

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N.º 3 DE ALBACETE

Ponente: Martínez Valero, Luis.

Auto N.º de Recurso: 343/2017

Jurisdicción: CIVIL

Albacete, a dos de octubre de dos mil dieciocho

Vistos por mí, Luis Martínez Valero, Juez en funciones de refuerzo en el Juzgado de Primera Instancia número 3 bis de Albacete, los autos del presente procedimiento ordinario 343/2017, en el que intervienen como partes los siguientes:

Parte demandante: como personas físicas, y siguiendo las recientes recomendaciones a los órganos jurisdiccionales nacionales relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales (2018/C 257/01), se mantiene su ANONIMATO. En adelante, nos referiremos a ellos como LOS PRESTATARIOS. Defendidos por el abogado XXXXXXXXXXXXXXXX y representados por la Procuradora XXXXXXXXXXXXXXXX.

Parte demandada: YYYYYYYYYY defendida por el letrado XXXXXXXXXXXX y representada por el Procurador XXXXXXXXXXXXXXXX.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Este procedimiento se inició mediante demanda planteada por LOS PRESTATARIOS, a través de su representación procesal, frente a YYYYYY, en la que se pedía que se declarase la nulidad de la cláusula suelo incluida en el préstamo hipotecario de 7 de noviembre de 2.003 y del acuerdo suscrito entre las partes de 8 de agosto de 2.015, así como la condena a la entidad financiera a abonar todas las cantidades cobradas indebidamente en virtud de dicha cláusula y del acuerdo.

SEGUNDO. Tras emplazar a la demandada y presentar ésta su escrito de contestación, oponiéndose a las pretensiones de los demandantes, se celebró audiencia previa el día 16 de mayo de 2.018, donde se procedió a proponer y admitir los medios de prueba que resultaran útiles y pertinentes.

TERCERO. Antes de la celebración del juicio oral, prevista para el día 15 de octubre de 2.018, y disponiendo este juzgador de los elementos de hecho y de derecho suficientes para ello, se acordó dar traslado a las partes y al Ministerio Fiscal para que formularan alegaciones sobre la posibilidad de elevar seis cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Los PRESTATARIOS y el Ministerio Fiscal se mostraron conformes con el planteamiento. La entidad demandada interpuso recurso de reposición, que fue desestimado, y presentó escrito oponiéndose al planteamiento de las cuestiones prejudiciales y, al mismo tiempo, dando su punto de vista sobre las mismas.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO. El día 7 de noviembre de 2.003, los PRESTATARIOS y YYYYYY firmaron un contrato de préstamo hipotecario, en el cual se pactaba que los PRESTATARIOS pagarían un interés variable consistente en el EURIBOR incrementado en 1,00 puntos porcentuales. Sin embargo, también se incluyó la llamada "cláusula suelo", es decir, una limitación a la baja del tipo de interés, de manera que los PRESTATARIOS nunca pagarían menos de un 3,5% de intereses, por mucho que bajara el EURIBOR.

Posteriormente, en fecha 8 de agosto de 2.015 -después de que el Tribunal Supremo, en sentencia de 9 de mayo de 2.013, declarara que las cláusulas suelo son nulas cuando no hayan sido objeto de una información previa, clara y suficiente por el banco-, los PRESTATARIOS y Adela firmaron un acuerdo, llamado "acuerdo de novación modificativa al préstamo hipotecario", del cual hay que destacar dos estipulaciones:

La estipulación PRIMERA, en la que se suprime el tipo mínimo (o "cláusula suelo") y, en su lugar, se incrementa el diferencial que inicialmente se había pactado en la escritura, pasando a ser ahora del 1,50% (frente al 1,00 que se había fijado inicialmente).

La estipulación QUINTA, en la que los PRESTATARIOS renuncian a reclamar a YYYYYY cualquier cantidad abonada por la cláusula suelo y a interponer cualquier reclamación judicial y/o extrajudicial por la misma.

Estos son, sucintamente, los hechos relevantes del caso. Los PRESTATARIOS piden, en este procedimiento, que se declare la nulidad: a) de la cláusula suelo incluida en la escritura de 2.003, por no haber recibido información previa suficiente sobre la misma y su funcionamiento; y b) del acuerdo de 8 de agosto de 2.015, al suponer una moderación de una cláusula que nunca debió vincular a los prestatarios, e igualmente por su falta de transparencia, pues tampoco recibieron información clara y precisa sobre las consecuencias de firmar ese acuerdo.

En cambio, YYYYYY defiende la validez de la cláusula suelo y del acuerdo de 2.015, e incluso considera que este último debe operar como una "transacción" -más adelante se explicará este concepto y su funcionamiento en el derecho español-, lo que supondría que no puede analizarse siquiera la validez o la nulidad de la cláusula suelo, al haber quedado resuelto el conflicto extrajudicialmente por las partes.

SEGUNDO. Los preceptos del ordenamiento de la Unión Europea cuya interpretación se interesa por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea son los siguientes artículos de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores:

Artículo 4:

"1. Sin perjuicio del artículo 1, 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".

Artículo 5:

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

Artículo 6, apartado primero:

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

TERCERO. En este fundamento se enunciarán los preceptos del ordenamiento español que resultan relevantes, si bien su explicación y su trascendencia en el caso concreto se justificarán al tratar de las distintas cuestiones prejudiciales planteadas.

1º.- Los siguientes artículos de la Ley 7/1998, de Condiciones Generales de la Contratación:

a) Artículo 5.5: *"La redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez".*

b) Artículo 8.1: *"Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención".*

2º. . Los siguientes artículos del Código Civil:

a) Artículo 1.208: *"La novación es nula si lo fuere también la obligación primitiva, salvo que la causa de nulidad sólo pueda ser invocada por el deudor, o que la ratificación convalide los actos nulos en su origen"*.

b) Artículo 1.809: *"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"*.

c) Artículo 1.816: *"la transacción tiene para las partes la autoridad de la cosa juzgada; pero no procederá la vía de apremio sino tratándose del cumplimiento de la transacción judicial"*.

3º. Como jurisprudencia nacional relevante, hay que citar las sentencias del TS 205/2018 de 11 de abril de 2018 y la 489/2018, de 13 de septiembre de 2.018, cuyos pronunciamientos más importantes se irán comentando al hilo de cada cuestión prejudicial.

CUARTO. a) *Aclaración sobre la primera cuestión que se sometió a alegaciones de las partes y que, finalmente, no se plantea*

En un primer momento, este juzgador dio traslado a las partes a los efectos de formular alegaciones sobre un total de seis cuestiones prejudiciales, siendo la primera de ella la siguiente:

El artículo 5 de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo de 5 de abril de 1993, cuando dice que "en caso de duda sobre el sentido de una cláusula, prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor", ¿incluye también los supuestos en que existan dudas, no ya sobre el sentido de una cláusula, sino sobre la denominación o calificación jurídica de todo el contrato?

En caso afirmativo, ¿debe interpretarse este precepto en el sentido de que el juez nacional no puede cambiar la calificación jurídica que el empresario ha dado a un contrato no negociado individualmente, cuando ese cambio de calificación beneficia al empresario y perjudica al consumidor, hasta el punto de impedirle invocar en el futuro la abusividad o la falta de transparencia de una cláusula no negociada individualmente?

Sin embargo, a la vista de la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 13 de septiembre de 2.018, esta cuestión ha perdido su interés, puesto que para el Tribunal Supremo la sustitución de una cláusula suelo por otra no merece el calificativo de "novación". Con independencia de que este juzgador no esté en absoluto de acuerdo con esa valoración, lo cierto es que se trata de una cuestión de derecho interno, sobre la que nada puede aportar el Tribunal

de Justicia de la Unión Europea. La cuestión sugerida partía de la base de que o se trataba de una transacción o de una novación, pero el Tribunal Supremo ha dicho que nunca puede ser esta última, por lo que no se va a formular esa cuestión.

b) Dudas en la interpretación del artículo 6 de la Directiva.

Se plantean en primer lugar dudas en la interpretación del artículo 6 de la Directiva, en concreto, el concepto "no vincularán", que, como se deduce de la sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016, es un concepto autónomo del Derecho de la UE, que significa que *"la declaración del carácter abusivo de la cláusula debe permitir que se restablezca la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido tal cláusula abusiva, concretamente mediante la constitución de un derecho a la restitución de las ventajas obtenidas indebidamente por el profesional en detrimento del consumidor en virtud de la cláusula abusiva"*.

En este caso, este juzgador quiere tratar otra dimensión de ese efecto de "no vinculación", concretamente, si cabe la posibilidad de que empresario y consumidor moderen una cláusula que no supera las exigencias de claridad y comprensión del artículo 4.2 de la Directiva; es decir, si el consumidor puede quedar vinculado por una cláusula que trae causa de una anterior que, por no ser clara y transparente, nunca debió vincularle.

Más concretamente, se trataría de saber si, existiendo una cláusula suelo que no es transparente –porque el banco no informó sobre sus consecuencias antes de la firma del préstamo-, empresario y consumidor podrían acordar su moderación, bien rebajándola (por ejemplo, de un 4 por ciento a un 3 por ciento) bien sustituyéndola por otra menos perjudicial para el consumidor (por ejemplo, eliminando la cláusula suelo e incrementando en su lugar el interés remuneratorio a pagar por el consumidor).

Es importante subrayar que este problema ha afectado a numerosos consumidores en España. La sentencia de 9 de mayo de 2013 del Tribunal Supremo -que fijaba los criterios de nulidad de las cláusulas suelo- motivó un aluvión de demandas contra los bancos.

En este contexto, fue muy habitual que los bancos -a veces por iniciativa propia, a veces por reclamación del consumidor- presentaran a los consumidores afectados por cláusulas suelo un documento, prerredactado por el banco y llamado expresamente "acuerdo de novación modificativa", en el cual se incluían dos estipulaciones relevantes:

a) Por un lado, se moderaba la cláusula suelo, a veces rebajándola (por ejemplo, de un tipo mínimo de un 4 por ciento se pasaba a un tipo mínimo de un 2 por ciento), a veces sustituyéndola por otra cláusula menos perjudicial para el consumidor (por ejemplo, se eliminaba la cláusula suelo y en su lugar se incrementaba el interés remuneratorio a pagar por el prestatario).

b) Por otro lado, se incluía una renuncia de los prestatarios a formular cualquier reclamación judicial o extrajudicial en relación con la cláusula suelo.

Precisamente esto es lo que ocurrió en el presente caso. Los PRESTATARIOS tenían una cláusula suelo en su escritura de préstamo hipotecario. Posteriormente, firmaron con el banco, el 8 de agosto de 2.015, un documento, titulado "acuerdo de novación modificativa", en el cual: a) por un lado, se establecía la eliminación de la cláusula suelo, pero al mismo tiempo se incrementaba el diferencial del 1,00% al 1,50%; y b) por otro lado, el consumidor renunciaba a cualquier reclamación judicial o extrajudicial relativa a la cláusula suelo.

Pese a haber firmado el documento antedicho, los prestatarios -como muchos otros consumidores en la misma situación-, interpusieron demanda ante los órganos judiciales españoles, pidiendo la nulidad tanto de la cláusula suelo original como del acuerdo.

El Tribunal Supremo, en un primer momento, entendió que no era posible la moderación de la cláusula suelo, y ello por aplicación del artículo 1.208 del Código Civil español, que prohíbe la "novación" de cláusulas nulas (sentencia de 16 de octubre de 2017. Conviene aclarar en este punto que, en Derecho Español, la novación consiste, bien en la modificación de una obligación, bien en su sustitución por otra distinta. Ambas modalidades están prohibidas en el artículo 1.208 del Código Civil cuando la obligación que se quiere novar es nula.

Posteriormente, el Tribunal Supremo se aparta de esa consideración, y utilizando argumentos distintos, ha resuelto que la nulidad de una cláusula suelo no impide que, con posterioridad, el consumidor acepte una reducción o sustitución de esa cláusula por otra distinta, siempre que lo haga con conocimiento de lo que hacía. De esta forma, el consumidor quedaría definitivamente vinculado por la nueva cláusula que la sustituye (sentencias de 11 de abril de 2018 y de 13 de septiembre de 2.018).

Sin embargo, este juzgador considera que el Tribunal Supremo se equivoca al enfocar esta cuestión desde la perspectiva del Derecho Nacional. Entiendo que la prohibición de moderar, sustituir o reducir una cláusula abusiva o no transparente no se deriva del artículo 1.208 del Código Civil, sino del efecto de "no vincularán" de la Directiva.

Si, según el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, "no vincularán" significa que el consumidor debe quedar en la misma situación en que se encontraría de no haber existido nunca la cláusula abusiva, parece evidente que ello conlleva la ineficacia de cualquier acuerdo posterior que traiga causa de esa cláusula. Porque, si nunca hubiese existido la cláusula abusiva o no transparente (que es lo que significa ese "no vincularán"), nunca se habría pactado su reducción, moderación o sustitución, que el consumidor acepta como un mal menor.

Entiendo, en definitiva, que esa "no vinculación" conlleva la prohibición de que empresario y consumidor puedan pactar cualquier moderación de una cláusula abusiva o no transparente, ya sea reduciéndola, ya sea sustituyéndola por otra menos perjudicial. Esta nueva cláusula, que se establece en lugar de la primera, tampoco debe vincular al consumidor.

Junto a lo anterior, cabe preguntarse si la respuesta sería diferente cuando esa moderación forma parte de un acuerdo en el que, además, el consumidor renuncia a ejercitar cualquier reclamación judicial o extrajudicial contra el banco en relación con la cláusula moderada.

Según el Tribunal Supremo español, en sentencia de 11 de abril de 2018, cuando la moderación de la cláusula se inserta en un contrato de "transacción", es decir, un acuerdo en el que las partes buscan resolver extrajudicialmente la controversia en torno a la posible falta de transparencia de la cláusula, el juez no puede ni siquiera entrar a analizar la validez o abusividad de la cláusula originaria, puesto que las partes ya han zanjado su controversia a través de un contrato que produce el efecto de cosa juzgada (artículo 1.816 del Código Civil). Esto último significa que el consumidor no sólo quedará vinculado por la nueva cláusula, sino que también quedará definitivamente vinculado por los efectos que haya desplegado la cláusula originaria.

Sin embargo, este juzgador considera que sigue existiendo una moderación de una cláusula que nunca debió existir, moderación que está prohibida por ese efecto de "no vincularán", y ello no cambia por el hecho de que esa moderación se inserte en un acuerdo (o "transacción") cuya finalidad fuera resolver la controversia entre las partes sobre la posible falta de transparencia de una cláusula.

Así pues, en caso de que el TJUE considere que, efectivamente, el efecto de "no vinculación" del artículo 6 de la Directiva excluye la posibilidad de moderar cláusulas no transparentes mediante un acuerdo privado entre consumidor y empresario, habría que preguntar si, en cambio, esa moderación sería admisible cuando se produce en un contrato en que las partes buscan resolver la controversia que las enfrenta sobre una cláusula que, posiblemente, no sea transparente.

De acuerdo con lo anterior, las cuestiones a plantear en este punto son las siguientes:

El efecto de "no vincularán" del artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993 ¿excluye la posibilidad de que el empresario y el consumidor, a través de un acuerdo privado, puedan moderar una cláusula que no supera el requisito de la redacción clara y comprensible del artículo 4.2, ya sea reduciendo el importe de dicha cláusula, ya sea sustituyéndola por otra cláusula menos perjudicial para el consumidor?

¿Cambiaría la respuesta a esta pregunta si esa moderación se inserta en un acuerdo celebrado entre consumidor y empresario cuya finalidad es, precisamente, zanjar la controversia, sin acudir a los órganos judiciales, sobre la posible falta de transparencia de una cláusula no negociada individualmente incluida en un contrato anterior entre ambos?

c) Dudas en la interpretación del artículo 4, apartado segundo, de la Directiva

En la medida en que el acuerdo de 8 de agosto de 2.015 no ha sido negociado individualmente, sino que se ha prerredactado íntegramente por el empresario, e impuesto al consumidor -pues éste no tenía posibilidad de negociar otra solución al conflicto de la cláusula suelo-, *cabría preguntarse si las dos cláusulas principales que lo integran –moderación por un lado y renuncia a acudir a los tribunales por otro- son cláusulas que se incluyen en la expresión "objeto principal del contrato" y "adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra".*

La finalidad, básicamente, es saber si estas cláusulas sólo serían válidas cuando estén redactadas de forma clara y comprensible, y superen la exigencia de transparencia que el TJUE ha dicho que se deduce de la Directiva. Las dudas se deben a que este acuerdo no es un contrato autónomo, sino que se deriva de otro anterior, y que tiene por finalidad, precisamente, resolver una controversia sobre la posible falta de transparencia de una cláusula.

Por tanto, en este acuerdo no hay cláusulas que propiamente regulen la adecuación entre precio/retribución y los servicios o bienes que han de proporcionarse. Las cláusulas que regulan esa adecuación se encontraban en el contrato originario de préstamo hipotecario, donde se incluía la cláusula suelo discutida.

Ahora bien, sí que hay *una cláusula que altera el precio del préstamo hipotecario, pues elimina la cláusula suelo y en su lugar incrementa el interés remuneratorio que tiene que pagar el consumidor (pues pasa a ser un diferencial del 1,50%). Y también hay una cláusula por la cual el consumidor renuncia a plantear reclamaciones judiciales o extrajudiciales relativas a la cláusula suelo que se ha visto sustituida.*

Ambas podrían englobarse dentro de la expresión "objeto principal del contrato", pero este juzgador no lo tiene claro, y, por ello, considera conveniente que el TJUE lo aclare.

Por ello, la cuestión prejudicial a plantear es la siguiente:

¿Debe interpretarse el artículo 4, apartado segundo, de la Directiva 93/13/CEE, en el sentido de que en los términos "objeto principal del contrato" y "adecuación entre precio y retribución por una parte y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra", están comprendidas dos cláusulas incluidas en un acuerdo no negociado individualmente entre empresario y consumidor en las que, por un lado, se modera una cláusula incluida en un contrato anterior entre ambos - sustituyéndola por otra menos perjudicial para el consumidor- y, por otro lado, el consumidor renuncia a su derecho a reclamar judicial o extrajudicial mente la posible falta de transparencia de esa cláusula y los efectos inherentes a esa falta de transparencia?

d) Dudas en la interpretación del artículo 4, apartados primero y segundo, de la Directiva

El apartado primero del artículo cuarto de la Directiva dice que, para valorar la abusividad de una cláusula no negociada individualmente, habrá que tener 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"*.

Ahora bien, el apartado segundo dice que no se someterán al control de abusividad las cláusulas que definan el objeto principal del contrato o las que se refieran a la *"adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra"*. Dice a continuación que estas cláusulas deberán estar redactadas de modo claro y comprensible, si bien el TJUE ha dicho que esto no debe entenderse en un plano meramente formal y gramatical, sino que de aquí se deduce un requisito de transparencia, que debe entenderse de manera extensiva y que conlleva la obligación de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula de que se trate, así como, en su caso, la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas, de manera que el consumidor esté en condiciones de valorar las consecuencias económicas que se deriven para él. Para ello, el juez deberá atender a todos los elementos de hecho pertinentes, entre los que se encuentran la publicidad y la información proporcionados por el prestamista en el marco de la negociación de un contrato de préstamo (entre otras, sentencia de TJUE de 20 de septiembre de 2017, cuestión C-186/16).

La cuestión es saber si los criterios que establece el apartado primero del artículo cuarto -la naturaleza de los bienes o servicios, y las circunstancias que concurran en el momento de su celebración y las demás cláusulas- deben tenerse en cuenta para apreciar la posible falta de transparencia de una cláusula referida al objeto principal del contrato y que, por tanto, no puede ser sometida al control de abusividad.

Esto resulta esencial porque el Tribunal Supremo español, en sentencia de 11 de abril de 2018, da por sentado que sí se pueden tener en cuenta esos criterios, y los aplica para concluir que la transacción sí era transparente. Sin embargo, si entendemos que esos criterios no son de aplicación, y que en estas cláusulas que afectan al objeto principal el banco debe facilitar información al consumidor siempre y en todo caso -con independencia de cuáles sean las circunstancias existentes en el momento de la celebración del contrato-, resulta muy difícil concluir que el acuerdo de 2015 sea transparente.

Así pues, la pregunta queda redactada así:

Si la respuesta a la pregunta anterior es afirmativa ¿el artículo 4 de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993 (LA LEY 4573/1993), debe interpretarse en el sentido de que "la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato" y "el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su

celebración" sólo pueden tenerse en cuenta para enjuiciar el carácter abusivo de cláusulas que no se refieran a la definición del objeto principal del contrato? O, por el contrario, ¿pueden tenerse en cuenta esos mismos criterios para enjuiciar la transparencia de cláusulas que se refieran al objeto principal del artículo 4.2?

e) Dudas en la interpretación del artículo 4 de la Directiva

Suponiendo que la respuesta a la pregunta tercera sea afirmativa y que, por tanto, la cláusula de moderación incluida en el acuerdo de 8 de agosto de 2.015 -es decir, la cláusula en que se elimina la cláusula suelo y en su lugar se impone un nuevo diferencial del 1,50%- es una cláusula que afecta al objeto principal del contrato, sería necesario saber cómo se aplica a esta cláusula el deber de transparencia que según el TJUE se deduce del artículo 4.2 de la Directiva.

En sentencia de 11 de abril de 2.018, el Tribunal Supremo considera suficiente con que el banco haya informado al consumidor sobre las consecuencias económicas de la moderación para el futuro -es decir, cómo iba a funcionar la nueva cláusula y cómo iba a afectar al consumidor en adelante-. Pero, en cambio, el Tribunal Supremo no considera necesario que el banco informara específicamente al consumidor de que la cláusula originaria podría no vincularle por no superar el control de transparencia, y, por tanto, que el consumidor podría obtener una solución mucho mejor que la ofrecida por el banco (eliminación de la cláusula suelo, aplicándose el diferencial previsto en la escritura originaria sin incrementarlo, y con devolución de cantidades).

Para llegar a esa conclusión, el Tribunal Supremo se basa en que, al tiempo de firmarse este tipo de acuerdos, ya se había dictado su sentencia de 9 de mayo de 2.013 en que se decía que las cláusulas suelo son nulas cuando el banco no haya informado al consumidor sobre sus consecuencias económicas. Entiende que la repercusión mediática de esa sentencia la convirtió en un hecho "notoriamente conocido", lo que equivale a decir que todo consumidor la debía conocer, sin necesidad de que el banco le informara.

Sin embargo, no parece que esto se acomode a lo que ha dicho el TJUE sobre este control de transparencia, que exige una conducta activa del empresario a la hora de informar al consumidor, quien normalmente no es jurista y resulta ajeno al conceptos jurídicos como "abusividad", "transparencia" o "nulidad". Máxime cuando esa notoriedad que pretende atribuir el Tribunal Supremo a su sentencia es cuestionable, puesto que, al día siguiente, en algunos de los periódicos más importantes a nivel español, la noticia no aparecía sino hasta la página 55. En cualquier caso, resulta dudoso que el

banco pueda quedar exento de su deber de información por mucho que los criterios de la falta de transparencia de una cláusula sean notoriamente conocidos. Por ello se formula la siguiente pregunta:

Si la respuesta a la pregunta 2 es afirmativa, ¿es compatible con el artículo 4.2 de la Directiva -en concreto, con las exigencias de redacción clara y comprensible y de transparencia que del mismo se derivan-, una jurisprudencia nacional que, ante un acuerdo no negociado individualmente entre empresario y consumidor por el que se modera la aplicación de una cláusula incluida en un contrato anterior entre ambos, no considera necesario que el empresario informe al consumidor de la posible falta de transparencia de esa cláusula, por entender dicha jurisprudencia nacional que son notoriamente conocidos los criterios que dan lugar a esa falta de transparencia?

f) Dudas en la interpretación del artículo 4 de la Directiva

Una última duda en la interpretación del artículo 4 de la Directiva viene también referida al requisito de transparencia de las cláusulas que afectan al objeto principal, si bien en este caso en lo relativo a la renuncia del consumidor a reclamar judicial o extrajudicialmente por una cláusula no negociada individualmente.

Lógicamente, esta pregunta parte de la hipótesis de que, en la pregunta segunda, el TJUE conteste que la cláusula de renuncia es una cláusula que afecta al objeto principal y que, por tanto, debe ser transparente para ser válida. Si la respuesta del TJUE a esa pregunta segunda es negativa, no será necesario que analice este apartado.

Así pues, si la cláusula de renuncia debe ser clara, comprensible y transparente, este juzgador quiere saber si ello significa que el banco debe informar al consumidor de los concretos derechos a los que está renunciando, y, en especial, de la cantidad que renuncia a reclamar, máxime cuando esa cantidad no es el resultado de una simple suma, sino que es fruto de una compleja operación aritmética que un consumidor medio es incapaz de realizar (hay que tener en cuenta que en la escritura se pactó el sistema de amortización francés, cuya fórmula es muy compleja y, lógicamente, imposible de manejar para un consumidor medio).

Es decir, si el efecto principal de la "no vinculación" del artículo 6 es, según la sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2.016, la "restitución íntegra de las cantidades que haya abonado indebidamente a la entidad bancaria", ¿no sería lógico que, antes de renunciar a reclamar judicialmente esas cantidades, el banco le informe de cuáles son? El Tribunal Supremo español no lo considera necesario, pues nada dice en su sentencia de 11 de abril de 2.018, pero este juzgador entiende que, para que el consumidor pueda valorar la conveniencia y las cargas económicas de la renuncia, resulta imprescindible que el banco le informe de esas cantidades eventuales a las que está renunciando. De lo contrario, se recrudece el desequilibrio entre las partes, pues el banco, que sí sabe cuáles son esas cantidades, puede usar ese dato para saber si le merece la pena llegar o no a un acuerdo, mientras el consumidor no tiene por qué imaginarse cuáles son esas cantidades.

Por ello, la cuestión a plantear en último lugar es la siguiente:

Si la respuesta a la pregunta 2 es afirmativa, ¿debe interpretarse el artículo 4.2 de la Directiva en el sentido de que una renuncia del consumidor a formular judicial o extrajudicialmente reclamaciones sobre la posible falta de transparencia de una cláusula no negociada individualmente sólo supera la exigencia de "redacción clara y comprensible" si el empresario ha informado previamente al consumidor de los concretos derechos a los que renuncia, y, en particular, la concreta cuantía que renuncia a reclamar?

QUINTO. SOLICITUD DEL PROCEDIMIENTO ACELERADO

Este juzgador es consciente de que, ni el elevado número de personas afectadas (autos del Presidente del Tribunal de Justicia de 21 de septiembre de 2.006, KÖGÁZ y otros, C-283/06 y C-312/06, no publicado, EU:C:2006:602, apartado 9; de 11 de noviembre de 2.014, Banco Primus, C-421/14, no publicado, EU:C:2014:2367, apartado 10, etcétera) ni la seguridad jurídica (auto del Presidente del Tribunal de Justicia de 5 de octubre de 2.012, Abdullahi, C-394/12, no publicado, EU:C:2012:623, apartado 14) son circunstancias excepcionales que justifiquen la aplicación del procedimiento acelerado del artículo 105 del Reglamento del Procedimiento del Tribunal de Justicia de 25 de septiembre de 2.012. Por ello, este juzgador dará otros motivos para justificar la importancia de tramitar esta cuestión por el procedimiento acelerado:

1. El uso en España de las cláusulas abusivas en los contratos hipotecarios (y, en particular, la cláusula suelo) ha generado una clara preocupación en las instituciones europeas, como el Parlamento y la Comisión, e incluso en instituciones internacionales, como el Fondo Monetario Internacional. Entiendo que esta especial preocupación debe tener también su reflejo en el órgano encargado de velar por el respeto al Derecho de la UE.

Comenzando con el Fondo Monetario Internacional, en el informe número 17/345, de 13 de noviembre de 2.017, titulado "Spain: Financial Sector Assessment Program", se dijo lo siguiente:

*"Incidents relating to the placement of preference shares, **floor clauses**, and mortgage fees bring along both financial, prudential, and reputational risks. Legal reforms have recently been adopted to foster consumer protection, and the ECB and BdE are closely monitoring banks' preparedness to the impact of **floor clause**' liabilities, one of the major consumer protection issues. The supervisors should continue monitoring the impact on banks of the most recent episodes, and further develop a pro-active approach to promptly identify emerging issues or possible future developments affecting banks."*

Como se observa, hace hincapié en las cláusulas suelo, de las que traen su origen todas las cuestiones prejudiciales que se están planteando.

Por lo que se refiere a la Comisión, cabe citar la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo titulada *"Un nuevo marco para los consumidores"*, en cuya introducción se dice que *"Sin embargo, sigue habiendo retos en materia de política de los consumidores. Las recientes prácticas abusivas a gran escala que afectan a los consumidores del conjunto de la UE han socavado la confianza de los consumidores en el mercado único. Estos hechos a gran escala incluyen el «Dieselgate» (cuando algunos fabricantes de automóviles instalaron en los vehículos tecnología para falsear las pruebas de emisiones) y **un uso generalizado por parte de los bancos de cláusulas contractuales abusivas en contratos hipotecarios**".*

En relación con el Parlamento Europeo, el ECON Committee encargó recientemente una serie de cinco informes sobre "Mis-selling of Financial Products". Dichos informes fueron sometidos a debate en una sesión del Parlamento Europeo del 19 de junio de 2.018. Se puede ver dicha sesión en el siguiente enlace:

<http://www.europarl.europa.eu/ep-live/de/committees/video?event=20180619-0900>

Uno de esos informes, llamado "Mortgage Credit" fue elaborado por el abogado español Fernando Zunzunegui. Se puede acceder a dicho informe en el siguiente enlace:

[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/618995/IPOL_STU\(2018\)618995_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/618995/IPOL_STU(2018)618995_EN.pdf)

Este informe dedica todo un epígrafe al tema de las cláusulas suelo (páginas 25 a 34), y, en lo que aquí interesa, se destaca la pasividad del Banco de España, quien ha sido muy lento en la imposición de multas (algo que dice el propio Fondo Monetario Internacional). Es más, en los últimos tres años, el Banco de España sólo ha impuesto una multa de 150.000 euros. Se ha limitado a cuidar la solvencia de los bancos, dejando de lado la protección de los clientes.

Esto mismo se dijo en la sesión del Parlamento de 19 de junio de 2018, antes citada (concretamente, en el momento en que eran las 11:47 horas, si se quiere buscar en el enlace antes señalado), donde se critica la falta de iniciativa del Banco de España a la hora de imponer sanciones.

Según las estadísticas que se reflejan en el informe, sólo entre junio y diciembre de 2017 se iniciaron en España 156.862 procedimientos judiciales en relación con las cláusulas suelo. Esto supone un colapso de los Juzgados especializados en la materia, lo que perjudica al consumidor, que puede llegar a esperar más de un año y medio para ver resuelto su litigio.

En otras palabras, el consumidor sufre la pasividad del Banco de España, que no toma ninguna medida para disuadir a las entidades financieras del uso de cláusulas abusivas. Sólo queda la vía judicial, lenta y costosa.

En definitiva, considero que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea debe tener en cuenta la desatención que las instituciones españolas muestran hacia los consumidores, y que ha sido criticada por el Parlamento y el Fondo Monetario Internacional. Con ello no digo que las respuestas a las cuestiones prejudiciales deban ser necesariamente favorables al consumidor, sólo considero que éste se merece una respuesta rápida, esa respuesta rápida que no pueden obtener de las instituciones españolas.

2. La necesidad de dar una respuesta rápida se justifica todavía más si a lo anterior se añade el estado procesal en que se encuentran muchos consumidores con el mismo conflicto.

Es decir, este supuesto ha afectado a varios consumidores, y muchos de ellos ya han llegado al Tribunal Supremo español -contra cuyas resoluciones no

cabe recurso-, quien ya en dos ocasiones (sentencias de 11 de abril de 2.018 y de 13 de septiembre de 2.018) ha decidido resolver en contra del consumidor, sin plantear cuestión prejudicial, aunque uno de los magistrados de dicho Tribunal, el Excelentísimo Francisco Javier Orduña Moreno, formuló un voto particular expresando dudas muy parecidas a las que aquí se formulan.

Esto supone que, en la hipótesis de que el TJUE responda a estas cuestiones prejudiciales en el sentido favorable al consumidor, todos aquéllos que, en ese momento, ya hubieran obtenido una sentencia desfavorable del Tribunal Supremo español, no van a poder revisar su caso, y, por tanto, de nada les serviría la respuesta del TJUE, y de nada les habría servido la Directiva 93/13/CEE y todo el esfuerzo comunitario por la protección de los consumidores frente a cláusulas abusivas.

En el caso de los consumidores españoles, esto tiene mayor importancia, porque ya han sufrido algo parecido en relación con los efectos de la nulidad de la cláusula suelo. Antes de que el TJUE dictara la sentencia de 21 de diciembre de 2.016, muchos consumidores interpusieron demanda pidiendo la nulidad de una cláusula suelo, y obtuvieron solamente las cantidades cobradas indebidamente desde mayo de 2.013, conforme a la jurisprudencia que había dictado el Tribunal Supremo español. Con posterioridad al pronunciamiento del TJUE, esos consumidores no pudieron ya obtener una ampliación o complemento de las cantidades, pues su situación jurídica era firme y no podía modificarse.

Creo que lo ideal sería evitar que esto volviera a producirse y que, de nuevo, los consumidores españoles se vean perjudicados por un posible error del Tribunal Supremo. Cuanto más tiempo tarde en darse respuesta a estas cuestiones prejudiciales, más consumidores podrían verse perjudicados.

Del mismo modo, hay que tener en cuenta la situación de los consumidores que, en primera o en segunda instancia, hayan obtenido una sentencia desfavorable: se encuentran en la disyuntiva de arriesgarse o no a recurrir esa sentencia, exponiéndose al pago de unas elevadas costas. Cuanto antes resuelva el TJUE, menos consumidores se verán en esa disyuntiva y sabrán, por lo menos, a qué aquietarse.

Finalmente, si se admite el procedimiento acelerado, se estimularía a los distintos juzgados y tribunales españoles a suspender la tramitación de procedimientos con el mismo objeto, de modo que no se dictaría sentencia hasta que se pronuncie el TJUE. En cambio, si se tramita el procedimiento ordinario, los tribunales españoles no querrán suspender los procedimientos, pues es mucho tiempo y supone posponer una carga considerable de trabajo.

3. Como último motivo, hay que destacar el interés general de las cuestiones planteadas, no ya para los consumidores españoles, sino para todos los consumidores del territorio europeo. Con estas cuestiones se intenta resolver un tema de gran importancia, a saber, la solución extrajudicial de conflictos en materia de consumo.

En efecto, todas las preguntas afectan a la forma en que empresario y consumidor pueden llegar a acuerdos para resolver sus conflictos sin necesidad de acudir a la vía judicial, lo que, sin duda, interesa a todos los ordenamientos comunitarios.

Se trata de una materia de la que últimamente se ha ocupado el legislador comunitario, a través de la reciente Directiva 2013/11/CEE, sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo. Esto demuestra una gran preocupación del legislador comunitario a la hora de buscar que empresario y consumidor puedan solucionar sus conflictos sin tener que acudir a la vía judicial, buscando otras vías más rápidas y económicas. Dice así en el considerando quinto que *"Sin embargo, la resolución alternativa de litigios no está desarrollada todavía de manera suficiente y coherente en toda la Unión. Desafortunadamente, a pesar de las*

Recomendaciones de la Comisión 98/257/CE, de 30 de marzo de 1998, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo y 2001/310/CE, de 4 de abril de 2001, relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo, los mecanismos de resolución alternativa de litigios no se han establecido correctamente ni funcionan satisfactoriamente en todas las áreas geográficas o sectores empresariales de la Unión".

Es decir, existe un palpable interés del legislador comunitario en promover e incentivar mecanismos de solución extrajudicial de conflictos, y ese interés debería trasladarse también al resto de instituciones de la UE, entre ellas, el Tribunal de Justicia, quien a través de estas cuestiones tiene la oportunidad de perfilar la forma en que empresario y consumidor pueden utilizar mecanismos extrajudiciales para resolver sus controversias, lo que redundaría en beneficio de todos. A través de una respuesta rápida, el TJUE demostraría que de verdad existe preocupación e interés en desarrollar estos mecanismos extrajudiciales, y se estimularía su utilización.

Del mismo modo, también interesa a todos que el propio TJUE desarrolle o explique un poco más su doctrina acerca de la renuncia por parte del consumidor. No se pregunta simplemente la validez de la renuncia, porque conozco que el TJUE en sentencia 14 de abril sw 2.016, asuntos acumulados C-381/14 y C-385/14, Sales Sinués vs Caixabank y Drame Ba vs Catalunya Banc, apartado 25, ha declarado que el derecho a una protección efectiva del consumidor comprende la facultad de renunciar a hacer valer sus derechos siempre que el juez considere que el consumidor era consciente del carácter no vinculante de una cláusula abusiva; sin embargo, resulta de gran interés, para todos los tribunales (no sólo para los españoles) saber qué criterios pueden usarse para saber si el consumidor era o no era consciente de ese carácter vinculante, y sobre esto versan las preguntas 4 y 5.

PARTE DISPOSITIVA

ACUERDO la suspensión del presente procedimiento y el PLANTEAMIENTO de las siguientes cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia de la Unión Europea:

1º.-El efecto de "no vincularán" del artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, ¿excluye la posibilidad de que el empresario y el consumidor, a través de un acuerdo privado, puedan moderar una cláusula que no supera el requisito de la redacción clara y comprensible del artículo 4.2, ya sea reduciendo el importe de dicha cláusula, ya sea sustituyéndola por otra cláusula menos perjudicial para el consumidor?

¿Cambiaría la respuesta a esta pregunta si esa moderación se inserta en un acuerdo celebrado entre consumidor y empresario cuya finalidad es, precisamente, zanjar la controversia, sin acudir a los órganos judiciales, sobre la posible falta de transparencia de una cláusula no negociada individualmente incluida en un contrato anterior entre ambos?

2. ¿Debe interpretarse el artículo 4, apartado segundo, de la Directiva 93/13/CEE, en el sentido de que en los términos "objeto principal del contrato" y "adecuación entre precio y retribución por una parte y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra", están comprendidas dos cláusulas incluidas en un acuerdo no

negociado individualmente entre empresario y consumidor en las que, por un lado, se modera una cláusula incluida en un contrato anterior entre ambos - sustituyéndola por otra menos perjudicial para el consumidor- y, por otro lado, el consumidor renuncia a su derecho a reclamar judicial o extrajudicialmente la posible falta de transparencia de esa cláusula y los efectos inherentes a esa falta de transparencia?

3. Si la respuesta a la pregunta anterior es afirmativa ¿el artículo 4 de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, debe interpretarse en el sentido de que "la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato" y "el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración" sólo pueden tenerse en cuenta para enjuiciar el carácter abusivo de cláusulas que no se refieran a la definición del objeto principal del contrato? O, por el contrario, ¿pueden tenerse en cuenta esos mismos criterios para enjuiciar la transparencia de cláusulas que se refieran al objeto principal del artículo 4.2?

4. Si la respuesta a la pregunta 2 es afirmativa, ¿es compatible con el artículo 4.2 de la Directiva -en concreto, con las exigencias de redacción clara y comprensible y de transparencia que del mismo se derivan-, una jurisprudencia nacional que, ante un acuerdo no negociado individualmente entre empresario y consumidor por el que se modera la aplicación de una cláusula incluida en un contrato anterior entre ambos, no considera necesario que el empresario informe al consumidor de la posible falta de transparencia de esa cláusula, por entender dicha jurisprudencia nacional que son notoriamente conocidos los criterios que dan lugar a esa falta de transparencia?

5. Si la respuesta a la pregunta 2 es afirmativa, ¿debe interpretarse el artículo 4.2 de la Directiva en el sentido de que una renuncia del consumidor a formular judicial o extrajudicialmente reclamaciones sobre la posible falta de transparencia de una cláusula no negociada individualmente sólo supera la exigencia de "redacción clara y comprensible" si el empresario ha informado previamente al consumidor de los concretos derechos a los que renuncia, y, en particular, la concreta cuantía que renuncia a reclamar?

SE SOLICITA al Tribunal de Justicia la admisión a trámite y la tramitación por el procedimiento acelerado.

Remítase testimonio de la presente resolución al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, mediante correo certificado con acuse de recibo, dirigido a la «Secretaría del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Rue du Fort Niedergrünewald, L-2925 Luxemburgo».

Asimismo, al haberse solicitado la aplicación del procedimiento acelerado, se acuerda enviar por correo electrónico (ECJ-Registry@curia.europa.eu) y por fax (00352433766) una copia firmada de la petición de decisión judicial, sin perjuicio de su posterior remisión por correo.

Igualmente, se acuerda enviar copia simple de esta resolución al Servicio de Relaciones Internacionales del Consejo General del Poder Judicial -fax: 91 7006 350- (REDUE Red del CGPJ de Expertos en Derecho de la Unión Europea).

Notifíquese esta resolución a las partes y al Ministerio Fiscal, haciéndoles saber que la misma es firme y contra ella no cabe recurso alguno.

Así lo acuerdo, mando y firmo.