

**COMENTARIO DE LA SENTENCIA
DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE 6 DE MARZO DE 2019 (137/2019)**

**El carácter abusivo
de la cláusula de renuncia al ejercicio de acciones**

Comentario a cargo de:
RAFAEL MONSALVE DEL CASTILLO
Socio de Cuatrecasas
ESTEFANÍA PORTILLO CABRERA
Asociada Senior de Cuatrecasas

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 6 DE MARZO DE 2019

Roj: STS 677/2019 - **ECLI:** ES:TS:2019:677

ID CENDOJ: 28079119912019100009

PONENTE: EXCMO. SR. DON RAFAEL SARAZÁ JIMENA

Asunto: La STS n° 137/2019 constituye un nuevo pronunciamiento del Tribunal Supremo sobre la posible abusividad de la cláusula de renuncia de acciones suscrita por consumidores. El Tribunal Supremo declara que la imposición de la renuncia de acciones en el marco de un operación de canje de bonos u obligaciones de entidades en riesgo de desaparición, planteada al consumidor en corto espacio de tiempo bajo riesgo de pérdida de la inversión realizada y sujeta a condiciones imprecisas, constituye una cláusula abusiva, pues causa un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio del consumidor y usuario, en contra de las exigencias de la buena fe. Declara expresamente su compatibilidad con la doctrina jurisprudencial sentada en la previa Sentencia n° 205/2018, de 11 de abril, dado que las circunstancias que determinan la declaración de abusividad en este nuevo caso no concurrían en aquél.

Sumario: **1. Resumen de los hechos. 2. Soluciones dadas en primera instancia. 3. Soluciones dadas en apelación. 4. Los motivos de casación alegados. 5. Doctrina del Tribunal Supremo:** 5.1. A modo de exordio. 5.2. Las diferencias fácticas de las SSTs. 5.3. Las diferencias jurídicas entre las SSTs. 5.4. Decisión del Tribunal Supremo. 5.5. Criterios determinantes del carácter transparente y no abusivo de la renuncia de acciones por los consumidores. 5.6 El esperado pronunciamiento del TJUE sobre la validez de la renuncia al ejercicio de acciones. 5.7. Conclusiones. **6. Bibliografía.**

1. Resumen de los hechos

La Sentencia del Tribunal Supremo nº 137/2019, de 6 de marzo («STS nº 137/2019»), declara el carácter abusivo de una cláusula de renuncia al ejercicio de acciones legales suscrita en el ámbito de consumidores como parte de una operación de canje de bonos u obligaciones de entidades en riesgo de desaparición.

El caso versa sobre la emisión de una orden de adquisición de doce títulos de obligaciones subordinadas por valor de 12.000 euros de Caja España de Inversiones, Caja de Ahorros y Monte de Piedad («Caja España») en 31 de enero de 2006. En mayo de 2013, dichas obligaciones fueron canjeadas obligatoriamente por 10.800 bonos necesariamente convertibles en acciones del Banco CEISS («Bonos CEISS») con un valor nominal de un euro. Este canje fue realizado en cumplimiento de una resolución de la Comisión Rectora del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB).

En noviembre de 2013, los clientes recibieron una oferta de la entidad para canjear voluntariamente los 10.800 Bonos CEISS por 3.100 bonos de Unicaja Banco («bonos UNICAJA») –de los que 1.555 eran bonos necesariamente convertibles y 1.555 eran bonos perpetuos, contingentemente convertibles–, con un valor nominal de un euro cada uno de ellos. La oferta estaba condicionada a la obtención de un umbral mínimo de aceptación por parte de sus destinatarios. Además, al aceptar la oferta se permitía a los clientes acceder al «mecanismo de revisión», mediante el que los titulares de los bonos CEISS podían obtener una cantidad adicional por la pérdida sufrida en su inversión. Entre otros requisitos, la oferta debía aceptarse en un plazo de veinte días y el cliente debía renunciar al ejercicio de cualquier acción contra Banco CEISS y UNICAJA, a cuyo fin debía otorgar un acta notarial de manifestaciones. Y así se hizo, pues en 17 de diciembre de 2013 se materializó el nuevo canje y se otorgó el acta de manifestaciones en el que se reflejaba la renuncia de acciones por parte de los clientes.

Las actrices (la firmante de los contratos litigiosos y su hija, dado el fallecimiento del otro cónyuge contratante) interpusieron demanda ante los Juzgados de Valladolid en cuya virtud solicitaron que se declarase la nulidad de la renuncia al ejercicio de las acciones por entender que la misma era abusiva, contraria al ordenamiento y a la buena fe, así como por estar viciado el consen-

timiento prestado por los demandantes al otorgar el acta de manifestaciones. Asimismo, solicitaron que se declarase la ineficacia de los contratos de adquisición de obligaciones subordinadas de Banco CEISS y los sucesivos canjes sobre la base de una concatenación de acciones –principal y subsidiarias– fundadas en la nulidad de pleno derecho por abusividad, la anulabilidad por vicio en el consentimiento, la resolución por incumplimiento de los deberes de la entidad bancaria y, finalmente, la resolución por aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*. A todas ellas se acumuló la pretensión de restitución de los 12.000 euros inicialmente invertidos, más los intereses y comisiones abonados.

2. Soluciones dadas en primera instancia

El Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Valladolid dictó Sentencia nº 145/2015, de 31 de julio (procedimiento ordinario nº 834/2015), por la que desestimó la demanda al considerar que la renuncia de acciones contenida en el acta notarial de manifestaciones era válida. El Juez *a quo* no entró a resolver las acciones ejercitadas en relación con los contratos de adquisición y posteriores canjes suscritos entre las partes.

3. Soluciones dadas en apelación

La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Valladolid desestimó el recurso de apelación interpuesto por las demandantes mediante Sentencia nº 91/2016, de 13 de abril (rollo de apelación nº 438/2015), en la que hizo suyos los razonamientos de la sentencia recurrida.

A mayor abundamiento, la Sala de apelación declaró que la parte actora no denunció el vicio de nulidad que podría afectar a la escritura notarial de manifestaciones que otorgó al aceptar la segunda oferta de canje de los bonos y formalizar la renuncia al ejercicio de cualquier acción contra las entidades financieras implicadas, sin que constase «*anormalidad alguna en su otorgamiento*».

4. Los motivos de casación y de infracción procesal alegados

Las demandantes interpusieron recurso de casación y recurso extraordinario por infracción procesal, ambos fundados en motivos relacionados con la renuncia de acciones. Como consecuencia de la admisión de los recursos, se solicitaba la devolución de las actuaciones a primera instancia al objeto de que se entrase a decidir sobre la nulidad de los negocios de adquisición y canje de los bonos y acciones.

El interés casacional invocado consistía en la oposición de la sentencia recurrida a la jurisprudencia sentada tanto en la STS de 28 de enero de 1995,

que declaró que la renuncia de derechos ha de ser *«personal, clara, terminante e inequívoca, sin condicionante alguna, con expresión indiscutible de criterio de voluntad determinante de la misma, y revelación expresa o tácita, pero mediante actos concluyentes igualmente claros e inequívocos»*, como en la STS nº 57/2016, de 12 de febrero, que estimó que no existió una auténtica y plena renuncia de derechos dado que la actora se limitó a firmar unos documentos preredactados por la entidad bancaria, llevada por la confianza en su gestor, sin que la renuncia pudiese considerarse clara, contundente e inequívoca, máxime teniendo en cuenta que el propio documento de renuncia no concretaba ni aclaraba la complejidad, riesgo y coste del producto ofertado (un contrato de permuta financiera o *swap*).

En el único motivo del recurso extraordinario por infracción procesal se denunció la infracción del art. 24 de la Constitución Española, los arts. 10, 82, 83 y 86.7 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios («TRLGDCU»), el art. 3 de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, y la jurisprudencia que los desarrolla, argumentando que la renuncia de acciones efectuada constituye una limitación de derechos *«que vulnera entre otros preceptos el artículo 24 de la Constitución Española al renunciarse al derecho de acceso a la tutela judicial efectiva»* y *«es contraria a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que impone un criterio restrictivo en la admisión de la renuncia de derechos»*.

En el motivo primero del recurso de casación se denunció la infracción de los arts. 10, 82, 83 y 86.7 TRLGDCU, al estimar la actora que se le impuso la obligación de renunciar a las acciones civiles y penales que pudieren corresponderle de forma genérica y con incertidumbre sobre el resultado del mecanismo de revisión; y del art. 3 de la Directiva 93/13/CEE, por entender que ello sitúa a la entidad demandada en un plano de superioridad respecto al consumidor.

En el segundo motivo del recurso de casación se denunció la infracción de los arts. 1.265, 1.266 y 1.817 del Código Civil, al considerar que la renuncia de acciones estuvo viciada al haberse prestado el consentimiento bajo el convencimiento creado por la entidad demandada de que recuperaría la inversión si aceptaba la oferta.

En el tercer motivo del recurso de casación se invocaban como infringidos los mismos artículos ya citados en los dos motivos precedentes, si bien se justificaba el interés casacional por la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales sobre la validez de la renuncia de acciones.

El recurso extraordinario por infracción procesal fue desestimado al considerar el Alto Tribunal que en el mismo se denunciaban cuestiones sustantivas propias del recurso de casación; y, en todo caso, por no existir desde el punto de vista constitucional infracción de derechos fundamentales. Señaladamente, la Sentencia resolvió que no se infringía el derecho a la tutela judicial efectiva, pues de conformidad con la STC nº 65/2009, de 9 de marzo, la irrenunciabilidad de los derechos fundamentales *«no impide la voluntaria y transitoria renuncia*

al ejercicio de las acciones en pos de unos beneficios cuyo eventual logro es para el interesado más ventajoso que el que pudiera resultar de aquel ejercicio», y en el caso enjuiciado la renuncia se hizo para conseguir como beneficio el canje de bonos por acciones y el acceso al mecanismo de revisión.

Sin embargo, el Tribunal Supremo estimó el primer motivo del recurso de casación, casó la sentencia recurrida y acordó la devolución de las actuaciones a la Audiencia Provincial para que dicte nueva sentencia en la que, partiendo de la nulidad de la renuncia de acciones contenida en la condición general impugnada, se pronuncie sobre las demás acciones ejercitadas en la demanda.

5. Doctrina del Tribunal Supremo

5.1. *A modo de exordio*

La STS nº 137/2019 constituye un nuevo pronunciamiento de la Excm. Sala sobre la renuncia de acciones en el ámbito de los derechos de los consumidores y usuarios que resulta de especial interés dado lo controvertido de la cuestión.

En este caso, el Tribunal Supremo resuelve que la imposición de la renuncia de acciones como condición para el canje de bonos u obligaciones de entidades en riesgo de desaparición constituye una cláusula abusiva *ex art. 82 TRLGDCU*, pues causa un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio del consumidor y usuario, en contra de las exigencias de la buena fe.

La propia Sentencia declara que las singularidades del caso que enjuicia motivan que se resuelva en sentido distinto a otras resoluciones anteriores como la STS 205/2018 (también plenaria, y comentada en esta misma colección por Muñoz García, 2019, pgs. 73 y ss.); concretamente, señala que en aquél supuesto anterior el cliente *«no se veía ante el riesgo inminente de pérdida patrimonial grave si no aceptaba la transacción en un breve periodo de tiempo»*.

Cobra por tanto especial relevancia la determinación de los criterios o presupuestos que justificarían la validez o la nulidad por abusividad de este tipo de cláusulas de renuncia de acciones, ciertamente habituales en la práctica forense, en este y en otros ámbitos del Derecho.

En este orden de cosas, conviene tener presente que está pendiente de resolución la cuestión prejudicial elevada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Teruel (asunto C-452/18), en la que se cuestiona si un consumidor puede renunciar a invocar el carácter abusivo de una cláusula preexistente, y en su caso en qué condiciones. Las conclusiones del Abogado General, de 30 de enero de 2020, cuestionan algunos de los fundamentos recogidos en las mencionadas Sentencias del Tribunal Supremo (en conjunto, «las SSTS»).

Al análisis de las diferencias entre dichas Sentencias del Tribunal Supremo dedicamos este comentario, en el que haremos referencia también a las

citadas conclusiones del Abogado General a fin de delimitar lo más concretamente posible el marco de los criterios de enjuiciamiento sobre la validez o no de este tipo de cláusulas de renuncia.

5.2. *Las diferencias fácticas de las SSTs*

Desde un punto de vista fáctico, la STS n° 137/2019 califica el contexto de la renuncia como una «*situación límite*» para el consumidor. Se basa en el hecho de que, debido al proceso de resolución en el que se encontraba la entidad emisora de los productos financieros, los inversionistas no tenían otra alternativa razonable para no perder toda su inversión que aceptar la oferta, y que ésta se condicionaba a la renuncia al ejercicio de acciones.

Añade a ello que con la oferta se forzaba a los clientes a aceptarla o arriesgarse a sufrir una pérdida patrimonial «*inmediata y posiblemente absoluta*» en un breve periodo de tiempo, y que, además, la renuncia de acciones estaba sometida a «*condiciones imprecisas*» y tenía como contraprestación un «*rendimiento incierto*» (pues se condicionaba a que la entidad emisora obtuviera beneficios y no decidiera declarar un supuesto de no remuneración).

Dos son, pues, las cuestiones que definen el supuesto que resuelve la STS n° 137/2019: la premura con la que se debía aceptar la oferta y la imprecisa e incierta contraprestación asociada a la renuncia.

Por su parte, la STS n° 205/2018 enjuició la validez de una cláusula de renuncia de acciones contenida en un acuerdo transaccional por el que las partes pactaron rebajar la cláusula suelo inicialmente incluida en el contrato de préstamo hipotecario. En aquel caso, se trataba de un acuerdo transaccional (i) alcanzado después de que la Excma. Sala dictase la conocida STS n° 241/2013, de 9 de mayo (por la que se declaró que la cláusula suelo en sí misma no es nula por abusiva, sino tan sólo en la medida en que no se cumplan las exigencias de transparencia), y (ii) en el que los prestatarios transcribieron a mano, y firmaron, un texto por el que declaraban ser conscientes y entender que el tipo de interés del préstamo nunca bajaría del 2,25% nominal anual.

Se trata de un supuesto en el que el Alto Tribunal Supremo considera que existen concesiones recíprocas entre las partes, que mediante el acuerdo transaccional que alcanzaron quisieron evitar precisamente la iniciación de un proceso en el que se enjuiciase la validez o no de la cláusula suelo. No hay imposición alguna ni ninguna «*situación límite*» frente a un escenario de posible pérdida de una inversión, sino una renuncia consciente, voluntaria e informada, que examinada por el tribunal se considera transparente puesto que los clientes pudieron conocer las consecuencias jurídicas y económicas de lo que firmaban.

Esta doctrina jurisprudencial ha sido acogida por la jurisprudencia menor, entre otras, véanse las SSAP de Valladolid n° 415/2018, de 16 de octubre; de Guipúzcoa n° 381/2018, de 16 de julio; de La Rioja n° 238/2018, de 13 de Julio.

Las diferencias del supuesto fáctico enjuiciado por ambas SSTS son por tanto manifiestas, y justifica la distinta respuesta que el Alto Tribunal da en cada caso.

5.3. *Las diferencias jurídicas entre las SSTS*

Además de las evidentes diferencias fácticas existentes entre ambas SSTS, existen importantes diferencias jurídicas.

Cabe destacar en primer lugar la calificación jurídica que se atribuye a los contratos en los que se incluye la cláusula de renuncia, pues mientras que la STS nº 205/2018 califica el acuerdo como una transacción, la STS nº 137/2019 no se pronuncia expresamente al respecto, limitándose a declarar que no se trata de una condición general referida a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución.

Se trata de una cuestión relevante a los efectos de analizar la posible abusividad de la cláusula puesto que la «transacción» lleva intrínseca, por naturaleza, la renuncia de acciones (arts. 1.809, 1.815 y 1.816 CC) y, por tanto, la cláusula de renuncia es definitoria del objeto principal del contrato; lo cual impide analizar su abusividad sin antes acudir al control de transparencia material y de comprensibilidad real. Este es el razonamiento seguido por el Tribunal Supremo en su STS nº 205/2018, en la que declaró que para determinar si una transacción es válida debe analizarse su transparencia antes de valorar su posible abusividad.

Por su parte, la STS nº 137/2019 declara que la renuncia en sí misma no era «una condición general referida a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución» en el sentido del art. 4.2 Directiva 93/13/CEE, por lo que procedía entrar directamente a enjuiciar su posible abusividad de conformidad con el art. 82.1 TRLGDC.

En este orden de cosas, se ha de señalar que en el caso pendiente de resolución por el TJUE, el Abogado General sostiene en sus Conclusiones (asunto nº C-452/18) que la cláusula de renuncia «no puede considerarse en sí misma abusiva» ya que forma parte de la esencia misma de una transacción y, como «objeto principal del contrato», no puede estar sometida a una apreciación de su posible carácter abusivo (art. 4.2 Directiva 93/13/CEE). (párr. 66 a 68). No obstante, mantiene que deberá superar el imperativo control de transparencia previsto en el art. 5 de la Directiva (párr. 71).

Ello nos lleva a cuestionarnos si la renuncia al ejercicio de acciones realizada por un consumidor puede o no ser considerada objeto principal del contrato, y cuál es el control de validez aplicable en cada caso.

5.4. *Decisión del Tribunal Supremo*

En primer lugar, el Tribunal Supremo declara que la renuncia de acciones no infringe el art. 10 TRLGDCU porque no supone una «renuncia previa» a los

derechos que dicha norma reconoce a los consumidores y usuarios, dado que en el momento de la renuncia «*la situación de la que nacían las acciones a las que se renunciaba (...) ya se había producido y era conocida por las demandantes*» (esencialmente la situación de grave crisis de la entidad financiera emisora de los productos financieros).

El Alto Tribunal ya ha admitido en anteriores ocasiones la posibilidad de que los consumidores renuncien a los derechos que tienen reconocidos, por ejemplo, en la STS n° 647/2018, en la que enfatizó que era procedente condenar a la entidad demandada al pago de lo indebidamente satisfecho por el prestatario, por más que la actora no hubiese solicitado la devolución de cantidades, dado que «*la actora en ningún momento renunció a las consecuencias ex lege de la declaración de nulidad de las cláusulas en cuestión*».

De tal razonamiento se infiere que el consumidor es libre de renunciar a sus derechos, salvo que incurra en alguno de los supuestos de nulidad que seguidamente veremos, y que resumidamente son; (i) que se trate de una renuncia previa, prohibida por el art. 10 TRLDCU, o (ii) que incurra en abusividad por falta de transparencia o por contenido –en función de si afecta o no al objeto esencial del contrato. La cláusula también podría devenir ineficaz si el consumidor incurriese en un vicio del consentimiento (error), cuestión que la STS la comentada no trata pero que autores como Blázquez Martín (2019) ya han apuntado.

La STS n° 205/2018 expone varios argumentos a favor de la validez de las cláusulas de renuncia al ejercicio de acciones:

- (i) Se trata de una materia disponible. La imperatividad de las normas no impide la posibilidad de transigir siempre que el resultado de la transacción sea conforme con el ordenamiento jurídico.
- (ii) En ese mismo sentido se pronunció el Abogado General en el asunto Gavrilesco (C-627/15) respecto de un caso de allanamiento.
- (iii) El impulso a la solución extrajudicial en los conflictos con consumidores que supuso la Directiva 2013/11/CEE, que admite dicha renuncia, tuvo su reflejo en nuestro ordenamiento jurídico a través de la Ley 7/2017.
- (iv) La Excma. Sala Primera ha homologado de hecho numerosos acuerdos transaccionales en materia de cláusulas abusivas (SSTS n° 801/2015 y n° 826/2016). Incluso en el ámbito de los seguros.
- (v) Además de otras normas, como la Ley 57/1968, en el caso concreto del RDL 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo, se ha admitido expresamente la posibilidad de que la entidad de crédito y el consumidor alcancen acuerdos transaccionales.
- (vi) Sobre la base del principio de la autonomía de la voluntad, la transacción es perfectamente válida en este ámbito del derecho de consumo, si bien

es cierto que dado el modo predispuesto de estas cláusulas es preciso comprobar, incluso de oficio, que se hayan cumplido las exigencias de la transparencia en la transacción.

(vii) El TJUE así lo estima también, señalando que el juicio de transparencia ha de realizarse en cada caso atendiendo a las circunstancias concurrentes.

En idéntico sentido, el Abogado General diferencia en sus conclusiones entre la «*renuncia previa*» –cuya procedencia rechaza– de la «*renuncia posterior*» –cuya validez admite–, y declara que un consumidor no puede en ningún caso «*renunciar con antelación*», ya que tal renuncia «*previa*» no podría considerarse «*informada*» al haber sido efectuada antes de que surgiese la controversia. Por el contrario, si existe una controversia entre las partes en relación con algún extremo de la relación contractual, el consumidor estará en disposición de entender la importancia de la protección que le brinda la Directiva y el alcance de la renuncia, por lo que podrá «*renunciar posteriormente*», siempre que lo haga de manera libre e informada (párr. 36 a 38).

La lógica de la Directiva 2013/11/UE, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo, podría extenderse en este sentido a los acuerdos amistosos entre profesionales y consumidores que no se hayan celebrado en el marco de un procedimiento de resolución alternativa de litigios. Tal y como el Abogado General argumentó en sus Conclusiones, los compromisos alcanzados por un consumidor y un profesional que deciden recurrir a –por ejemplo– una mediación para resolver una controversia «*tiene consecuencias jurídicas para el consumidor*», sin que el legislador de la Unión le haya reservado el derecho a solicitar al juez que examine ulteriormente esa controversia, objeto de transacción (párr. 43).

En este sentido, la STJUE de 3 de octubre de 2019 (asunto C-260/18) ha reiterado que «*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. Por consiguiente, cuando el consumidor prefiera no valerse de este sistema de protección, el mismo no se aplicará*». Con ello reitera lo ya plasmado en la en las SSTUE Banif Plus Bank, C-472/11 de 21 de febrero de 2013; Pannon GSM, C-243/08 de 4 de junio de 2009; y Banco Español de Crédito, C-618/10 de 14 de junio de 2012.

También el Abogado General recoge esta doctrina en sus Conclusiones reiterando que el sistema de protección de la Directiva no llega hasta el extremo de ser obligatorio, de modo que «*el derecho a una protección efectiva del consumidor comprende la facultad de renunciar a hacer valer sus derechos*» (párr. 33).

Compartimos que lo que la Directiva 93/13/CEE establece son garantías para asegurar que la transacción sea «*fruto del consentimiento libre e informado*», de forma que lo que pretende evitar es que el consumidor asuma consecuencias cuyo alcance desconoce o no alcanza a comprender cabalmente. Sensu contrario, cuando el consumidor es consciente de las consecuencias jurídicas

que acarrea para él la eventual renuncia, ésta es compatible con la Directiva, pues como dice Dávalos Alarcón (2019), es el propio consumidor quien entiende si la nulidad del contrato opera en su perjuicio, por lo que deberá respetarse su voluntad.

En consecuencia, lo que resulta evidente es que la renuncia al ejercicio de acciones –las futuras o incluso las ya entabladas– por parte de los consumidores no es abusiva *per se*, sino que, por el contrario, es admisible en derecho, nacional y comunitario, si bien su validez está sujeta a revisión, señaladamente respecto de la transparencia y la eventual abusividad del acuerdo en el que se contenga, valorando al efecto las circunstancias fácticas y jurídicas concurrentes en cada caso.

5.5. *Criterios determinantes del carácter transparente y no abusivo de la renuncia de acciones por los consumidores*

Del análisis de las dos Sentencias analizadas se desprenden una serie de notas comunes que permiten establecer criterios homogéneos para determinar si una cláusula de renuncia al ejercicio de acciones legales por parte de un consumidor pudiera considerarse nula por adolecer de falta de transparencia o, en su caso, ser abusiva.

a) Control de transparencia

A nuestro juicio, cuando la renuncia de acciones se refiera al objeto principal del contrato y haga referencia a éste o a la adecuación entre precio y retribución, deberá acudir al control de transparencia puesto que, por definición, la renuncia se refiere al objeto principal del contrato, sin que quepa entrar a valorar su abusividad directamente.

El art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE ha sido interpretado por el TJUE en el sentido de que un consumidor podrá renunciar a hacer valer sus derechos siempre que preste un «consentimiento libre e informado a dicha cláusula» (por todas, véanse las SSTJUE de 21 de febrero de 2013 (asunto C-472/11) y 14 de abril de 2016 (asunto C-381/14)). Por tanto, la renuncia puede ser válida, siempre que sea debidamente «informada».

En cuanto al grado de la información requerida, el TJUE exige que el consumidor reciba información suficiente sobre las condiciones contractuales antes de contratar para valorar, con «criterios precisos y comprensibles», las consecuencias económicas de la cláusula. Véanse las SSTJUE de 30 de abril de 2014 (asunto C26/13), 26 de febrero de 2015 (C-143/13), 23 de abril de 2015 (asunto C96/14) y 20 de septiembre de 2017 (asunto C-186/16). Y ha matizado que éste puede variar en función de las circunstancias propias del caso y de los productos o servicios de que se trate. En este sentido, SSTJUE de 21 de marzo de 2013 (asunto C-92/11), 9 de julio de 2015 (asunto C348/14) y 20 de septiembre de 2017 (asunto C-186/16).

En términos generales, la STS nº 241/2013, de 9 de mayo de 2013, dejó sentado en relación con el control de transparencia, que éste tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la «carga económica» que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la «carga jurídica» del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo.

Interpretando el art. 4.2 de la Directiva en relación con la citada jurisprudencia alcanzamos la conclusión de que la cláusula de renuncia al ejercicio de derechos será transparente siempre y cuando se pueda concluir que el prestatario conozca, antes de celebrar el acuerdo (i) la «carga jurídica» de la cláusula, esto es, los concretos derechos a los que renuncia a reclamar, y (ii) la «carga económica» o el «sacrificio patrimonial» que implica la renuncia, es decir, la cuantía exacta a la que estaría renunciando.

Esta conclusión no es pacífica, pues parte de la doctrina, como Marín López (2019, pg. 69), considera que una solución como la dada en la STS 205/2018, de 11 de abril, podría ser contraria al art. 4.2 de la Directiva 93/13/CE y a la jurisprudencia del TJUE dado que en el momento de la renuncia se requiere que se conozcan las posibles vías que pudiere asistir al consumidor en Derecho, a las que renuncia conscientemente, y el concreto importe económico que acepta no reclamar.

De hecho, en esa propia STS 205/2018 se recoge un voto particular discrepante al entender que los consumidores no otorgaron un consentimiento «libre e informado», pues no fueron conscientes «de la trascendencia y de la carga jurídica y económica que para los consumidores reporta la cláusula de renuncia de acciones».

b) Control de abusividad o de contenido (art. 3.1 y Anexo 1.q de la Directiva 93/13/CEE)

La cláusula de renuncia de acciones está *también* sometida al control de abusividad previsto en el art. 3.1 de la Directiva 93/13/CEE, pues la falta de transparencia no convierte a la cláusula automáticamente en abusiva.

El Anexo de la Directiva contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas (art. 3.3 de la Directiva 93/13/CEE). Concretamente la letra q) se refiere a aquellas cláusulas que pretendan «suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor». Las cláusulas que figuran en dicho anexo no deben necesariamente considerarse abusivas (STJUE de 7 de mayo de 2002, asunto C-478/99), sino que deben causar, pese a las exigencias de la buena fe, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato en detrimento del consumidor (art. 3.1 de la Directiva).

En España, esta previsión ha sido incorporada a nuestro ordenamiento en el art. 86.7 del TRLGDCU, que dispone que serán abusivas «*en cualquier caso*» las cláusulas que pretendan «*la imposición de (...) renuncia*» o la «*limitación de los derechos del consumidor y usuario*».

En relación con este último precepto, en el anteriormente citado voto particular se estima que las normas imperativas de protección de los consumidores impiden que la entidad bancaria pueda recurrir a la figura de la transacción con inclusión de una renuncia de acciones para dejar sin efecto el derecho básico a que las cláusulas predispuestas queden sujetas al control de transparencia y puedan ser declaradas abusivas y, por tanto, nulas de pleno derecho (art. 10 en relación con el art. 86.7 TRLGDCU).

Es más, se considera que la renuncia de acciones vulnera el derecho de los consumidores a la tutela judicial efectiva de los consumidores (art. 24 CE), concretamente al control judicial de oficio de las cláusulas suelo y de las posteriores renunciaciones predispuestas por el profesional.

En esencia, se concluye que la abusividad de la cláusula suelo originaria se extiende al acuerdo posterior por el que se rebajó el mínimo a cambio de renunciar a accionar su nulidad.

Parte de la doctrina también se ha posicionado en contra de la validez de la cláusula de renuncia al ejercicio de acciones respecto a una cláusula potencialmente abusiva bajo el entendimiento de que vulnera los derechos básicos de los consumidores y usuarios (art. 8 b) y f) LGDCU), que, además, consideran derechos irrenunciables (art. 10 LGDCU). Al respecto, González-Orús Charro (2018) considera que la renuncia a ejercitar acciones es una práctica que resulta incompatible con la legislación de consumo, y debe regir el principio de propagación de efectos, según el cual, la nulidad de una cláusula se extiende a todas las consecuencias que de ella se deriven, incluidos los actos posteriores (por ejemplo, la eventual renuncia).

Este sector doctrinal señala que la cláusula de renuncia de acciones también vulnera el art. 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea («CEDH»), pues dispone que «*toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva*», y la STJUE de 20 de septiembre de 2011 (asunto C-8/05) resuelve que el derecho a la tutela judicial efectiva, en el sentido del art. 47.1 CEDH, no queda confinado a la protección de los derechos fundamentales, sino que abarca también la protección de todos los derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión –como, por ejemplo, los derechos de los consumidores– (Marín López, 2019, pg. 69).

Nuestra opinión es que el citado art. 47 garantiza al consumidor la facultad efectiva de ejercitar por la vía judicial los derechos que le confiere la Directiva 93/13, pero no tiene por objeto forzar al consumidor a ejercer dicha facultad cuando decide renunciar a ella de manera consciente y voluntaria.

Es evidente que uno de los mecanismos fundamentales de protección de los derechos de los consumidores es la autonomía de que disponen para

confirmar, novar, modular o extinguir una cláusula. Restringir o cuestionar el poder de disposición que los consumidores ostentan sobre cláusulas potencialmente abusivas supondría lo contrario a salvaguardar sus derechos. Como sostiene Blázquez Martín (2019), una cosa es que la norma ampare los derechos del consumidor y otra diferente que no puedan modularse motu proprio por el principio dispositivo.

5.6. *El esperado pronunciamiento del TJUE sobre la validez de la renuncia al ejercicio de acciones*

Son varios los juzgados que han formulado cuestiones prejudiciales para que el TJUE se pronuncie sobre la validez de la renuncia de acciones. Concretamente, (i) el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Teruel, mediante Auto de 26 de junio de 2018 (asunto C-452/18); (ii) el Juzgado de Primera Instancia nº 3 bis de Albacete, mediante Auto de 2 de octubre de 2018 (asunto C-617/18), archivado por desistimiento; y (iii) la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza, mediante Auto de 12 de diciembre de 2018 (asunto C-268/19).

En síntesis, en estas cuestiones prejudiciales se cuestiona la compatibilidad de los acuerdos transaccionales entre un consumidor y una entidad bancaria en virtud de una cláusula potencialmente abusiva con renuncia al ejercicio de acciones judiciales con la Directiva 93/13/CEE.

A nuestro juicio, una cosa es que la protección de los consumidores, y concretamente el principio de no vinculación, sea una norma imperativa de orden público que impide que las cláusulas abusivas vinculen a los consumidores (art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE), y otra bien distinta que éstos no puedan renunciar voluntariamente a ciertos derechos en pro de otros beneficios que les resulten más favorables. Las conclusiones alcanzadas por el Abogado General en este asunto C-452/18 esclarecen estos interrogantes.

El Abogado General entiende que la Directiva 93/13/CEE no prohíbe que un profesional y un consumidor celebren un contrato que contenga una cláusula de renuncia del consumidor siempre que medie un consentimiento libre e informado. Razona que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha declarado de manera reiterada que «*el consumidor puede renunciar a invocar el carácter abusivo de una cláusula contractual*» (párr. 31).

Cuestión distinta es la exigencia de que la transacción debe cumplir los imperativos requisitos de transparencia, equilibrio y buena fe que se derivan de la Directiva 93/13. Y en este sentido coincidimos que el control judicial para proteger al consumidor frente a potenciales abusos ha de consistir en comprobar si las cláusulas han sido negociadas individualmente o impuestas, y, en este último caso, si se han cumplido los mencionados requisitos.

En cuanto a la superación del control de transparencia, el Abogado General estima que un consumidor medio comprende las consecuencias jurídicas y económicas de la renuncia a impugnar la validez de una cláusula preexistente

si en el momento en que celebra dicho contrato es consciente (i) del posible vicio que afecta a la cláusula preexistente, (ii) de los derechos que podría hacer valer en virtud de la referida Directiva a este respecto, (iii) del hecho de que es libre de firmar dicho contrato o bien negarse a ello y recurrir a la vía judicial, y (iv) de que una vez convenida dicha cláusula ya no podrá hacerlo (párr. 74). También estima pertinente valorar si el consumidor dispuso de un plazo de reflexión razonable antes de comunicar su decisión (párr. 77).

Lo cual coincide, en esencia, con los argumentos recogidos en las SSTs nº 137/2019 y 205/2018, pues como se ha explicado en ellas el Tribunal Supremo llega a conclusiones compatibles, que se justifican según su propia argumentación sobre la base de las diferencias fácticas y jurídicas de cada supuesto.

En este orden de cosas, se ha de señalar que el Abogado General ha emitido opinión sobre la decisión de la STS nº 205/2018 al considerar que el caso que constituía su objeto la renuncia del consumidor adoleció de falta de transparencia porque el contexto temporal, la notoriedad jurisprudencial de la STS nº 142/2013, y la expresión manuscrita (presupuestos en los que basó el Alto Tribunal su decisión) no resultaban suficientes –a su juicio– para entender que el consumidor comprendió las consecuencias de la renuncia (párr. 75 a 80).

Habrà que estar por tanto a lo que resuelva la Sentencia del TJUE para determinar un criterio definitivo en esta materia tan controvertida.

5.7. Conclusiones

I. La STS nº 137/2019 declara abusiva la renuncia de acciones impuesta a un consumidor cuando, bajo el riesgo a sufrir una importante pérdida patrimonial, se ve conminado a aceptarla en un breve periodo de tiempo y sometida a *condiciones imprecisas* y a una contraprestación incierta.

II. El Tribunal Supremo matiza que en circunstancias distintas la solución puede ser diferente, como sucedió en el caso de la STS nº 205/2018, en el que se confirió validez a una renuncia de acciones contenida en un acuerdo transaccional relativo a una cláusula suelo.

III. De las consideraciones que se realizaron en dicha STS nº 205/2018 y en las conclusiones del Abogado General en el asunto C-452/18, así como de la propia STS nº 137/2019 a sensu contrario, se colige como principio que la renuncia de acciones por los consumidores es válida siempre que sea fruto de un consentimiento libre y informado de éstos. No es abusiva per se.

IV. La facultad de renunciar a ejercer los derechos no es contraria a la tutela judicial efectiva consagrada en el art. 24 CE, y ha de considerarse acorde con el derecho a una protección efectiva del consumidor recogido en la Directiva 93/13/CEE.

V. La renuncia al ejercicio de acciones judiciales a cambio de concesiones recíprocas es el «objeto principal» de una transacción, es decir, el elemento fundamental de la autonomía contractual.

VI. Por lo tanto, la renuncia al ejercicio de acciones por parte del consumidor resulta admisible y válida siempre que supere el control de transparencia (en caso de que forme parte del objeto principal del contrato en el que esté inserta) y, en su defecto, tanto de éste como del control de abusividad, esto es, que se constate que las circunstancias en que se hubiera producido la renuncia no generen un desequilibrio en perjuicio del consumidor (a cuyos efectos se valorará, entre otras, si el consumidor dispuso de un plazo de reflexión razonable antes de comunicar su decisión).

VII. Los criterios sentados por el Tribunal Supremo hasta la fecha en relación con esta cuestión están siendo objeto de revisión en las cuestiones prejudiciales elevadas en el asunto C-452/18, por lo que habrá que estar a lo que resuelva el TJUE al respecto.

6. Bibliografía

- Blázquez Martín, «*Los principios de congruencia y preclusión procesal tras la Sentencia OTP Bank (STJUE de 20 de septiembre de 2018, C-51/17)*», Revista de Consumo y Empresa, núm. 10 de mayo de 2019.
- Dávalos Alarcón, «*Valoración de la Sentencia Tribunal Supremo 463/19, de 11 de septiembre, ¿integración a favor del consumidor?*», Revista Jurídica sobre Consumidores y Usuarios, Núm. Especial. STS de 11 de septiembre de 2019 sobre vencimiento anticipado de los préstamos hipotecarios, octubre 2019.
- del Olmo, «*¿Para qué querría el consumidor renunciar a ejercitar acciones judiciales?*», ed. Sepin, 13 de febrero de 2020, consultado en <https://blog.sepin.es/2020/02/renuncia-consumidor-ejercicio-acciones-judiciales/>
- Marín López, «*El acuerdo novatorio sobre la cláusula suelo del préstamo hipotecario: Un análisis desde la Directiva 93/13/CE de cláusulas abusivas*», ed. Reus, 1 de enero de 2020
- Martín González-Orús Charro, «*estudio jurisprudencial sobre las cláusulas-suelo en los contratos de préstamo con garantía hipotecaria*», Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil num.8/2018, Doctrina, Editorial Aranzadi, 2018
- Muñoz García, «*Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2018 (205/2018) ¿Novación o contrato de transacción? Solución a la posible falta de transparencia en la cláusula suelo*», en *Comentarios a las Sentencias de Unificación de la Doctrina Civil y Mercantil* (dir. Yzquierdo Tolsada), ed. Dykinson, Madrid, 2018, pgs. 73 y ss. (consultad edición digital en https://www.boe.es/biblioteca_juridica/comentarios_sentencias_unificacion_doctrina_civil_y_mercantil/abrir_pdf.php?id=COM-D-2018-4_Comentarios_a_las_Sentencias_de_Unificacion_de_Doctrina__Civil_y_Mercantil__%C2%BFNovaci%C3%B3n_o_contrato_de_transacci%C3%B3n?_Soluci%C3%B3n_a_la_posible_falta_de_transparencia_en_la_cl%C3%A1usula_suelo)

