poniendo en tela de juicio, independientemente del tipo de contrato, la eficacia de la protección jurisdiccional de los derechos que la Directiva reconoce al consumidor*. Por ello, en tal caso, era posible apreciar el carácter abusivo de dicha cláusula *sin necesidad de examinar todas las circunstancias propias de la celebración del contrato ni de apreciar las ventajas y desventajas vinculadas a esta cláusula en el Derecho nacional aplicable al contrato*<sup>16</sup>.
48. En el presente asunto, la Comisión considera que el Tribunal también puede dar una respuesta clara y definitiva a estas dos cuestiones prejudiciales, y así evitar la

<sup>14</sup> Véase, entre otras, la sentencia de 20 de septiembre de 2017, *Andriuc*, C-186/16, EU:C:2017:703, apartados 56 y 57.

<sup>15</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de junio de 2000, *Océano Grupo Editorial*, C-240/98 a C-244/98, EU:C:2000:34624, apartado 24.

<sup>16</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 1 de abril de 2004, *Freiburger Kommunalbauten*, C-237/02, EU:C:2004:209, apartado 23.

inseguridad jurídica que se derivaría de una respuesta abierta, que podría ser aplicada de una forma por unos tribunales nacionales y de otra por otros. A la Comisión le parece claro que una cláusula de ese tipo es abusiva *per se*, considerada en abstracto y sin que sea necesario apreciar las circunstancias de cada caso concreto.

49. Esa respuesta no se deriva de la letra q) del párrafo 1 del anexo a la Directiva 93/13. En efecto, el Tribunal de Justicia ya ha aclarado que el anexo contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas, de manera que una cláusula que figura en dicho anexo no debe necesariamente considerarse abusiva y que, por el contrario, una cláusula que no figura en él, puede, sin embargo, ser declarada abusiva<sup>17</sup>.
50. No obstante, la Comisión constata que el legislador español, haciendo uso de la posibilidad conferida en el artículo 8 de la Directiva 93/13, parece haber elevado el nivel de protección de los consumidores españoles al transformar la letra q) del párrafo 1 del anexo a la Directiva en una disposición imperativa.
51. Así, el artículo 10 del Real Decreto-Legislativo 1/2007 dispone que: *“La renuncia previa a los derechos que esta norma reconoce a los consumidores y usuarios es nula, siendo, asimismo, nulos los actos realizados en fraude de ley de conformidad con lo previsto en el artículo 6 del Código Civil”*. Por su parte, el artículo 82, apartado 4 de dicha norma establece que: *“(…) en todo caso son abusivas las cláusulas que, conforme a lo dispuesto en los artículos 85 a 90, ambos inclusive: (….) b) limiten los derechos del consumidor y usuario”*. Pues bien, tanto el artículo 86, apartado 7 como el artículo 87, apartado 6 de esa normativa nacional recogen los supuestos de imposición de renuncia o limitación de los derechos de los consumidores y de obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor, respectivamente.
52. Ahora bien, dichas cuestiones son de Derecho nacional, por lo que compete al juzgado remitente su valoración.

---

<sup>17</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de mayo de 2002, Comisión/Suecia, C-478/99, EU:C:2002:281, apartado 20.

53. La respuesta, desde el punto de vista del Derecho de la Unión, hay que buscarla, más bien, en el propio tenor literal del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13. Efectivamente, una cláusula de esa naturaleza crea necesariamente y en todos los casos un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes del contrato. La Comisión recordará que, en la cláusula controvertida, «las partes ratifican la validez y vigor del préstamo, consideran adecuadas sus condiciones y, en consecuencia, renuncian expresa y mutuamente a ejercitar cualquier acción frente a la otra que traiga causa de su formalización y clausulado, así como por las liquidaciones y pagos realizados hasta la fecha, cuya corrección reconocen» (subrayado añadido).
54. Aunque la cláusula pudiera parecer simétrica y no favorecer exclusivamente al profesional por la expresión «mutuamente», en realidad no lo es, porque se renuncia a las acciones que traen causa de la formalización y clausulado (redactado de antemano por el profesional), pero el profesional obviamente no renuncia a las acciones derivadas del comportamiento ulterior del consumidor, como por ejemplo la acción de ejecución hipotecaria en caso de impagos futuros (además, no consta en el auto de remisión que el consumidor hubiera incurrido en incumplimiento contractual alguno). Por el contrario, en la práctica, es únicamente el consumidor quien estaría renunciando a reclamar las liquidaciones y pagos pasados derivados de la anulación de la cláusula suelo, por lo que la referida renuncia de acciones únicamente afecta a los derechos del consumidor y beneficia al profesional.
55. Además, esa renuncia cobra mayor importancia a partir de la sentencia *Gutiérrez Naranjo*, puesto que la misma aclara que procede la devolución de las cantidades pagadas en exceso con anterioridad a la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, mermando la efectividad de la Directiva 93/13.
56. La Comisión añadirá que conviene interpretar la Directiva 93/13 a la luz del artículo 47 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. La cláusula controvertida pone en tela de juicio, independientemente de las circunstancias de cada contrato, la eficacia de la protección jurisdiccional de los derechos que la Directiva reconoce al consumidor, y en realidad tiene por objetivo excluirla. Si se acepta ese tipo de cláusula, sería posible renunciar previamente a los derechos, que

tienen el rango de orden público<sup>18</sup>, que el ordenamiento de la Unión confiere a los consumidores, y los órganos judiciales no podrían llevar a cabo la intervención positiva de oficio requerida por el legislador de la Unión para reequilibrar la relación entre profesionales y consumidores.

57. La Comisión recuerda que en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se considera compatible con el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, bajo ciertas condiciones, una legislación de un Estado parte que permite renunciar al ejercicio de acciones judiciales a favor de un sistema de arbitraje voluntario, como elemento de la libertad contractual<sup>19</sup>. *A contrario*, puede considerarse que ni un Estado miembro ni el Derecho de la Unión podrían aceptar la mera renuncia al ejercicio de acciones y a la protección jurisdiccional, sin que se prevea algún otro método para la resolución de controversias comparable a la tutela jurisdiccional<sup>20</sup>, especialmente en una materia como la protección de consumidores, que, insistimos, el Tribunal de Justicia considera de orden público. Aceptar una cláusula de este tipo constituiría una injerencia desproporcionada que podría dejar sin contenido dicho derecho fundamental.
58. Por otra parte, si la cláusula analizada en *Océano Grupo Editorial* era *per se* abusiva, aunque “se limitaba” a conferir competencia exclusiva a un Tribunal en cuyo territorio se encuentra el domicilio del profesional, la presente cláusula, que excluye completamente la competencia de cualquier órgano judicial, será abusiva *a fortiori*, y no debería producir ningún efecto, ni de orden procesal ni contractual. El consumidor sigue siendo libre, por tanto, para presentar una demanda contra el profesional, sin que la misma deba declararse inadmisibile o constituir un incumplimiento contractual. Si esa demanda es fundada o no es otra cuestión, que pertenece al fondo de cada asunto y deberá decidir el tribunal competente.

---

<sup>18</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de mayo de 2018, Karel de Grote — Hogeschool, C-147/16, EU:C:2018:320, apartado 35.

<sup>19</sup> Por ejemplo, decisión en el asunto *Tabbane c. Suiza*, asunto n° 41069/12, apartados 26, 27 y 30, y la jurisprudencia allí citada.

<sup>20</sup> De hecho, en relación con las cláusulas arbitrales, el artículo 90, apartado 1, del Real Decreto Legislativo 1/2007 prohíbe expresamente “[l]a sumisión a arbitrajes distintos del arbitraje de consumo, salvo que se trate de órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales para un sector o un supuesto específico.”

59. No es necesario, por lo tanto, analizar esa cláusula a la luz del principio de transparencia. Si lo fuera, con todo, la Comisión se remitiría a las explicaciones y criterios indicados anteriormente.
60. Por esas razones, la Comisión propone responder así a las cuestiones prejudiciales tercera y quinta: El artículo 3 de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que una cláusula de renuncia al ejercicio de acciones que sea incluida sin que haya sido objeto de una negociación individual en un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional debe considerarse abusiva, en la medida en que, a pesar de la exigencia de buena fe, crea, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato.

#### IV. Conclusión

61. A la vista de todo ello, la Comisión propone responder así a las cuestiones planteadas por la sección cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (España):
  1. El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que el principio de no vinculación de las cláusulas abusivas no debe extenderse automáticamente, en principio, a los contratos y negocios jurídicos posteriores sobre esas cláusulas, como lo es el contrato de novación. Ahora bien, los contratos y negocios jurídicos posteriores sobre esas cláusulas no pueden mermar los efectos, en particular restitutorios, derivados de la declaración de abusividad de la antigua cláusula. Además, el carácter abusivo de esa antigua cláusula es un elemento importante que el tribunal nacional competente deberá tener en cuenta a la hora de evaluar el posible carácter abusivo de la nueva cláusula.
  2. El artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que los documentos que modifiquen o transijan cláusulas no negociadas susceptibles de no superar los controles de falta de abusividad y transparencia, pueden participar de la naturaleza de condiciones generales de la contratación, si se trata de cláusulas redactadas de antemano por el profesional y en cuyo contenido el consumidor no ha influido, viendo limitadas sus opciones a la posibilidad de aceptar o rechazar el contrato en su conjunto. Una mención manuscrita del consumidor manifestando que acepta una o varias cláusulas, una posibilidad teórica de influir que no se ha

reflejado en el contenido del contrato, o una influencia muy reducida sobre un aspecto limitado del clausulado dentro de los márgenes preestablecidos por el profesional no son suficientes para probar que una cláusula tipo se ha negociado individualmente.

3. Al analizar un contrato de novación modificativa como el controvertido en el asunto principal, los artículos 3, apartado 1, y 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, deben interpretarse en el sentido de que la nueva cláusula suelo incluida adolece nuevamente de falta de transparencia, si el profesional no informó al cliente del verdadero coste económico de dicha cláusula en su hipoteca, de manera que pudiera conocer el tipo de interés (y la cuota resultante) que tendría que pagar en el caso de aplicarse la nueva cláusula suelo y el tipo de interés (y la cuota resultante) que tendría que pagar en el caso de no aplicarse ninguna cláusula suelo y se aplicase el tipo de interés pactado en el préstamo hipotecario sin limitación a la baja.
4. El artículo 3 de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que una cláusula de renuncia al ejercicio de acciones que sea incluida sin que haya sido objeto de una negociación individual en un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional debe considerarse abusiva, en la medida en que, a pesar de la exigencia de buena fe, crea, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato.

Julio Baquero Cruz

Napoleón Ruiz García

*Agentes de la Comisión*

descargado en [www.asufin.com](http://www.asufin.com)

