

Asunto C-452/18

XZ contra Ibercaja Banco, S. A.

[Petición de decisión prejudicial presentada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 3 de Teruel]

«Procedimiento prejudicial — Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores — Directiva 93/13/CEE — Contrato de préstamo hipotecario — Cláusula limitadora de la variabilidad del tipo de interés (cláusula suelo) — Falta de transparencia — Carácter abusivo — Celebración por las partes de un contrato por el que se estipulan la novación de la cláusula suelo, la confirmación de la validez del contrato de préstamo hipotecario y la renuncia mutua a impugnarla por la vía judicial — Compatibilidad con la Directiva 93/13 — Requisitos»

I. Introducción

1. La presente petición de decisión prejudicial ha sido presentada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 3 de Teruel, en el marco de un litigio entre XZ e Ibercaja Banco, S. A. (en lo sucesivo, «Ibercaja»). En esencia, las partes del procedimiento principal estaban vinculadas por un contrato de préstamo hipotecario a interés variable. Dicho contrato contenía una cláusula suelo que limitaba la variabilidad de dicho tipo de interés. Una sentencia del Tribunal Supremo cuestionó la compatibilidad de tal cláusula con la normativa española que transpone la Directiva 93/13/CEE sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. (2) En estas circunstancias, XZ e Ibercaja celebraron un contrato, cuya calificación jurídica no es pacífica entre las partes, que tenía por objeto la novación de la cláusula de que se trata, la confirmación de la validez del contrato de préstamo y la renuncia mutua a impugnarla por la vía judicial.

2. Mediante sus cuestiones prejudiciales, el órgano jurisdiccional remitente interroga al Tribunal de Justicia sobre la compatibilidad de tal contrato con la Directiva 93/13. Dichas cuestiones prejudiciales brindan al Tribunal de Justicia la oportunidad de determinar, por primera vez, si —y en su caso en qué condiciones— un consumidor puede renunciar sobre la base de un contrato a invocar el carácter abusivo, en el sentido de la citada Directiva, de una cláusula determinada. De la respuesta a esta cuestión prejudicial depende, en particular, el alcance de la autonomía de que disponen consumidores y profesionales para confirmar o novar una cláusula contractual potencialmente abusiva o para celebrar acuerdos amistosos, en particular, transacciones, con objeto de resolver extrajudicialmente sus conflictos en esta materia.

3. En las presentes conclusiones, explicaré que la Directiva 93/13 no prohíbe, por principio, que un profesional y un consumidor celebren un contrato que contenga una cláusula de renuncia del consumidor a invocar el carácter abusivo de una cláusula preexistente. Sin embargo, tales contratos deben cumplir los requisitos establecidos por dicha Directiva y, en particular, el imperativo de transparencia que esta establece. En este sentido, propondré al Tribunal de Justicia que adopte un enfoque que permita, en particular, salvaguardar la validez de las transacciones amistosas «genuinas»

convenidas por los consumidores con pleno conocimiento de causa y, al mismo tiempo, declarar inválidas aquellas que, impuestas por los profesionales, tan solo tienen la apariencia de tales.

II. Marco jurídico

A. Directiva 93/13

4. Con arreglo al artículo 3 de la Directiva 93/13:

«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.»

5. El artículo 4 de esta misma Directiva establece:

«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.»

6. A tenor del artículo 6, apartado 1, de dicha Directiva:

«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 este y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si este puede subsistir sin las cláusulas abusivas.»

7. El anexo de la citada Directiva, titulado «Cláusulas contempladas en el apartado 3 del artículo 3», menciona, en su punto 1, letra q), las cláusulas que tengan por objeto o por efecto «suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor, en particular obligándole a dirigirse exclusivamente a una jurisdicción de arbitraje no cubierta por las disposiciones jurídicas, limitándole indebidamente los medios de prueba a su disposición o imponiéndole una carga de la prueba que, conforme a la legislación aplicable, debería corresponder a otra parte contratante».

B. Derecho español

8. La Directiva 93/13 fue incorporada al Derecho español, en lo esencial, por la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, la cual fue refundida, junto con otras disposiciones de transposición de distintas Directivas de la Unión en materia de protección de los

consumidores, por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en lo sucesivo, «Real Decreto Legislativo 1/2007»).

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

«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».

10. El artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007 establece, en su apartado 1, que «las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas».

III. Litigio principal, cuestiones prejudiciales y procedimiento ante el Tribunal de Justicia

11. Mediante escritura pública de 23 de diciembre de 2011, XZ compró una finca a un promotor. Dicha finca se encontraba gravada con una hipoteca, constituida a favor de la entidad bancaria Caja de Ahorros de la Inmaculada de Aragón, como garantía del reembolso de un préstamo otorgado por esta última al referido promotor, con arreglo a un contrato de 23 de julio de 2010. (3) Al comprar dicho inmueble, XZ se subrogó en la posición del promotor en este contrato.

12. En el contrato de préstamo hipotecario se estipulaba la aplicación de un interés variable a dicho préstamo. No obstante, una cláusula de ese contrato limitaba dicha variabilidad señalando un tipo de interés máximo (cláusula techo) del 9,75 % anual y un tipo de interés mínimo (cláusula suelo) del 3,25 % anual.

13. El 4 de marzo de 2014, Ibercaja, sucesora de la Caja de Ahorros de la Inmaculada de Aragón en el préstamo de que se trata, (4) suscribió con XZ un «contrato de novación modificativa del préstamo». En dicho contrato se estipulaba, en particular, una rebaja al 2,35 % del tipo mínimo aplicable a dicho préstamo, pagadero a partir de la siguiente cuota mensual del préstamo y hasta la fecha de cancelación del mismo. Asimismo, en dicho contrato se estipuló una cláusula con el siguiente tenor:

«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.»

14. Además, este mismo contrato contenía una manifestación manuscrita y firmada por XZ, copiada de un modelo facilitado por Ibercaja, en la que XZ efectuaba la siguiente declaración:

«Soy consciente y entiendo que el tipo de interés de mi préstamo nunca bajará del 2,35 % nominal anual.»

15. El 14 de enero de 2016, XZ reembolsó la última cuota del préstamo.

16. El 1 de febrero de 2017, la interesada interpuso un recurso ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 3 de Teruel por el que solicitó que se declarase la nulidad por abusiva de la cláusula suelo estipulada en el contrato de préstamo hipotecario y que se condenase a Ibercaja a devolver las cantidades abonadas con arreglo a dicha cláusula.

17. Ante ese mismo órgano jurisdiccional, Ibercaja negó el carácter abusivo de dicha cláusula y se opuso a efectuar la devolución reclamada invocando, en particular, el «contrato de novación modificativa del préstamo» celebrado entre dicha entidad y XZ. En este contexto, esta última alega que la norma según la cual las cláusulas abusivas «no vincularán al consumidor», establecida en el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, ha de hacerse extensiva a tal contrato, de manera que este, al igual que dicha cláusula, debe considerarse nulo.

18. En tales circunstancias, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 3 de Teruel decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

- «1) Si el principio de no vinculación de las cláusulas nulas (artículo 6 [de la Directiva 93/13]) debe extenderse también a los contratos y negocios jurídicos posteriores sobre esas cláusulas, como lo es el [“contrato de novación modificativa del préstamo”].

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

- 2) 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.
- 3) Si la renuncia de acciones judiciales contenida en el [“contrato de novación modificativa del préstamo”] 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.

- 4) Si analizando el [“contrato de novación modificativa del préstamo”] al amparo de la Jurisprudencia del [Tribunal de Justicia] 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 [sentencia del Tribunal Supremo] 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.

- 5) Si el clausulado de acciones incluidas en las condiciones generales de contratación del [“contrato de novación modificativa del préstamo”] 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 [la letra q)] de ese anexo [...], 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 [Gutiérrez Naranjo y otros (5)]).»

19. El auto de remisión, de 26 de junio de 2018, se recibió en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 11 de julio de 2018. Han presentado observaciones escritas Ibercaja, el Gobierno español y la Comisión Europea. Las mismas partes e interesados, así como XZ, estuvieron representados en la vista celebrada el 11 de septiembre de 2019.

IV. Análisis

20. El presente asunto tiene como telón de fondo la problemática suscitada por las cláusulas suelo utilizadas en los contratos de préstamo. (6) Ha de recordarse brevemente que la práctica que siguieron, en particular, las entidades bancarias españolas poco antes y durante la crisis financiera que sacudió la economía mundial entre los años 2007 y 2012 fue la de proponer préstamos hipotecarios a interés variable que incluían tal cláusula, que tiene por objeto limitar la variabilidad del tipo de interés. Más concretamente, esta cláusula implica que, en el supuesto de que el tipo de interés se sitúe por debajo del tope (suelo) fijado en el contrato de préstamo, el prestatario debe pagar el interés correspondiente a dicho tope mínimo. (7) En la práctica, las cláusulas suelo han tenido como consecuencia impedir al consumidor español beneficiarse de la caída de los tipos de interés que se produjo durante la crisis financiera, protegiendo a las entidades de crédito de los efectos negativos que esta caída debería haber tenido en sus márgenes de negocio. (8)

21. Dicho esto, la utilización de cláusulas suelo no dejó de tener consecuencias para las entidades bancarias españolas. En una sentencia de 9 de mayo de 2013, (9) el Tribunal Supremo declaró el carácter abusivo, por falta de transparencia, y, en consecuencia, la nulidad de las cláusulas suelo que figuraban en las condiciones generales de contratación de tres de esas mismas entidades bancarias. Sin embargo, limitó los efectos en el tiempo de dicha sentencia, la cual, en particular, no debía aplicarse a los pagos efectuados por los consumidores con arreglo a las referidas cláusulas antes de la fecha de su publicación. (10) Si bien las partes del procedimiento principal discrepan sobre el alcance de la notoriedad alcanzada por dicha sentencia a raíz de su pronunciamiento, considero posible afirmar sin miedo a equivocarme que esta, como poco, generó serias dudas sobre si las cláusulas suelo utilizadas por otras entidades bancarias adolecían de la misma falta de transparencia.

22. En este contexto, durante el mes de julio de 2013, Ibercaja adoptó una política interna consistente en celebrar, con parte, si no con la totalidad, de sus clientes afectados por una hipoteca con cláusula suelo, (11) un contrato denominado «contrato de novación modificativa del préstamo». Dicho contrato preveía, en particular, una rebaja de la cláusula suelo aplicable al préstamo del cliente afectado, efectiva a partir de la siguiente cuota del préstamo y hasta la cancelación de este, y se incluía una renuncia expresa y mutua a ejercitar cualquier acción que trajera causa del clausulado de dicho préstamo. El 4 de marzo de 2014, Ibercaja celebró un contrato de este tipo con XZ.

23. El 21 de diciembre de 2016, el Tribunal de Justicia, al que diversos órganos jurisdiccionales españoles habían interrogado sobre los efectos vinculados a la declaración del carácter abusivo de las cláusulas suelo, dictó la sentencia Gutiérrez Naranjo. En dicha sentencia, el Tribunal de Justicia consideró, en esencia, que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 obliga al juez nacional que aprecia el carácter abusivo de tales cláusulas a dejarlas sin aplicación, en principio, y a ordenar que se restituyan al consumidor las cantidades pagadas con arreglo a dicha cláusula. (12) Además, según precisó el Tribunal de Justicia, dicha disposición se opone a que se limiten en el tiempo los efectos restitutorios, como hizo el Tribunal Supremo en su sentencia de 9 de mayo de 2013. (13)

24. Al haber adquirido presumiblemente conocimiento de la citada sentencia del Tribunal de Justicia, el 1 de febrero de 2017, XZ interpuso ante el órgano jurisdiccional remitente una demanda por la que solicita que se declare la nulidad por abusiva de la cláusula suelo estipulada en su contrato de préstamo hipotecario y que se condene a Ibercaja a devolver las cantidades abonadas con arreglo a dicha cláusula. (14)

25. La cuestión principal que se plantea ante este órgano jurisdiccional es la de determinar las implicaciones jurídicas que puede tener el «contrato de novación modificativa del préstamo», celebrado entre XZ e Ibercaja el 4 de marzo de 2014, para las pretensiones formuladas por la demandante.

26. La entidad bancaria sostiene, en efecto, que dicho contrato se opone a que XZ invoque judicialmente el carácter abusivo de la cláusula suelo inicialmente estipulada en el contrato de préstamo hipotecario. Su argumentación se hace eco a este respecto de una sentencia del Tribunal Supremo, de 11 de abril de 2018, (15) en la que dicho Tribunal se pronunció sobre contratos idénticos celebrados entre Ibercaja y otros dos de sus clientes. Dicho órgano jurisdiccional consideró, en esencia, que tal contrato constituye una *transacción*, (16) concertada entre las partes con objeto de disipar extrajudicial y definitivamente la incertidumbre, generada por su sentencia de 9 de mayo de 2013, acerca de la validez de las cláusulas suelo incorporadas a sus contratos de préstamo, a cambio de concesiones recíprocas que se concretan en una rebaja del tipo mínimo previsto en dicha cláusula. En consecuencia, el juez no puede entrar a analizar la abusividad de dicha cláusula, al tener la citada transacción eficacia vinculante entre las partes. En este marco, el Tribunal Supremo declaró que la

Directiva 93/13 no se opone a que un profesional y un consumidor celebren acuerdos transaccionales para resolver sus controversias de manera extrajudicial. Además, dicho Tribunal consideró que los contratos controvertidos son transparentes para los consumidores. (17)

27. En cuanto a XZ, sostiene que el «contrato de novación modificativa del préstamo» debe considerarse nulo y, en consecuencia, no puede impedir que el órgano jurisdiccional remitente examine sus pretensiones. Su argumentación a este respecto refleja el voto particular emitido en la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2018, (18) citada en el punto anterior. Dicho voto particular sostiene, en esencia, que tal contrato no constituye una transacción, sino un contrato de *novación* (19) de las cláusulas suelo incorporadas a los contratos de préstamo hipotecario de los clientes afectados, novación que no es válida con arreglo al Derecho nacional. (20) En cualquier caso, por una parte, el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 se opone a que las partes modifiquen o confirmen una cláusula abusiva o incluso a que el consumidor renuncie al derecho a impugnarla por la vía judicial. Por otra parte, este tipo de contrato adolece de una falta de transparencia, puesto que no contiene la información que permite a los consumidores conocer las consecuencias económicas y jurídicas de su aceptación. El órgano jurisdiccional remitente comparte en gran medida esta opinión.

28. Ha de indicarse primeramente que, si bien de los dos puntos anteriores se desprende que la calificación jurídica del «contrato de novación modificativa del préstamo» es objeto de litigio entre las partes del procedimiento principal, esta cuestión se plantea, como alega la Comisión, exclusivamente con arreglo al Derecho español, de manera que no corresponde examinarla al Tribunal de Justicia, sino al órgano jurisdiccional remitente.

29. En cambio, incumbe al Tribunal de Justicia analizar a la luz de la Directiva 93/13 la situación en la que 1) un profesional y un consumidor están vinculados por un contrato, 2) se han suscitado serias dudas en cuanto al potencial carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la citada Directiva, de una cláusula de dicho contrato (21) y 3) las partes, mediante un acuerdo posterior, han novado la cláusula en cuestión, (22) confirmado la validez del contrato inicial y renunciado mutuamente a ejercitar acciones judiciales que traigan causa de su clausulado. Más concretamente, se trata de determinar, en primer lugar, como solicita el órgano jurisdiccional remitente mediante su primera cuestión prejudicial, si el artículo 6, apartado 1, de dicha Directiva se opone, *por principio*, a que tal acuerdo tenga eficacia vinculante para el consumidor. En la primera parte de las presentes conclusiones, expondré las razones por las que, en mi opinión, no es así (sección A).

A. Sobre la facultad de que dispone el consumidor para novar una cláusula potencialmente abusiva, confirmar su validez y/o renunciar a ejercer acciones judiciales que traigan causa de la misma (primera cuestión prejudicial)

30. Ha de recordarse que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 dispone que «no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre este y un profesional». En virtud de dicha disposición, el juez nacional debe deducir todas las consecuencias que, según el Derecho nacional, deriven de la comprobación del carácter abusivo de la cláusula considerada, a fin de evitar que la mencionada cláusula vincule al consumidor. El juez nacional está, en efecto, obligado a dejar sin aplicación dicha cláusula, a fin de que esta no tenga eficacia vinculante para el consumidor. (23)

31. En la sentencia Gutiérrez Naranjo, el Tribunal de Justicia precisó además que «procede considerar, en principio, que una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido, de manera que no podrá tener efectos frente al consumidor». Por consiguiente, la declaración judicial del carácter abusivo de tal cláusula «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». Cuando la cláusula de que se trate imponga el pago de importes, la obligación del juez nacional de dejarla sin aplicación «genera, en principio, el correspondiente efecto restitutorio en relación con tales importes». (24)

32. Por consiguiente, si el órgano jurisdiccional remitente declara, en el procedimiento principal, que la cláusula suelo que figura en el contrato de préstamo hipotecario es abusiva en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13, está obligado en principio, de conformidad con el artículo 6, apartado 1, de dicha Directiva, a dejar sin aplicación dicha cláusula y a condenar a Ibercaja a restituir a XZ los importes pagados con arreglo a la misma.

33. No obstante, el «contrato de novación modificativa del préstamo», según la interpretación que hace el Tribunal Supremo del Derecho español en su sentencia de 11 de abril de 2018, *impide que el órgano jurisdiccional nacional entre a analizar la cuestión del carácter abusivo de esta cláusula suelo.* (25) Más concretamente, el Gobierno español indica que, si bien XZ ya no puede solicitar al juez que someta a control la validez de la cláusula suelo que figuraba inicialmente en el contrato de préstamo hipotecario, sí puede impugnar la validez de la nueva cláusula suelo, estipulada en el acuerdo.

34. En estas condiciones, se plantea la cuestión de si, como sostiene XZ, (26) el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 se opone, por principio, a que un consumidor y un profesional celebren un contrato mediante el cual estipulen la novación de una cláusula potencialmente abusiva, la confirmación (27) de su validez o la renuncia a impugnarla por la vía judicial —o, más concretamente, la cuestión de si la citada disposición se opone a que dicho contrato tenga eficacia vinculante para el consumidor—.

35. Como ya he señalado antes, no creo que sea así. En efecto, en mi opinión, la respuesta a esta cuestión debe ser matizada.

36. A mi entender, el enfoque de XZ se basa en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia según la cual, habida cuenta de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 constituye una *disposición imperativa* que pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre estas. Por otro lado, dicha disposición debe considerarse una norma equivalente a las disposiciones nacionales que, en el ordenamiento jurídico interno, tienen rango de normas de *orden público*. (28)

37. He de admitir que esta jurisprudencia, en relación con la recordada en los puntos 30 y 31 de las presentes conclusiones, se hace eco, en cierta medida, del régimen de *nulidad absoluta* existente en los ordenamientos jurídicos de diferentes Estados miembros, entre ellos, el del Reino de España. (29) Además, esta es precisamente la sanción prevista, en Derecho español, para los casos en que se aprecie el carácter abusivo de una cláusula contractual. (30) Pues bien, el régimen de la nulidad absoluta no deja margen alguno a la voluntad de las partes del contrato. Estas no pueden confirmar o novar una obligación viciada de tal nulidad. Tampoco pueden transigir sobre esa obligación: el juez debe declarar de oficio su nulidad y la falta de efectos de estas actuaciones. En opinión de XZ, el consumidor y el profesional no pueden novar o confirmar, por tanto, una cláusula abusiva ni transigir al respecto. El eventual acuerdo entre las partes no podría impedir que el juez examine el carácter abusivo de una cláusula contractual determinada. (31)

38. Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en realidad, no llega tan lejos. En efecto, el Tribunal de Justicia ha declarado de manera reiterada —y, en mi opinión, este punto es crucial— que *el consumidor puede renunciar a invocar el carácter abusivo de una cláusula contractual.* (32) Según el Tribunal de Justicia, «la Directiva 93/13 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» (33) y «el derecho a una protección efectiva del consumidor comprende la facultad de renunciar a hacer valer sus derechos». (34)

39. En el asunto que dio lugar a la sentencia Banif Plus Bank, (35) el Tribunal de Justicia precisó en este sentido que incumbe al juez nacional la obligación de «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».

40. Contrariamente a la Comisión, no creo que dichas consideraciones sean pertinentes únicamente en la situación en la que el juez ha apreciado de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual y ha informado de ello al consumidor. De ello se desprende, en mi opinión, una lógica de carácter más general según la cual este último puede renunciar a invocar el carácter abusivo de una cláusula determinada, siempre que dicha renuncia sea fruto, como consideró el Tribunal de Justicia en esta última sentencia, de *un consentimiento libre e informado*.

41. En mi opinión, esta lógica refleja la idea, expuesta en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia,

de que la Directiva 93/13 pretende, en particular, evitar que el consumidor asuma obligaciones cuyo alcance desconoce o no alcanza a comprender cabalmente. (36) A la inversa, cuando el consumidor es consciente de las consecuencias jurídicas que acarrea para él la renuncia a la protección que le brinda dicha Directiva, tal renuncia es compatible con la Directiva.

42. Pues bien, si se considera que el consumidor es consciente de las consecuencias de sus actos cuando manifiesta ante el juez, tras haber sido informado por este último del carácter abusivo de una cláusula, su renuncia a invocar esta abusividad, ello no significa que no pueda darse ninguna otra situación en la que esto sea posible. En particular, no encuentro obstáculos que impidan, por principio, que un consumidor ejerza su facultad de renuncia por la vía contractual, siempre que, reitero, dicha renuncia sea fruto de un consentimiento libre e informado. Sin embargo, en relación con este particular estimo que es preciso confrontar dos situaciones.

43. En mi opinión, por una parte, un consumidor no puede en ningún caso renunciar con antelación a la protección que le brinda la Directiva 93/13 cuando compra un bien o recibe un servicio de un profesional. Una cláusula de un contrato de compraventa o de prestación de servicios mediante la cual se confirma la validez de este o se renuncia al derecho a ejercitar acciones judiciales que traigan causa del mismo no puede producir efecto vinculante alguno para el consumidor. Por otro lado, distintos instrumentos del Derecho de la Unión prohíben expresamente tal renuncia. (37)

44. En efecto, tal renuncia en ningún caso puede considerarse «informada». 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. En este sentido es en el que debe entenderse, en mi opinión, la idea de *renuncia previa*: una renuncia es «previa» cuando interviene con anterioridad, en el momento del establecimiento de la relación contractual entre el profesional y el consumidor, momento en el que este último no concibe o no atribuye suficiente importancia al hecho de que esa relación podría plantear conflictos.

45. En cambio, por otra parte, cuando surge un problema en dicha relación contractual, en el marco de la cual, por ejemplo, se han suscitado dudas importantes en cuanto al posible carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13, de una cláusula contractual determinada y existe, en su caso, una controversia entre las partes en relación con este extremo, el hecho de que el consumidor renuncie a invocar la falta de efecto vinculante de dicha cláusula no debe entenderse de modo tan estricto. En tal situación, el consumidor está en condiciones de entender la importancia de la protección que le brinda la Directiva y, en consecuencia, comprender el alcance de esta renuncia. (38) En otras palabras, en mi opinión, el consumidor tiene, en determinadas circunstancias, la facultad de *renunciar posteriormente*, por la vía contractual, a los derechos que le otorga la Directiva.

46. De ello infiero que, en esta situación, el consumidor tiene la facultad, celebrando un contrato con el profesional, de novar la cláusula de que se trate, confirmarla o incluso renunciar a invocar ante los tribunales su carácter abusivo, siempre que lo haga de manera libre e informada. (39)

47. Puede ejercer, en particular, su facultad de renuncia mediante la celebración, con el profesional, de una *transacción amistosa* relativa a dicha cláusula, ya sea por la vía judicial o extrajudicial. Por otro lado, tal transacción puede presentar ciertas ventajas para el consumidor, como la obtención de un beneficio inmediato —es precisamente el objeto de la reciprocidad de concesiones que debe existir en una transacción—, sin necesidad de impugnar esa misma cláusula por la vía judicial, soportar el coste del procedimiento y esperar a su resultado, máxime cuando el consumidor no tiene la certeza, en el momento en que celebra la transacción, de que ese resultado le vaya a ser favorable. (40)

48. Siempre que, reitero, haya celebrado el acuerdo transaccional con pleno conocimiento de causa, no veo impedimentos para que dicho acuerdo transaccional tenga eficacia vinculante, también para el consumidor. En particular, una transacción debe ofrecer seguridad jurídica a las partes, lo que implica que no puede carecer de efectos vinculantes para una de ellas. Además, la renuncia al ejercicio de acciones judiciales a cambio de concesiones recíprocas es, como explicaré a continuación, el «objeto principal», en el sentido del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, de una transacción, es decir, el elemento fundamental de la autonomía contractual que dicha Directiva no pretende, en principio, cuestionar. (41)

49. Esta última observación encuentra respaldo, desde mi punto de vista, en las disposiciones de la Directiva 2013/11/UE, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo. (42) De

conformidad con dicha Directiva, el consumidor y el profesional, en caso de controversia sobre un contrato, pueden recurrir a un procedimiento de resolución alternativa de litigios. Cuando, en este contexto, optan por recurrir a un procedimiento para resolver la controversia mediante la propuesta de una solución —como, por ejemplo, la mediación— y dicho procedimiento desemboca en la adopción de un compromiso mutuamente aceptable, este compromiso queda concretado, por regla general, en una transacción. (43) Pues bien, el legislador de la Unión no ha reservado al consumidor, en tal situación, el derecho a solicitar al juez que examine esa controversia aunque se haya celebrado este acuerdo amistoso. Al contrario, ha admitido que tal acuerdo tiene consecuencias jurídicas para el consumidor. (44) Sin embargo, la citada Directiva establece garantías que tienen por objeto asegurar que la celebración de tal transacción sea fruto del consentimiento libre e informado de este último. (45) Si bien esta misma Directiva no se aplica a los acuerdos amistosos entre profesionales y consumidores que no se hayan celebrado en el marco de un procedimiento de resolución alternativa de litigios, (46) la lógica que de ella se deriva, en mi opinión, puede hacerse extensiva a esta situación.

50. Contrariamente a la Comisión, no considero que el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea deba entenderse en otro sentido. A mi juicio, por un lado, dicho artículo garantiza al consumidor una facultad efectiva de ejercitar por la vía judicial los derechos que le confiere la Directiva 93/13, garantizándole que dispone a estos efectos de vías de recurso que no estén sujetas a requisitos de procedimiento que hagan imposible o excesivamente difícil el ejercicio de dichos derechos. (47) No obstante, la referida disposición no tiene por objeto forzar al consumidor a ejercer dicha facultad cuando decide renunciar a ella de manera consciente. Por otro lado, si bien admito que, habida cuenta de la importancia fundamental del derecho a la tutela judicial efectiva, los particulares no pueden ceder, con carácter general, su derecho a demandar, es preciso diferenciar esta situación de una renuncia selectiva, centrada en una cláusula o en un litigio determinados.

51. Dicho esto, no se debe, sin embargo, perder de vista la situación de inferioridad en que se halla el consumidor respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información. (48) No puede hacerse caso omiso del riesgo de que la renuncia del consumidor a invocar el carácter abusivo de una cláusula resulte de un abuso de poder (49) del profesional. Por lo tanto, al celebrar con el profesional un acuerdo que contenga tal renuncia, el consumidor no puede renunciar a toda tutela judicial efectiva y esta situación de inferioridad debe poder compensarse mediante una «intervención positiva» del juez. (50)

52. A este respecto, ha de observarse que tal acuerdo constituye, por definición, un contrato que, por un lado, está sujeto a las normas generales y especiales del Derecho contractual que le es aplicable y, por otro lado, puede estar comprendido, como cualquier otro contrato entre un profesional y un consumidor, en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13. (51) El acuerdo únicamente tiene eficacia vinculante en caso de que sea acorde con todas esas normas.

53. En consecuencia, dicho acuerdo puede estar sujeto a control judicial. (52) Por otro lado, procede señalar que, si bien las partes del procedimiento principal y los demás interesados tienen opiniones enfrentadas en cuanto a la cuestión de si, en el caso de autos, XZ puede solicitar al juez que declare el carácter abusivo de la cláusula suelo que figuraba inicialmente en el contrato de préstamo hipotecario, habida cuenta del «contrato de novación modificativa del préstamo» celebrado, nadie cuestiona el hecho de que esta pueda impugnar, ante ese mismo juez, la validez de este último contrato. (53)

54. Pues bien, en mi opinión, es en el marco de este control judicial donde el juez puede llevar a cabo la «intervención positiva» necesaria para proteger al consumidor frente a los abusos de poder del profesional. El juez debe comprobar, incluso de oficio, cuando se someta a su examen un contrato de este tipo, si la renuncia del consumidor a invocar el carácter abusivo de una cláusula determinada es fruto de un consentimiento libre e informado de este último o, por el contrario, trae causa de tal abuso de poder. Ello implica comprobar, en particular, (54) si las cláusulas de ese contrato han sido negociadas individualmente o, por el contrario, impuestas por el profesional y, en este último caso, si se han cumplido los imperativos de transparencia, equilibrio y buena fe que se derivan de la Directiva 93/13.

55. Habida cuenta de las consideraciones anteriores, propongo al Tribunal de Justicia que responda a la primera cuestión prejudicial que, cuando un profesional y un consumidor están vinculados por un contrato, en el marco del cual se suscitan serias dudas en cuanto al potencial carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13, de una cláusula del contrato y las partes,

mediante un acuerdo posterior, han modificado la cláusula en cuestión, confirmado la validez del contrato inicial y renunciado mutuamente a ejercitar acciones que traigan causa de su clausulado, el artículo 6, apartado 1, de la citada Directiva no se opone a que dicho acuerdo tenga eficacia vinculante respecto al consumidor, siempre que medie el consentimiento libre e informado de este último a tal acuerdo.

56. Tomando en consideración la respuesta que se propone, en la segunda parte de las presentes conclusiones expondré los requisitos que debe cumplir el acuerdo a que se refiere el punto anterior para que resulte compatible con la Directiva 93/13. A este respecto, conforme a lo que he señalado en el punto 54 de las presentes conclusiones, abordaré en primer lugar el concepto de «cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente», en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la referida Directiva, concepto que es objeto de la segunda cuestión prejudicial (sección B). A continuación, examinaré las exigencias de transparencia, equilibrio y buena fe que resultan de dicha Directiva, a las cuales se refieren las cuestiones prejudiciales tercera, cuarta y quinta (sección C).

B. Sobre el concepto de «cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente» (segunda cuestión prejudicial)

57. A mi entender, mediante su segunda cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pretende obtener precisiones sobre el concepto de «cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente» que figura en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13, y ello al efecto de poder someter a control las cláusulas del «contrato de novación modificativa del préstamo» a la luz de las exigencias de transparencia, equilibrio y buena fe resultantes de dicha Directiva. Procede recordar que, de conformidad con dicho artículo 3, apartado 1, la citada Directiva se aplica únicamente a las cláusulas contractuales que no hayan sido objeto de tal forma de negociación. En este sentido, dicha disposición establece un requisito previo a ese control judicial. Pues bien, me parecen oportunas ciertas precisiones a este respecto. (55)

58. La Directiva 93/13 no define el concepto de «cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente». El artículo 3, apartado 2, de la Directiva 93/13 precisa, sin embargo, en su párrafo primero, que 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».

59. De esta disposición cabe extraer, en mi opinión, diversas conclusiones. En primer lugar, una cláusula es «negociada individualmente», según el sentido habitual de estos términos, cuando las partes hayan tratado específicamente de la cláusula en cuestión. En segundo lugar, no ocurre así, en particular, cuando la cláusula en cuestión ha sido redactada por el profesional «previamente» a cualquier negociación sobre la temática a la que se refiere. Por último, como alega la Comisión, el criterio decisivo es determinar *si el consumidor ha tenido o no la posibilidad de influir sobre el contenido de dicha cláusula*. (56)

60. De ello se desprende también que las cláusulas sobre cuyo contenido no puede influir el consumidor comprenden, en particular, aquellas que figuran en los llamados contratos «de adhesión», es decir, los contratos que el consumidor solo puede aceptar o rechazar en su totalidad, de manera que su margen de maniobra se limita a celebrar o no el contrato con el profesional. El concepto de «contrato de adhesión» está, por otro lado, íntimamente vinculado al concepto de «condiciones generales», a saber, las cláusulas tipo redactadas de antemano que emplea el profesional sistemáticamente en sus relaciones comerciales con los consumidores con el fin de racionalizar sus costes.

61. Si bien las condiciones generales y los contratos de adhesión constituyen en este sentido el «objetivo principal» de la Directiva 93/13, ha de señalarse que esta se aplica a todas las cláusulas que no se hayan negociado. Simplemente, en el caso de las cláusulas tipo redactadas previamente, el artículo 3, apartado 2, de la citada Directiva establece la presunción de una ausencia de negociación, que puede quedar desvirtuada por prueba en contrario, la cual corresponde acreditar al profesional. (57) De no hallarnos en ese caso, no se aplica dicha presunción y, en consecuencia, incumbe al consumidor demostrar esa ausencia de negociación.

62. En el asunto objeto del procedimiento principal, corresponderá al órgano jurisdiccional remitente determinar si las cláusulas del «contrato de novación modificativa del préstamo» han sido o no

negociadas individualmente, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13. (58) El punto de partida de su examen debe ser la comprobación de si se trata de cláusulas tipo redactadas de antemano —como parece ocurrir en el asunto principal—. (59) Si efectivamente es así, se presumirá la ausencia de tal negociación, de conformidad con el artículo 3, apartado 2, de dicha Directiva, y corresponderá a Ibercaja aportar la prueba en contrario.

63. Respecto a este particular, se ha de precisar que determinar si una negociación ha tenido lugar implica, como sostiene acertadamente la Comisión, ceñirse a las circunstancias concurrentes en el proceso de celebración del contrato. Se entiende que el consumidor ha tenido la posibilidad de influir sobre el contenido de una cláusula determinada cuando dicha celebración ha estado precedida de un diálogo entre las partes que ha brindado a aquel efectivamente la oportunidad de hacerlo. Por consiguiente, el profesional debe aportar elementos de prueba que demuestren no solo la existencia de tal diálogo, sino también que el consumidor, en el curso del mismo, ha participado activamente en la determinación del contenido de la cláusula. (60)

64. En el caso de autos, ha de señalarse que Ibercaja se limita, esencialmente, a sostener que, según la información que figura en el documento interno que define la política que había adoptado respecto a la renegociación de las cláusulas suelo incorporadas a los contratos de préstamo de sus clientes, (61) el tipo de interés más bajo que podían ofrecer los empleados en este contexto era del 2,75 %. Añade que el hecho de que el «contrato de novación modificativa del préstamo» celebrado con XZ fije un interés mínimo del 2,35 % demuestra, por tanto, que ha existido una negociación entre las partes. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente determinar el valor probatorio de esta información —la cual, en mi opinión, difícilmente bastará para probar los elementos que se indican en el punto anterior—. (62)

65. Habida cuenta de las consideraciones anteriores, propongo al Tribunal de Justicia que responda a la segunda cuestión prejudicial en el sentido de que una cláusula contractual no ha sido objeto de una negociación individual, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13, cuando el consumidor no haya tenido la posibilidad real de influir sobre su contenido. Este extremo ha de apreciarse a la luz de las circunstancias concurrentes en el proceso de celebración del contrato y, en particular, del alcance del diálogo mantenido entre las partes en relación con el objeto de dicha cláusula. Cuando se trata de una cláusula tipo redactada de antemano, corresponde al profesional aportar la prueba de que esta ha sido objeto de tal negociación, de conformidad con el artículo 3, apartado 2, de la citada Directiva.

C. Sobre el control de las exigencias de transparencia, equilibrio y buena fe que resultan de la Directiva 93/13 (cuestiones prejudiciales tercera, cuarta y quinta).

66. Partiendo de la suposición de que las cláusulas del «contrato de novación modificativa del préstamo» no hayan sido negociadas individualmente, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13, el órgano jurisdiccional remitente, mediante sus cuestiones prejudiciales tercera, cuarta y quinta, interroga al Tribunal de Justicia sobre si son compatibles con las exigencias de transparencia, equilibrio y buena fe que resultan de la citada Directiva las dos cláusulas principales de dicho contrato, a saber, por una parte, la cláusula de renuncia mutua al ejercicio de acciones judiciales, y, por otra parte, la nueva cláusula suelo, por la que se modifica el tipo de interés mínimo que figura en el contrato de préstamo hipotecario que vincula a XZ e Ibercaja. Examinaré una por una estas dos cláusulas.

1. Control de la cláusula de renuncia mutua al ejercicio de acciones judiciales

67. Mediante sus cuestiones prejudiciales tercera y quinta, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13, en relación con el punto 1, letra q), del anexo de esta misma Directiva, debe interpretarse en el sentido de que una cláusula de renuncia mutua al ejercicio de acciones judiciales, que no ha sido negociada individualmente, es abusiva, en el sentido del citado artículo 3, apartado 1, por cuanto, por una parte, impide al consumidor ejercitar derechos que se han revelado después de la celebración del contrato, como la posibilidad de reclamar la restitución de las cantidades pagadas con arreglo a la cláusula suelo, (63) y, por otra parte, no informa al consumidor acerca del potencial carácter abusivo de esta nueva cláusula o del importe a cuya restitución podría tener derecho.

68. A este respecto, procede recordar que, con arreglo al artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13, 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. Por otro lado, el artículo 5 de dicha Directiva establece que, cuando las cláusulas propuestas al consumidor consten por escrito, deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensible, exigencia esta que con carácter general se considera un imperativo de *transparencia*. Además, el punto 1, letra q), del anexo de la Directiva se refiere, entre las cláusulas que pueden ser abusivas a aquellas que tienen por objeto o por efecto «suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor».

69. En este contexto, la Comisión sostiene que una cláusula de renuncia al ejercicio de acciones judiciales, la cual no ha sido negociada individualmente, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 —como ocurre probablemente con la cláusula incluida en el «contrato de novación modificativa del préstamo»— es *abusiva en sí misma*, sin que se requiera un examen posterior a este respecto. (64)

70. En mi opinión, y en consonancia con las explicaciones dadas en la sección A de las presentes conclusiones, la respuesta ha de ser matizada. En efecto, más allá del hecho de que la lista que figura en el anexo de la Directiva 93/13 solo es, de conformidad con su artículo 3, apartado 3, indicativa y, en consecuencia, una cláusula contractual no puede calificarse de abusiva por la mera razón de estar incluida en dicha lista, (65) en mi opinión, es preciso tener presente la distinción entre *renuncia previa* y *renuncia posterior*.

71. Por una parte, efectivamente, una cláusula de renuncia al ejercicio de acciones judiciales incluida en un contrato de compraventa o de prestación de servicios debe ser considerada en sí misma como abusiva. Como se ha indicado en los puntos 43 y 44 de las presentes conclusiones, el consumidor no puede en ningún caso renunciar de antemano a la tutela judicial efectiva y a los derechos que le confiere la Directiva 93/13. A este respecto, carece de trascendencia que dicha renuncia sea mutua.

72. En cambio, por otra parte, considero que la Directiva 93/13 no se opone, en principio, a las cláusulas contractuales de renuncia mutua al ejercicio de acciones judiciales cuando estas cláusulas estén incluidas en contratos, como una transacción, cuyo objeto mismo sea resolver un litigio existente entre un profesional y un consumidor.

73. En efecto, en tal contexto, como se ha indicado en el punto 47 de las presentes conclusiones, la cláusula de renuncia al ejercicio de acciones judiciales puede considerarse incluida en el «objeto principal» de tal contrato, en el sentido del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13. He de recordar que, según el Tribunal de Justicia, las cláusulas contractuales incluidas en el concepto de «objeto principal del contrato» son las que regulan las prestaciones esenciales de ese contrato y que como tales lo caracterizan. (66) A este respecto, forma parte de la esencia misma de una transacción el hecho, en particular, de contener una cláusula de renuncia al ejercicio de todos los derechos, acciones y pretensiones en relación con el conflicto que ha dado lugar a esa transacción, y de evitar la interposición o la continuación de un pleito entre las partes que traiga causa del mismo objeto. (67)

74. Pues bien, con arreglo a dicho artículo 4, apartado 2, en principio, las cláusulas incluidas en el «objeto principal del contrato» no están sujetas a una apreciación en cuanto a su posible carácter abusivo. (68) Por consiguiente, siempre que se inscriba en el contexto particular a que se refieren los dos puntos anteriores, una cláusula de renuncia al ejercicio de acciones judiciales no puede considerarse en sí misma abusiva.

75. En este contexto particular, desde mi punto de vista, tal cláusula tampoco es abusiva por el mero hecho de que pueda impedir al consumidor ejercer derechos que se han revelado después de la celebración del contrato que la contiene. Es lo que ocurre en el caso de autos, como señala el órgano jurisdiccional remitente en su quinta cuestión prejudicial, con el derecho a reclamar una restitución que XZ deduce del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13. A este respecto, ha de recordarse que, en la sentencia de 9 de mayo de 2013 relativa a las cláusulas suelo, el Tribunal Supremo limitó la eficacia temporal de su sentencia, la cual no debía aplicarse a los pagos efectuados antes de la fecha de su publicación. Pues bien, el contrato se celebró el 4 de marzo de 2014, esto es, después de que se dictara esa sentencia, pero dos años antes del pronunciamiento de la sentencia Gutiérrez Naranjo, el

21 de diciembre de 2016, en la cual el Tribunal de Justicia declaró que dicho artículo 6, apartado 1, se opone a tal limitación temporal. (69) Sin embargo, la apreciación del carácter abusivo de una cláusula contractual debe realizarse *en relación con el momento de la celebración del contrato en cuestión*, teniendo en cuenta el conjunto de las circunstancias que el profesional podía conocer en ese momento y que podían influir en la ulterior ejecución de dicho contrato. (70)

76. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar, en el asunto principal, si la cláusula de renuncia mutua al ejercicio de acciones judiciales que figura en el «contrato de novación modificativa del préstamo» está incluida efectivamente en el «objeto principal del contrato», en el sentido del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13. Ello dependerá en particular de si, como afirma Ibercaja, se trata realmente de una transacción. (71)

77. Dicho esto, en cualquier caso, el análisis no debe detenerse aquí. En efecto, procede recordar que, de conformidad con el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, la apreciación del carácter abusivo no se referirá a las cláusulas incluidas en el «objeto principal del contrato» *siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible*. Por consiguiente, el imperativo de transparencia que figura en el artículo 5 de esta Directiva ha de respetarse aun cuando se trate de este tipo de cláusulas.

78. A este respecto, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, dicho imperativo de transparencia no puede reducirse solo al carácter comprensible de las cláusulas contractuales en un plano formal y gramatical. (72) Los artículos 4, apartado 2, y 5 de la Directiva 93/13 exigen que se lleve a cabo el control de la *transparencia material* de estas cláusulas. (73) Una cláusula contractual 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. Procede comprobar, en particular, si el contrato controvertido expone de manera transparente las razones y las particularidades del mecanismo a que se refiere la cláusula de que se trata. En este marco, son asimismo pertinentes la publicidad y la información previa al contrato facilitadas por el profesional sobre las condiciones contractuales y las consecuencias para el consumidor. (74)

79. En cuanto atañe a una cláusula contractual de renuncia mutua a impugnar por la vía judicial la validez de una cláusula preexistente, incluida en un contrato como el de transacción, en mi opinión, un consumidor medio puede comprender las consecuencias jurídicas y económicas que comporta para él si, en el momento en que celebra dicho contrato, es consciente del posible vicio que afecta a esta nueva cláusula, de los derechos que podría hacer valer en virtud de la Directiva 93/13 a este respecto, del hecho de que es libre de celebrar dicho contrato o bien negarse a ello y recurrir a la vía judicial, y de que una vez convenida dicha cláusula ya no podrá hacerlo. (75) Corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar si ocurre así en el asunto principal, a la luz de las estipulaciones del «contrato de novación modificativa del préstamo» y de la información facilitada por Ibercaja a XZ antes de la celebración del contrato.

80. En este marco, dicho órgano jurisdiccional deberá determinar, por una parte, si XZ conocía realmente, antes de la celebración del «contrato de novación modificativa del préstamo», el vicio de que podía adolecer la cláusula suelo que figuraba en el contrato de préstamo hipotecario y los derechos de que podía valerse, en su caso, en virtud de la Directiva 93/13. A este respecto, me limitaré a observar que no está claro que XZ presentara siquiera en Ibercaja una reclamación dirigida a la supresión de dicha cláusula y que la entidad bancaria no presentó el acuerdo como una transacción, reveladora de la existencia de una situación litigiosa entre las partes en relación con este particular, (76) sino como un «contrato de novación» destinado a adaptar el contrato de préstamo hipotecario a los cambios en la coyuntura económica. La cláusula de renuncia mutua estipulada en dicho contrato es ambigua en sí misma puesto que es especialmente extensa: no se centra en la cuestión de la validez de la cláusula suelo, sino que se refiere a todas las cláusulas del contrato de préstamo hipotecario.

81. El órgano jurisdiccional remitente deberá comprobar, por otra parte, si Ibercaja había informado a XZ del hecho de que era libre de celebrar dicho contrato o negarse a ello y recurrir a la vía judicial y de que esto último no podría hacerlo tras la celebración del contrato. (77) En este marco, también resulta pertinente la cuestión de si XZ dispuso de un plazo de reflexión razonable antes de comunicar su decisión. A este respecto, simplemente indicaré que consta que no se facilitó a XZ la propuesta de contrato antes de su celebración (78) y que esta tampoco tuvo ocasión de llevárselo a casa, viéndose

obligada a tomar una decisión en el momento.

82. Ciertamente, en su sentencia de 11 de abril de 2018, el Tribunal Supremo declaró que un contrato como el celebrado por XZ cumplía el imperativo de transparencia por cuanto su sentencia de 9 de mayo de 2013 relativa a las cláusulas suelo había tenido una gran difusión en la opinión pública general y el contrato incluía una cláusula manuscrita en la que el consumidor admitía conocer las implicaciones de la nueva cláusula suelo. Sin embargo, albergo dudas en cuanto a este razonamiento. En efecto, en mi opinión, la eventual notoriedad de una sentencia no basta para liberar al profesional de su obligación de redactar cláusulas de forma transparente y actuar también con transparencia en la fase precontractual. Por otra parte, no estoy seguro de que una cláusula manuscrita, redactada conforme a un modelo impuesto por la entidad bancaria, y que indica que el consumidor es consciente y entiende que el tipo de interés de su préstamo nunca bajará de determinado interés mínimo, pueda demostrar que el consumidor comprende las consecuencias de la renuncia en que acaba de consentir.

83. En caso de que el órgano jurisdiccional remitente confirmara la falta de transparencia de la cláusula de renuncia mutua al ejercicio de acciones judiciales estipulada en el «contrato de novación modificativa del préstamo», ello tendría como consecuencia que dicho órgano jurisdiccional podría someter a control el carácter abusivo de esa cláusula, aun cuando estuviera incluida en el «objeto principal del contrato», en el sentido del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13. Dicho esto, tal falta de transparencia bastaría, en mi opinión, en el contexto concreto del acuerdo aquí controvertido, para demostrar la incompatibilidad de la cláusula en cuestión con la citada Directiva, sin que sea necesario examinar siquiera los criterios de desequilibrio importante y de buena fe previstos en el artículo 3, apartado 1, de la misma Directiva. En efecto, debido a la falta de transparencia, no puede considerarse que la renuncia prevista en la cláusula referida resulte del «consentimiento informado» del consumidor. (79) Por lo demás, en mi opinión, dicha falta de transparencia y la asimetría en la información que implica permiten presumir que existe ese desequilibrio importante y apuntan a un incumplimiento de la exigencia de buena fe por parte de Ibercaja. (80)

84. Habida cuenta de las consideraciones anteriores, propongo al Tribunal de Justicia que responda a las cuestiones prejudiciales tercera y quinta que una cláusula de renuncia mutua al ejercicio de acciones judiciales que no ha sido objeto de una negociación individual es abusiva, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13, salvo cuando se estipula en un contrato cuyo objeto mismo es resolver una controversia entre el consumidor y el profesional. No obstante, incluso en ese caso, tal cláusula debe cumplir el imperativo de transparencia que resulta de los artículos 4, apartado 2, y 5 de la citada Directiva. Cuando, en el marco de tal contrato, las partes convienen una cláusula por la que renuncian mutuamente a impugnar por la vía judicial la validez de una cláusula preexistente, se considera que un consumidor medio comprende las consecuencias jurídicas y económicas que se derivan para él si, en el momento en que celebra dicho contrato, es consciente del posible vicio que afecta a esta nueva cláusula, de los derechos que podría hacer valer en virtud de la referida Directiva a este respecto, del hecho de que es libre de celebrar dicho contrato o bien negarse a ello y recurrir a la vía judicial y de que una vez convenida dicha cláusula ya no podrá hacerlo.

2. Control de la nueva cláusula suelo

85. Mediante su cuarta cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta si una cláusula, como la nueva cláusula suelo estipulada en el «contrato de novación modificativa del préstamo», adolece de falta de transparencia, en el sentido de los artículos 4, apartado 2, y 5 de la Directiva 93/13 por cuanto la entidad bancaria no informó al consumidor, en dicho contrato, del verdadero coste económico que implicaba dicha cláusula, de manera que pudiera conocer el tipo de interés que tendría que pagar y la cuota resultante que habría de abonar en ausencia dicha cláusula.

86. En el litigio principal, es probable que la nueva la cláusula suelo esté incluida en el «objeto principal», en el sentido del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, del «contrato de novación modificativa del préstamo», y ello con independencia de la calificación jurídica que reciba dicho contrato con arreglo al Derecho nacional. En efecto, si, como sostiene XZ, el objetivo de dicho contrato es novar la cláusula suelo inicial que figuraba en el contrato de préstamo hipotecario, esta nueva cláusula no puede sino ser el objeto principal del contrato. Si la finalidad de este mismo contrato es, como sostienen Ibercaja y el Gobierno español, resolver definitivamente una controversia a cambio de concesiones recíprocas, dicha cláusula también está incluida en el objeto principal, por cuanto concretiza dichas concesiones.

87. Sin embargo, como he indicado antes, incluso una cláusula incluida en el «objeto principal del contrato», en el sentido del referido artículo 4, apartado 2, debe cumplir el imperativo de transparencia. Como ya se ha recordado en las presentes conclusiones, una cláusula contractual es transparente cuando un consumidor medio está en condiciones de comprender las consecuencias económicas que se derivan para él de dicha cláusula. Cuando se trata de una cláusula suelo, el contrato que la contiene debe exponer de manera transparente los motivos y las particularidades del mecanismo al que se refiere esa cláusula. (81) A este respecto, el Tribunal Supremo estableció, en su sentencia de 9 de mayo de 2013, requisitos sobre el uso de este tipo de cláusulas en los contratos de préstamo, (82) que representan, en mi opinión, una concreción del imperativo de transparencia establecido, en términos generales, por el Tribunal de Justicia. Estos requisitos deben cumplirse en el caso de autos, independientemente del hecho de que el «contrato de novación modificativa del préstamo» no sea, en sí mismo, un contrato de préstamo. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobarlo.

88. Sin embargo, es preciso abordar dos cuestiones concretas. Por un lado, no estoy seguro de que pueda exigirse a la entidad bancaria que exponga, de cara al futuro, las cuotas que tendría que pagar el consumidor en ausencia de la cláusula suelo. En efecto, al depender el tipo de interés de las fluctuaciones de la economía, rara vez previsible, tal exigencia no me parece razonable. (83) A lo sumo, como ha señalado el Tribunal Supremo en su jurisprudencia, el profesional debe indicar escenarios sobre el comportamiento previsible del tipo de interés en la fecha de contratar. Por otro lado, en lo que respecta a la cláusula manuscrita redactada por el consumidor, (84) y a la que el Tribunal Supremo ha concedido, en su sentencia de 11 de abril de 2018, un peso determinante en la demostración del cumplimiento del imperativo de transparencia, estimo que, si bien no se puede negar que tal cláusula constituye un indicio pertinente, no puede ser, por sí sola, decisiva. Ciertamente, esta cláusula manuscrita demuestra que se han sometido a la atención del consumidor los efectos de la cláusula suelo. Sin embargo, no basta para acreditar el cumplimiento de los estrictos requisitos de transparencia exigidos por el Tribunal de Justicia y el Tribunal Supremo. Por lo tanto, el indicio que proporciona esta cláusula manuscrita debe completarse, a mi juicio, con otros datos concordantes.

89. Habida cuenta de las consideraciones anteriores, propongo que se responda a la cuarta cuestión prejudicial que debe considerarse que una cláusula suelo que no ha sido objeto de una negociación individual es transparente, en el sentido de los artículos 4, apartado 2, y 5 de la Directiva 93/13, cuando el consumidor está en condiciones de comprender las consecuencias económicas que se derivan para él de dicha cláusula. En particular, el contrato que la contiene debe exponer de manera transparente los motivos y las particularidades del mecanismo al que se refiere dicha cláusula. En cambio, no se puede exigir al profesional que exponga, de cara al futuro, las cuotas que tendría que pagar el cliente en ausencia de esa cláusula.

V. Conclusión

90. A la vista de las consideraciones anteriores, propongo al Tribunal de Justicia que responda del siguiente modo a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 3 de Teruel:

- «1) Cuando un profesional y un consumidor están vinculados por un contrato, en el marco del cual se suscitan serias dudas en cuanto al potencial carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, de una cláusula del contrato y las partes, mediante un acuerdo posterior, han modificado la cláusula en cuestión, confirmado la validez del contrato inicial y renunciado mutuamente a ejercitar acciones que traigan causa de su clausulado, el artículo 6, apartado 1, de la citada Directiva no se opone a que dicho acuerdo tenga eficacia vinculante respecto al consumidor, siempre que medie el consentimiento libre e informado de este último a tal acuerdo.
- 2) Una cláusula contractual no ha sido objeto de una negociación individual, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13, cuando el consumidor no ha tenido la posibilidad real de influir sobre su contenido. Este extremo ha de apreciarse a la luz de las circunstancias concurrentes en el proceso de celebración del contrato y, en particular, del alcance del diálogo mantenido entre las partes en relación con el objeto de dicha cláusula. Cuando se trata de una cláusula tipo redactada de antemano, corresponde al profesional aportar la prueba de que esta ha sido objeto de tal negociación, de conformidad con el artículo 3, apartado 2, de la citada

Directiva.

- 3) Una cláusula de renuncia mutua al ejercicio de acciones judiciales que no ha sido objeto de una negociación individual es abusiva, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13, salvo cuando se estipula en un contrato cuyo objeto mismo es resolver una controversia entre el consumidor y el profesional. No obstante, incluso en ese caso, tal cláusula debe cumplir el imperativo de transparencia que resulta de los artículos 4, apartado 2, y 5 de la citada Directiva. Cuando, en el marco de tal contrato, las partes convienen una cláusula por la que renuncian mutuamente a impugnar por la vía judicial la validez de una cláusula preexistente, se considera que un consumidor medio comprende las consecuencias jurídicas y económicas que se derivan para él si, en el momento en que celebra dicho contrato, es consciente del posible vicio que afecta a esta nueva cláusula, de los derechos que podría hacer valer en virtud de la referida Directiva a este respecto, del hecho de que es libre de firmar dicho contrato o bien negarse a ello y recurrir a la vía judicial y de que una vez convenida dicha cláusula ya no podrá hacerlo.
- 4) Debe considerarse que una cláusula suelo que no ha sido objeto de una negociación individual es transparente, en el sentido de los artículos 4, apartado 2, y 5 de la Directiva 93/13, cuando el consumidor está en condiciones de comprender las consecuencias económicas que se derivan para él de dicha cláusula. En particular, el contrato que la contiene debe exponer de manera transparente los motivos y las particularidades del mecanismo al que se refiere dicha cláusula. En cambio, no se puede exigir al profesional que exponga, de cara al futuro, las cuotas que tendría que pagar el cliente en ausencia de esa cláusula.»

1 Lengua original: francés.

2 Directiva del Consejo, de 5 de abril de 1993 (DO 1993, L 95, p. 29); corrección de errores en DO 2015, L 137, p. 13.

3 En lo sucesivo, «contrato de préstamo hipotecario».

4 Del auto de remisión y de las observaciones de Ibercaja se desprende que, en una fecha no comunicada, la Caja de Ahorros de la Inmaculada de Aragón se integró en el Banco Grupo Cajatrés, S. A. Posteriormente, el 23 de mayo de 2013, esta última entidad se integró en Ibercaja, para finalmente ser absorbida por esta el 1 de octubre de 2014.

5 Sentencia de 21 de diciembre de 2016 (C-154/15, C-307/15 y C-308/15, en lo sucesivo, «sentencia Gutiérrez Naranjo», EU:C:2016:980).

6 Esta problemática ya se ha sometido a la consideración del Tribunal de Justicia. Véanse, en particular, la sentencia de 14 de abril de 2016, Sales Sinués y Drame Ba (C-381/14 y C-385/14, EU:C:2016:252); la sentencia Gutiérrez Naranjo, y el auto de 14 de noviembre de 2013, Banco Popular Español y Banco de Valencia (C-537/12 y C-116/13, EU:C:2013:759).

7 Véase la sentencia Gutiérrez Naranjo, apartado 18.

8 Este fenómeno tuvo una trascendencia considerable: sirva como ejemplo el hecho de que no menos de una tercera parte de los préstamos hipotecarios comercializados en España durante el año 2010 incluía una cláusula de este tipo (véase Zunzunegui, F.: «Mortgage Credit — Mis-selling of Financial Products — Study requested by the ECON committee», *European Parliament, Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies, Directorate-General for Internal Policies*, junio de 2018, pp. 23 a 32 y referencias

citadas).

9 Sentencia n.º 241/2013 (en lo sucesivo, «sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013» o «sentencia de 9 de mayo de 2013», ES:TS:2013:1916).

10 El Tribunal Supremo confirmó esta solución en sentencias posteriores [véanse, en particular, las sentencias de 25 de marzo de 2015, n.º 139/2015 (ES:TS:2015:1280), y de 29 de abril de 2015, n.º 222/2015 (ES:TS:2015:2207)]. Véase la sentencia Gutiérrez Naranjo, apartados 18 a 21 y 67.

11 Según Ibercaja, sus empleados debían proponer la celebración de un «contrato de novación modificativa del préstamo» únicamente a los clientes que, a raíz de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, habían presentado una reclamación relativa a la cláusula suelo incluida en su contrato. En cambio, según XZ, la celebración de tales contratos se inscribía en el marco de una campaña destinada a todos los clientes cuyo contrato incluía tal cláusula suelo, hubieran presentado o no una reclamación a este respecto. Procede precisar que la cuestión de si la propia XZ había presentado tal reclamación es objeto de controversia entre las partes del procedimiento principal ante el órgano jurisdiccional remitente (véase el punto 80 de las presentes conclusiones).

12 Esto es, en concreto, la diferencia entre las cantidades pagadas con arreglo a la cláusula suelo y las que se habrían abonado si no hubiera existido ese tipo mínimo y se hubiera aplicado el tipo de interés variable.

13 Véanse la sentencia Gutiérrez Naranjo, apartados 61 a 75, y el punto 21 de las presentes conclusiones.

14 El de XZ no es, ni mucho menos, un caso aislado. Han sido más de un millón las demandas que se han enablado ante los órganos jurisdiccionales españoles con objeto de obtener la restitución de las cantidades pagadas con arreglo a las cláusulas suelo (véase Zunzunegui, F., *op. cit.*, p. 6). Véase, en relación con la cuestión de la incidencia de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 y de la sentencia Gutiérrez Naranjo en la economía española, International Monetary Fund: *IMF Country Report N.º 17/345, Spain: Financial Sector Assessment Program — Technical Note on Supervision of Spanish Banks — Selected issues*, 13 de noviembre de 2017, pp. 8, 10, 23 y 53, un informe que eleva a la categoría de riesgo sistémico para dicha economía la comercialización de préstamos hipotecarios con cláusula suelo.

15 Sentencia n.º 205/2018 (en lo sucesivo, «sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2018» o «sentencia de 11 de abril de 2018», ES:TS:2018:1238).

16 De conformidad con el artículo 1809 del Código Civil español, 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 que había comenzado.

17 Este aspecto se expone más detalladamente en el punto 82 de las presentes conclusiones.

18 En lo sucesivo, «voto particular emitido por el juez Orduña Moreno».

19 La novación es un contrato, regulado en particular por el artículo 1203 del Código Civil español, mediante el cual dos partes, vinculadas por una obligación preexistente, modifican dicha obligación o la reemplazan por otra.

20 Véase la nota 31 de las presentes conclusiones.

21 Ibercaja y el Gobierno español han señalado que, en la sentencia de 9 de mayo de 2013, el Tribunal Supremo no anuló todas las cláusulas suelo, sino únicamente las utilizadas por las tres entidades bancarias a que se refiere la acción de cesación de la que conocía. Por otro lado, con arreglo a dicha sentencia, las cláusulas suelo son abusivas solo en la medida en que adolezcan de una falta de transparencia, extremo que ha de apreciar el juez en cada caso concreto. Pues bien, en el momento en que las partes del procedimiento principal celebraron el «contrato de novación modificativa del préstamo», no se habían ejercitado acciones judiciales contra la cláusula suelo estipulada en el contrato de préstamo hipotecario. Sin embargo, XZ y la Comisión sostienen que los requisitos de transparencia que establece dicha sentencia son muy estrictos, de manera que, como poco, existe una probabilidad elevada de que la cláusula suelo controvertida sea abusiva. En su opinión, en prácticamente el 97 % de los casos, los procedimientos judiciales relativos a cláusulas abusivas, incluidas las cláusulas suelo, se han resuelto a favor de los consumidores. Procede recordar que, en la sentencia Gutiérrez Naranjo, el Tribunal de Justicia no se pronunció sobre el carácter abusivo de las cláusulas suelo. Partió de la premisa de que son abusivas. Tampoco en el presente asunto corresponde al Tribunal de Justicia pronunciarse sobre esta cuestión.

22 Para ser más exactos, lo novado no es la cláusula, sino la obligación que resulta de ella. No obstante, hablaré en las presentes conclusiones de «novación de la cláusula» por comodidad.

23 Véanse, en particular, las sentencias de 6 de octubre de 2009, Asturcom Telecomunicaciones (C-40/08, EU:C:2009:615), apartado 58; de 15 de marzo de 2012, Pereničová y Perenič (C-453/10, EU:C:2012:144), apartado 30; de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito (C-618/10, EU:C:2012:349), apartado 65, y de 30 de mayo de 2013, Jörös (C-397/11, EU:C:2013:340), apartado 41.

24 Véase la sentencia Gutiérrez Naranjo, apartados 61 y 62.

25 Véase el punto 26 de las presentes conclusiones.

26 Véase el punto 27 de las presentes conclusiones.

27 Con este término me refiero al acto mediante el cual una parte del contrato renuncia a invocar una causa de nulidad, acto al que se refieren los artículos 1309 a 1313 del Código Civil.

28 Véanse, en particular, las sentencias de 26 de octubre de 2006, Mostaza Claro (C-168/05, EU:C:2006:675), apartados 25, 36 y 37; de 6 de octubre de 2009, Asturcom Telecomunicaciones (C-40/08, EU:C:2009:615), apartados 30, 51 y 52, y de 17 de mayo de 2018, Karel de Grote — Hogeschool Katholieke Hogeschool Antwerpen (C-147/16, EU:C:2018:320), apartados 26, 27, 34 y 35.

29 He de recordar que los ordenamientos jurídicos de diversos Estados, como el Reino de Bélgica, la República Francesa y el Reino de España, distinguen entre nulidad «absoluta» y nulidad «relativa» de los contratos. La nulidad absoluta se impone de pleno derecho y debe ser declarada de oficio por el juez. A la inversa, la causa de la nulidad relativa solo puede invocarse por la parte a la que la ley pretende proteger y, en su caso, es declarada por el juez. Con carácter general, se reconoce que el criterio de distinción entre estas dos sanciones es el fundamento de la norma transgredida, según se trate de salvaguardar el interés general o de proteger intereses privados. En el primer caso la nulidad es absoluta, y, en el segundo, relativa. Véanse, en particular, las conclusiones del Abogado General Trstenjak presentadas en el asunto Martín Martín (C-227/08, EU:C:2009:295), punto 51 y referencias citadas.

30 Véase el artículo 83, apartado 1, del Real Decreto Legislativo 1/2007.

31 Véase, en particular, la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 2017, n.º 558/2017. En esta sentencia, dicho órgano jurisdiccional consideró que un «contrato de novación» celebrado entre una entidad bancaria y un consumidor, en el que las partes habían novado la cláusula suelo incluida en su contrato de préstamo, era nulo por cuanto dicha cláusula era abusiva y, en consecuencia, estaba viciada de nulidad absoluta. Véase asimismo la sentencia de 26 de febrero de 2015, Matei (C-143/13, EU:C:2015:127), apartados 37 a 42. En el asunto que dio lugar a esta sentencia, dos consumidores habían impugnado judicialmente diversas cláusulas de su contrato de préstamo. El juez nacional planteó al Tribunal de Justicia varias cuestiones prejudiciales relativas a la interpretación de la Directiva 93/13. Dichos consumidores y la entidad bancaria demandada habían celebrado, con posterioridad, un acuerdo transaccional que tenía por objeto resolver extrajudicialmente el litigio. La entidad bancaria invocó ante el Tribunal de Justicia la existencia de dicha transacción con el fin de justificar la inadmisibilidad de las cuestiones prejudiciales. Sin embargo, el órgano jurisdiccional nacional indicó al Tribunal de Justicia que no había tomado en consideración dicho acuerdo transaccional puesto que el carácter supuestamente abusivo de las cláusulas contractuales controvertidas debía considerarse una *cuestión de orden público no susceptible de transacción entre las partes*. He de señalar que el Tribunal de Justicia no se pronunció sobre este particular en su sentencia. Se limitó a declarar que existía un litigio pendiente ante el órgano jurisdiccional remitente y, en consecuencia, a desestimar la excepción de inadmisibilidad propuesta.

32 Véase la sentencia de 4 de junio de 2009, Pannon GSM (C-243/08, EU:C:2009:350), apartados 33 y 35.

33 Sentencia de 3 de octubre de 2019, Dziubak (C-260/18, EU:C:2019:819), apartado 54.

34 Sentencia 14 de abril de 2016, Sales Sinués y Drame Ba (C-381/14 y C-385/14, EU:C:2016:252), apartado 25. Véanse, en relación con el origen de esta formulación, las conclusiones de la Abogada General Kokott presentadas en el asunto Duarte Hueros (C-32/12, EU:C:2013:128), punto 53.

35 Sentencia de 21 de febrero de 2013 (C-472/11, EU:C:2013:88), apartado 35.

36 Véase, en particular, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa al imperativo de transparencia de las cláusulas contractuales que se deriva de los artículos 4, apartado 2, y 5 de la Directiva 93/13 (véase la sección C de las presentes conclusiones). Me estoy refiriendo aquí a la idea del consentimiento «informado» del consumidor. De manera general, la determinación de si el consentimiento del consumidor a la celebración del contrato es «libre» se rige por las normas nacionales en materia de vicios del consentimiento (véase la nota 54 de las presentes conclusiones).

37 Véanse, en particular, el artículo 41, letra a), de la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) n.º 1093/2010 (DO 2014, L 60, p. 34), y el artículo 25 de la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DO 2011, L 304, p. 64). Véase asimismo, en Derecho español, el artículo 10 del Real Decreto Legislativo 1/2007.

38 Véase, por analogía, la solución prevista por el Reglamento (UE) n.º 1215/2012 del Parlamento

Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DO 2012, L 351, p. 1), en materia de cláusulas atributivas de competencia en los litigios transfronterizos relativos a los contratos celebrados por los consumidores. Procede recordar que la sección 4 del capítulo II de dicho Reglamento establece normas de competencia que protegen al consumidor. En este contexto, el artículo 19 del Reglamento dispone que únicamente prevalecerán sobre dichas disposiciones los acuerdos atributivos de competencia que, en particular, *sean posteriores al nacimiento del litigio* existente entre las partes. La explicación de esta norma admitida por la doctrina es que el consumidor solo es capaz de comprender plenamente las consecuencias del acuerdo y, por consiguiente, manifestar su consentimiento a tal acuerdo de manera informada cuando sabe cuál es el objeto del litigio. Véase Nielsen, P. A.: «Article 19», en Magnus, U., y Mankowski, P.: *Brussels Ibis Regulation — Commentary, European Commentaries on Private International Law*, Schmidt, Otto, Dr., KG, Verlag, 2016, p. 519.

39 La afirmación del Tribunal de Justicia de que procede considerar que una cláusula abusiva «nunca ha existido» es, por tanto, una ficción jurídica que debe ser relativizada —de hecho, el propio Tribunal de Justicia ha señalado que ello solo ocurre así «en principio» (véase la sentencia Gutiérrez Naranjo, apartado 61)—. El consumidor tiene la facultad de preservar la existencia de la cláusula en cuestión. Aplicando aquí también la analogía con los regímenes de nulidad existentes en los ordenamientos jurídicos de determinados Estados miembros (véase el punto 37 de las presentes conclusiones), el régimen de las cláusulas abusivas se asemeja, en esta medida, en mi opinión, a las *nulidades relativas*, que pueden dar lugar a una novación o una confirmación.

40 Véanse, en este sentido, las conclusiones del Abogado General Wahl presentadas en el asunto Gavrilescu (C-627/15, EU:C:2017:690), puntos 46 a 52.

41 Véanse las conclusiones del Abogado General Trstenjak presentadas en el asunto Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid (C-484/08, EU:C:2009:682), punto 40 y referencias citadas. Véase el punto 73 de las presentes conclusiones.

42 Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, por la que se modifica el Reglamento (CE) n.º 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE (Directiva sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo) (DO 2013, L 165, p. 63).

43 Ciertamente, la Directiva 2013/11 no regula la cuestión de la naturaleza o los efectos jurídicos del instrumento que ha de utilizarse para formalizar el consentimiento de las partes a la solución propuesta, de manera que dicha cuestión está comprendida en la esfera del Derecho nacional de los Estados miembros. Sin embargo, la transacción es el instrumento más utilizado para concretar el acuerdo amistoso resultante de una mediación (véase Caponi, R.: «“Just Settlement” or “Just About Settlement”? Mediated Agreements: A Comparative Overview of the Basics», *RabelsZ*, n.º 79, 2015, pp. 117 a 141).

44 Véase el artículo 9, apartado 2, letra c), de la Directiva 2013/11.

45 Véase el artículo 9, apartado 2, de la Directiva 2013/11, reproducido en la nota 75 de las presentes conclusiones.

46 De conformidad con su artículo 2, apartado 2, letra e), la Directiva 2013/11 no se aplica «a la negociación directa entre el consumidor y el comerciante». Por lo demás, ha de señalarse que, mediante esta disposición, el legislador de la Unión se limitó a excluir del ámbito de aplicación de la citada Directiva las transacciones negociadas directamente entre profesionales y consumidores: sin embargo, no las prohibió, cuando lo podía haber hecho perfectamente de haber sido esa su voluntad.

47 Véanse, en este sentido, las sentencias de 1 de octubre de 2015, ERSTE Bank Hungary (C-32/14, EU:C:2015:637), apartado 59, y de 21 de abril de 2016, Radlinger y Radlingerová (C-377/14, EU:C:2016:283), apartado 56.

48 Véase la jurisprudencia citada en el punto 36 de las presentes conclusiones.

49 Véase, en relación con este concepto, el noveno considerando de la Directiva 93/13.

50 Véanse, en particular, las sentencias de 27 de junio de 2000, Océano Grupo Editorial y Salvat Editores (C-240/98 a C-244/98, EU:C:2000:346), apartado 27; de 6 de octubre de 2009, Asturcom Telecomunicaciones (C-40/08, EU:C:2009:615), apartado 31, y de 14 de abril de 2016, Sales Sinués y Drame Ba (C-381/14 y C-385/14, EU:C:2016:252), apartado 23.

51 Como señala el décimo considerando de la Directiva 93/13, esta se aplica a «todos los contratos» celebrados entre un profesional y un consumidor.

52 Véanse las conclusiones del Abogado General Wahl presentadas en el asunto Gavrilescu (C-627/15, EU:C:2017:690), punto 55.

53 Véase el punto 33 de las presentes conclusiones.

54 La determinación de si el consentimiento del consumidor es «libre» debe efectuarse a la luz de las normas nacionales en materia de vicios del consentimiento. Además, en cuanto a si el consentimiento del consumidor es o no «informado», los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros pueden establecer garantías que acompañen a operaciones tales como la novación, la confirmación o la transacción, con objeto, precisamente, de garantizar que las partes convienen tal operación con pleno conocimiento de causa. Véase, a modo de ejemplo, el artículo 1182 del Código Civil francés, el cual establece que el acto que confirma una obligación debe mencionar, en particular, el vicio de que adolece el contrato.

55 Hasta la fecha, el Tribunal de Justicia se ha limitado esencialmente a recordar a los órganos jurisdiccionales nacionales el contenido del artículo 3 de la Directiva 93/13. Véanse los autos de 16 de noviembre de 2010, Pohotovost' (C-76/10, EU:C:2010:685), apartado 57, y de 3 de abril de 2014, Sebestyén (C-342/13, EU:C:2014:1857), apartado 24.

56 Véase una definición similar en el artículo II.-1:110, apartado 1, del *Draft Common Frame of Reference (DCFR)* [Von Bar, C. y otros (ed.): *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR) — Interim Outline Edition; prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group)*, Sellier, European Law Publishers, Múnich, 2008, p. 160]. Véanse también, en este sentido, las conclusiones del Abogado General Tanchev presentadas en el asunto OTP Bank y OTP Faktoring (C-51/17, EU:C:2018:303), punto 53.

57 En efecto, aunque el artículo 3, apartado 2, párrafo primero, de la Directiva 93/13 pretende indicar que «se considerará» (esto es, necesariamente) que una cláusula redactada previamente no se ha negociado individualmente, su párrafo tercero brinda al profesional la posibilidad de demostrar que una cláusula tipo (por definición, redactada previamente) ha sido objeto de una negociación individual.

58 Véanse, por analogía, la sentencia de 16 de enero de 2014, Constructora Principado (C-226/12, EU:C:2014:10), apartado 19, y el auto de 24 de octubre de 2019, Topaz (C-211/17, no publicado, EU:C:2019:906), apartado 46.

59 La propia Ibercaja admite que la celebración de tales contratos con sus clientes se debió a la aplicación de una política generalizada (véase el punto 22 de las presentes conclusiones). Además, en la sentencia de 11 de abril de 2018, que, recuérdese, se refiere a contratos idénticos al controvertido en el procedimiento principal, el Tribunal Supremo consideró que las cláusulas de dichos contratos no habían sido objeto de una negociación individual, de manera que podían estar sujetas a control a la luz de la exigencia de transparencia resultante del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 (véanse los puntos 26 y 82 de las presentes conclusiones).

60 En este sentido, el mero hecho de que el profesional explique el contenido de una cláusula al consumidor no indica la existencia de una negociación. Lo mismo cabe decir, en relación con el consumidor, en cuanto al hecho de que este no se oponga al contenido de una cláusula o pida explicaciones al respecto. En cambio, el hecho de que una cláusula haya sido modificada sustancialmente durante un intercambio de propuestas entre las partes constituye un indicio de la existencia de una negociación individual. En una situación en la que, una vez oídas las explicaciones del profesional, el consumidor hace una contrapropuesta y en la que las partes entablan una conversación que desemboca en la adopción de un compromiso, debe considerarse que la cláusula ha sido negociada (véase Von Bar, C. y otros., *op. cit.*, pp. 161 y 162).

61 Véase el punto 22 de las presentes conclusiones.

62 Tampoco el hecho de que el «contrato de novación modificativa del préstamo» contenga una cláusula manuscrita mediante la cual el consumidor declara comprender el mecanismo de la cláusula suelo (véase el punto 14 de las presentes conclusiones) demuestra que haya existido una negociación individual sobre esta cláusula [véase, en este sentido, el auto de 24 de octubre de 2019, Topaz (C-211/17, no publicado, EU:C:2019:906), apartados 47 a 51], ni, menos aún, sobre la cláusula de renuncia mutua al ejercicio de acciones judiciales.

63 Véase la sentencia Gutiérrez Naranjo, apartado 62.

64 Véase, en relación con una cláusula de atribución de competencia que no ha sido objeto de una negociación individual y que confiere competencia exclusiva a los órganos jurisdiccionales en cuyo territorio se encuentra el domicilio del profesional, la sentencia de 27 de junio de 2000, Océano Grupo Editorial y Salvat Editores (C-240/98 a C-244/98, EU:C:2000:346), apartado 24.

65 Véase la sentencia de 19 de septiembre de 2019, Lovasné Tóth (C-34/18, EU:C:2019:764), apartados 45, 46 y 49 y jurisprudencia citada.

66 Véanse las sentencias de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai (C-26/13, EU:C:2014:282), apartados 49 y 50, y de 20 de septiembre de 2017, Andriciuc y otros (C-186/16, EU:C:2017:703), apartados 35 y 36.

67 Véase el artículo 1816 del Código Civil español y Caponi, R.: «Agreements Resulting from Mediation: Judiciation Review, Avoidance, and Enforcement», en Stürner, M., y otros: *The Role of Consumer ADR in the Administration of Justice*, 2013, Sellier, pp. 149 y ss.

68 De conformidad con la citada disposición, «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». Véanse las sentencias de 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid (C-484/08, EU:C:2010:309), apartados 31, 35 y 40, y de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai (C-26/13, EU:C:2014:282), apartado 41.

69 Véanse los puntos 21 y 23 de las presentes conclusiones.

70 Véase, en este sentido, la sentencia de 20 de septiembre de 2017, Andriuc y otros (C-186/16, EU:C:2017:703), apartado 54.

71 El Tribunal Supremo, en su sentencia de 11 de abril de 2008, consideró que en un contrato como el controvertido en el litigio principal se cumplían los requisitos de la transacción, establecidos en el artículo 1809 del Código Civil (véase la nota 16 de las presentes conclusiones), por cuanto las partes pretendían resolver con carácter definitivo una «situación de incertidumbre» relativa a la validez de las cláusulas suelo renunciando al ejercicio de acciones judiciales a cambio de «concesiones recíprocas»: por una parte, la entidad bancaria, que tenía una cláusula suelo, accede a una rebaja de dicho suelo; por otra parte, el consumidor, que no quería tener cláusula suelo, accede a soportar un suelo más bajo que el inicialmente fijado (véase el punto 26 de las presentes conclusiones). En su voto particular, el juez Orduña Moreno sostuvo que dicho contrato no constituía transacción, ya que no reflejaba la existencia de una situación litigiosa entre las partes. Asimismo, la Audiencia Provincial de Badajoz, en una sentencia de 26 de abril de 2018, n.º 168/2018, al pronunciarse sobre un contrato similar, declaró que no cabía hablar de transacción, puesto que no existía pleito o litigio entre las partes. Yo también tengo dudas sobre el análisis del Tribunal Supremo a este respecto (véase el punto 80 de las presentes conclusiones).

72 Véanse las sentencias de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai (C-26/13, EU:C:2014:282), apartados 71 y 72, y de 20 de septiembre de 2018, EOS KSI Slovensko (C-448/17, EU:C:2018:745), apartado 61.

73 Véase la sentencia Gutiérrez Naranjo, apartados 48 a 51.

74 Véanse en particular las sentencias de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai (C-26/13, EU:C:2014:282), apartados 73 y 74, y de 5 de junio de 2019, GT (C-38/17, EU:C:2019:461), apartado 35. En efecto, el Tribunal de Justicia ha declarado de forma reiterada que reviste una importancia fundamental para el consumidor disponer de dicha información previa al contrato. El consumidor decide si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional basándose principalmente en esa información. Véanse en particular las sentencias de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb (C-92/11, EU:C:2013:180), apartado 44, y de 20 de septiembre de 2017, Andriuc y otros (C-186/16, EU:C:2017:703), apartado 48.

75 A mi juicio, en este aspecto es posible apoyarse en las garantías que establece el legislador de la Unión en la Directiva 2013/11, a las cuales se hace referencia en el punto 49 de las presentes conclusiones. De conformidad con el artículo 9, apartado 2, de dicha Directiva, «en los procedimientos de resolución alternativa que tengan por objeto resolver un litigio proponiendo una solución, los Estados miembros velarán por que: [...] b) se informe a las partes, antes de que aprueben o se atengan a una solución propuesta, de lo siguiente: i) de que tienen la opción de aceptar o rechazar la solución propuesta, o conformarse a ella, ii) de que la participación en el procedimiento no excluye la posibilidad de obtener reparación mediante un procedimiento ante un órgano jurisdiccional, iii) de que la solución propuesta podría ser distinta del resultado determinado por un órgano jurisdiccional que aplique normas jurídicas; c) se informe a las partes, antes de que acepten o

se atengan a una solución propuesta, del efecto jurídico de aceptar o atenerse a tal solución propuesta; d) se otorgue a las partes, antes de dar su consentimiento a una solución propuesta o a un acuerdo amistoso, un plazo de reflexión razonable».

76 A modo de ejemplo, en el marco de acuerdos atributivos de competencia en los litigios transfronterizos en materia de consumo (véase la nota 38 de las presentes conclusiones), se considera que ha nacido un litigio entre las partes desde el momento en que existe un desacuerdo entre ellas sobre un punto determinado y que parece inminente o próximo un proceso judicial [véase el Informe del Sr. Jenard sobre el Convenio de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DO 1979, C 59, p. 1; DO 1990, C 189, p. 122), p. 33]. Una mera reclamación del consumidor no basta para considerar que sea así: es necesario además que el profesional se haya negado a admitirla (Nielsen, P. A., *op. cit.*, p. 520).

77 Ello no implica necesariamente, como indica el órgano jurisdiccional remitente, que el profesional deba indicar los importes exactos a los que renuncia el consumidor. Tal exigencia me parece poco realista en el marco de la negociación de una transacción. Por otro lado, el Tribunal de Justicia vela por no ir más allá de lo que razonablemente cabría esperar del profesional en el marco de la exigencia de transparencia [véase la sentencia de 19 de septiembre de 2019, Lovasné Tóth (C-34/18, EU:C:2019:764), apartado 69]. Por otro lado, en el caso de autos, en la fecha de celebración del «contrato de novación modificativa del préstamo», la entidad bancaria no podía saber razonablemente que XZ podría obtener tal derecho a reclamar una restitución (véase el punto 75 de las presentes conclusiones).

78 El vigésimo considerando de la Directiva 93/13 puntualiza que el consumidor debe contar con la posibilidad real de tener conocimiento de todas las cláusulas del contrato. El Tribunal de Justicia ya ha declarado que facilitar por anticipado el contrato al consumidor contribuye al cumplimiento del imperativo de transparencia. Véase, en este sentido, el auto de 24 de octubre de 2019, Topaz (C-211/17, no publicado, EU:C:2019:906), apartado 50.

79 Véase la respuesta que sugiero a la primera cuestión prejudicial.

80 El Tribunal de Justicia ha declarado que para determinar si una cláusula contractual causa un desequilibrio «contrariamente a las exigencias de la buena fe», en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13, el juez nacional debe comprobar a tal efecto si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, este aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual. Véase en particular la sentencia de 14 de marzo de 2013, Aziz (C-415/11, EU:C:2013:164), apartado 69.

81 Véase el punto 78 de las presentes conclusiones.

82 El Tribunal Supremo declaró que las cláusulas suelo no son transparentes en la medida en que: a) falte información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato; b) se inserten de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas; c) no existan simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar; d) no haya información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad —caso de existir— o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas, y e) las cláusulas suelo se ubiquen y queden enmascaradas entre una abrumadora cantidad de datos, que diluyen la atención del consumidor.

83 En particular, a mi parecer, ello rebasaría en gran medida las exigencias establecidas por la Directiva 2014/17 que, si bien no es aplicable *ratione temporis* al litigio principal, ofrece un punto de referencia útil. En

efecto, dicha Directiva establece, en su artículo 14, que el prestamista debe cumplir su obligación de ofrecer información precontractual mediante la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN) que figura en el anexo II de esta misma Directiva. Pues bien, dicho anexo se limita a establecer en el punto 6 de su sección 3, titulada «Características principales del préstamo», que «en esta sección se explicará si el tipo deudor es fijo o variable y, en su caso, los períodos durante los cuales será fijo, así como la periodicidad de las revisiones posteriores y la existencia de límites a la variabilidad del tipo de interés, ya sean máximos o mínimos».

84 Véase el punto 14 de las presentes conclusiones.