



Roj: **STS 1238/2018 - ECLI:ES:TS:2018:1238**

Id Cendoj: **28079119912018100010**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **11/04/2018**

Nº de Recurso: **751/2017**

Nº de Resolución: **205/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP Z 2079/2016,**
STS 1238/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

PLENO

Sentencia núm. 205/2018

Fecha de sentencia: 11/04/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 751/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 28/02/2018

Voto Particular

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Procedencia: AUD. PROVINCIAL DE ZARAGOZA

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

Transcrito por: RSJ

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 751/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

PLENO

Sentencia núm. 205/2018

Excmos. Sres. y Excma. Sra.



D. Francisco Marín Castán, presidente

D. José Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

D.ª M. Ángeles Parra Lucán

En Madrid, a 11 de abril de 2018.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación interpuestos respecto la sentencia dictada en apelación por la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 12 de Zaragoza. Los recursos fueron interpuestos por la entidad Ibercaja Banco S.A., representada por el procurador Juan Manuel Andrés Alamán y bajo la asistencia letrada de Jesús Nieto Avellaned. Es parte recurrida Carolina y Marcial, representados por la procuradora Susana Hernández Hernández y bajo la dirección letrada de Javier de la Torre García.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. *Tramitación en primera instancia*

1. La procuradora Susana Hernández Hernández, en nombre y representación de Carolina y Marcial, interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 12 de Zaragoza, contra la entidad Ibercaja SAU, para que se dictase sentencia:

«en la que se declare la nulidad del instrumento de cobertura de tipos de interés, insertados en las escrituras otorgadas ante el Notario D. José María Badia Gasco, en fecha de 11 de septiembre de 2007, nº de protocolo 3787 y 3788, y su posterior rebaja al 2,25% mediante documentos privado.

»Y se condene a la entidad demandada a restituir a los demandantes la cantidad que se determine en ejecución de sentencia con arreglo a las siguientes bases; la suma, a partir del 9 de mayo de 2013, de las diferencias entre la cantidad liquidada por la entidad financiera efectivamente abonada por el prestatario en cada periodo mensual de amortización y la cantidad que debería haber pagado en dichos periodos mensuales sin tener en cuenta los instrumentos de cobertura de tipos de interés declarados nulos y la posterior rebaja en documento privado, más los intereses legales desde la interpelación judicial, de conformidad con el resto de **cláusulas** financieras del contrato.

»Todo ello, con imposición de las costas generadas a la parte demandada».

2. El procurador Juan Manuel Andrés Alamán, en representación de la entidad Ibercaja Banco, S.A., contestó a la demanda para que se dictase sentencia:

«formulada por la parte actora, resuelva desestimarla, con expresa imposición de costas a dicha parte actora»

3. El Juzgado de Primera Instancia núm. 12 de Zaragoza, dictó sentencia con fecha 14 de julio de 2016 cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo: Que estimando la demanda presentada por la Procuradora Sr. Hernández Hernández:

»1º.- Se declara la nulidad de los instrumentos de cobertura de tipos de interés, conocidos como **cláusula** suelo, insertados en las escrituras otorgadas ante el Notario D. José María Badia Gasco, en fecha 11 de septiembre de 2007, núms. de protocolo 3786 y 3767 y su posterior rebaja al 2,25% mediante documento privado.

»2º.- Se condena a la entidad demandada a restituir a los demandantes la cantidad que se determine en ejecución de sentencia con arreglo a las siguientes bases: la suma, a partir del 9 de mayo de 2013, de las diferencias entre la cantidad liquidada por la entidad financiera efectivamente abonada por el prestatario en cada periodo mensual de amortización y la cantidad que debería haber pagado en dichos periodos mensuales



sin tener en cuenta los instrumentos de cobertura de tipos de interés declarados nulos y la posterior rebaja en documento privado, más los intereses legales desde la interpelación judicial, de conformidad con el resto de **cláusulas** financieras del contrato.

»3º.- Se condene a la entidad demandada al pago de las costas causadas en este procedimiento».

SEGUNDO. *Tramitación en segunda instancia*

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la entidad Ibercaja Banco S.A.U.
2. La resolución de este recurso correspondió a la sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza, mediante sentencia de 13 de diciembre de 2016 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo: Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la legal representación de "Ibercaja S.A.U.", debemos confirmar la sentencia apelada. Con condena en costas a la parte apelante. Dése al depósito el destino legal».

TERCERO. *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación*

1. El procurador Juan Manuel Andrés Alamán, en representación de la entidad Ibercaja Banco S.A., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 5.ª

El motivo del recurso extraordinario por infracción procesal fue:

«1º) Infracción de los arts. 216 y 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ».

Los motivos del recurso de casación:

«1º) Infracción del art. 326 LEC , en relación con los arts. 1225 a 1230 del Código Civil .

»2º) Infracción del principio de libertad contractual, y la regulación de la transacción prevista en los arts. 1809 a 1819 del Código Civil que otorga para las partes a lo transigido la autoridad de cosa juzgada (art. 1816 CC).

»3º) Infracción del art. 6 del Código Civil .

»4º) Infracción de los arts. 1309 y 1313 del Código Civil .

»5º) Infracción del art. 1 de la Ley 7/1988 de 18 de abril sobre Condiciones Generales de Contratación , art. 3.2 de la Directiva 93/13 CEE y art. 82.1 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre».

2. Por diligencia de ordenación de 31 de enero de 2017, la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 5.ª, tuvo por interpuestos el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación mencionados, y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo con emplazamiento de las partes para comparecer por término de treinta días.

3. Recibidas las actuaciones en esta sala, comparecen como parte recurrente la entidad Ibercaja Banco S.A., representada por el procurador Juan Manuel Andrés Alamán; y como parte recurrida Carolina y Marcial , representados por la procuradora Susana Hernández Hernández.

4. Esta sala dictó auto de fecha 18 de octubre de 2017 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por la representación procesal de Ibercaja Banco, S.A. contra la sentencia dictada, el día 13 de diciembre de 2016, por la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 15.ª), en el rollo de apelación n.º 479/2016 , dimanante del juicio ordinario n.º 367/2016, del Juzgado de Primera Instancia n.º 12 de Zaragoza».

5. Dado traslado, la representación procesal de Carolina y Marcial , presentó escrito de oposición a los recursos formulados de contrario.

6. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 18 de enero de 2018. Por providencia de esta misma fecha se acordó suspender el anterior señalamiento y someter el presente recurso al conocimiento del Pleno de la sala, señalándose votación y fallo para el día 28 de febrero de 2018, en la que no participó el magistrado D. Eduardo Baena Ruiz, al tener concedida licencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. *Resumen de antecedentes*

1. Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia.

El 11 de septiembre de 2007, Carolina y Marcial compraron a la promotora Promociones Aragonesas Constructivas, S.L. una vivienda sita en Alagón, en la CALLE000 NUM000 - NUM001 , NUM002 NUM003 y se subrogaron en el préstamo hipotecario que había sido concedido por Ibercaja el 4 de abril de 2006 (escritura núm. 3.786).

Ese mismo día 11 de septiembre de 2007 Carolina y Marcial , por una parte, y Caja de Ahorros de la Inmaculada (CAI) que en la actualidad es Ibercaja Banco, S.A., por otro, otorgaron otras dos escrituras públicas, la núm. 3.787 y la núm. 3.788.

En la primera (núm. 3.787) se novaba y ampliaba el préstamo hipotecario. Se pactaba un tipo de interés del 5,20% para el primer año, y posteriormente un tipo variable, referido al Euribor más un diferencial del 0,50%. En la página 19 de la escritura, bajo la rúbrica "instrumento de cobertura de tipos de interés", se establecía un límite inferior a la variabilidad del interés de 4,25% y un límite superior de 9,50%.

En la segunda (núm. 3.788) se otorgaba otro préstamo para financiar la vivienda de 40.584 euros. Se pactaba un tipo de interés del 5,50% para el primer año, y posteriormente un tipo variable, referido al Euribor más un diferencial del 0,70%. En la página 15 de la escritura, bajo la rúbrica "instrumento de cobertura de tipos de interés", se establecían un límite inferior a la variabilidad del interés de 4,50% y un límite superior de 9,75%.

El 28 de enero de 2014, después de que esta Sala Primera hubiera dictado su sentencia 241/2013, de 9 de mayo , Caja 3 (sucesora de CAI) concertó con Carolina y Marcial sendos contratos privados que modificaban los contratos documentados en las escrituras núms. 3.787 y 3.788.

En ambos casos en la primera estipulación se incluyó la siguiente **cláusula**:

«PRIMERO.- Con efecto desde la próxima cuota de préstamo pactada y para toda la vida del préstamo, el tipo mínimo aplicable de interés será el 2,25%, en sustitución del convenido inicialmente.

»En consecuencia, si el tipo de interés aplicable en cada momento, calculado en la forma estipulada en la escritura de préstamo reseñada, fuera inferior al tipo mínimo del 2,25%, ahora convenido, se aplicará de forma preferente este último».

Y la estipulación tercera es del 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».

En ambos documentos, que tienen dos hojas escritas en el anverso, se contiene la transcripción a mano por ambos prestatarios, junto con su firma, del siguiente texto:

«Soy consciente y entiendo que el tipo de interés de mi préstamo nunca bajará del 2,25% nominal anual».

2. Carolina y Marcial presentaron una demanda en la que pidieron la nulidad de los reseñados instrumentos de cobertura de tipos de interés (**cláusulas** suelo-techo) incorporadas en las escrituras públicas núms. 3.787 y 3.788, autorizadas por los demandantes y la entidad financiera demandada (Caja 3, que sucedió a CAI) el 11 de septiembre de 2007, así como su posterior rebaja al 2,25% mediante documento privado. La nulidad se fundaba en la falta de transparencia de ambas **cláusulas**. Además se pidió la restitución de las cantidades indebidamente cobradas en aplicación de esa **cláusula** desde el 9 de mayo de 2013.

3. El juzgado de primera instancia estimó la demanda, al apreciar la falta de transparencia. Reseñó la doctrina establecida por esta Sala Primera del Tribunal Supremo en su sentencia 241/2013, de 9 de mayo , y razonó lo siguiente:

«Aplicando la doctrina del Tribunal Supremo al caso que nos ocupa debemos comenzar señalando que la **cláusula** suelo no supera el standard de claridad exigido ya que falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato. Por otro lado, no existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar ni consta 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. Procede, en consecuencia, declarar la nulidad de la **cláusula**».

El juzgado declaró la nulidad de la **cláusula** y conforme a lo solicitado condenó a la entidad bancaria a devolver lo que hubiera cobrado de más en aplicación de la **cláusula** declarada nula, a partir del 9 de mayo de 2013.



4. Recurrída la sentencia de primera instancia en apelación, la Audiencia desestima el recurso. Confirma la nulidad de las dos **cláusulas** suelo iniciales, las de los contratos de 11 de septiembre de 2007, y argumenta con mayor detenimiento por qué también son ineficaces la reducción de las **cláusulas** suelo al 2,25% y la renuncia al ejercicio de las eventuales acciones de nulidad. Al respecto la sentencia de apelación concluye «la imposibilidad de convalidar la **cláusula** nula mediante su sustitución por otra que sea más favorable a los intereses del consumidor incluso aunque contenga una renuncia a la acción de nulidad que pudiera corresponderle».

5. Frente a la sentencia de apelación, Ibercaja interpone recurso extraordinario por infracción procesal, sobre la base de un único motivo, y recurso de casación, que se articula en cinco motivos.

SEGUNDO. Recurso extraordinario por infracción procesal

1. *Formulación del motivo* . El motivo se formula al amparo del ordinal 4º del art. 469.1 LEC , con el siguiente tenor literal:

«Infracción de los artículos 216 y 218 de la LECiv que regulan el principio de justicia rogada y la motivación, exhaustividad y congruencia de las sentencias. Alegamos la infracción de los citados artículos con base a la concurrencia de las resoluciones de error en la valoración de la prueba, al amparo del art. 469.1.4º».

A continuación se transcribe una parte del auto del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 2015 , para añadir lo siguiente:

«Y, como señala el propio TS, la valoración probatoria puede tener acceso a la casación con carácter excepcional, si se ha producido un error patente o arbitrariedad, que debemos entender comprende la omisión de la valoración de una prueba fundamental, como es la declaración de los actores reconociendo en el documento de enero de 2014, de forma clara y expresa, que conocieron no sólo en 2014, sino ya al inicio cuando se subrogaron en un préstamo y contrataron el otro, la existencia de la **cláusula** limitativa a la variabilidad de los tipos de interés y comprendieron su alcance económico».

Después, el recurso se limita a transcribir una sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, para justificar que se puede probar que el consumidor fue informado por cualquier medio de prueba.

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

2. *Desestimación del motivo* . El motivo debe desestimarse porque está mal formulado. Denuncia la infracción de los artículos 216 y 218 LEC y expresamente menciona «el principio de justicia rogada y la motivación, exhaustividad y congruencia de las sentencias». Se trata de cuatro cuestiones heterogéneas, como si se hubieran infringido las cuatro, sin que, por otra parte, se explique nada acerca de cómo se habría realizada en cada caso la infracción. Esta confusión se agranda cuando se mezcla esta infracción con un supuesto error en la valoración de la prueba, que nada tiene que ver con lo anterior, sino que responde a un motivo propio y distinto, que además de tener que ir referido a la acreditación de un hecho y no a una conclusión jurídica, tendría que haberse explicado con un mínimo de detalle, y no se ha hecho.

TERCERO. Recurso de casación

1. *Formulación del motivo primero* . El motivo denuncia «la infracción de los artículos 326 LEC (en relación con los arts. 1225 y 1227 a 1230 del Código Civil) que recoge el valor probatorio de los documentos privados».

En el desarrollo del motivo denuncia que al contestar a la demanda aportó los dos documentos privados, fechados el día 28 de enero de 2014, en los que se instrumentó la novación de las escrituras públicas, en lo que respecta a las **cláusulas** suelo, y su autenticidad no fue negada. Según el recurrente estos documentos tienen gran relevancia porque suponen el reconocimiento de los actores de que en su día conocieron la limitación de variabilidad del interés, comprendiendo además sus consecuencias económicas. Esto es, a juicio del recurrente, dichos documentos acreditan que se cumplió con el requisito de transparencia. Sin embargo, esta prueba documental no fue valorada por los tribunales de instancia.

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

2. *Desestimación del motivo primero* . Procede desestimar el motivo porque en su formulación se denuncia la infracción de un precepto procesal, el art. 326 LEC , que se refiere a que los documentos privados harán prueba plena en el proceso, y este tipo de infracciones procesales no tienen cabida en casación.

Además, lo que se denuncia en el desarrollo del motivo es que a estos documentos privados no se haya dado la valoración jurídica que el recurrente pretendía, lo que no guarda relación con la denunciada infracción del art. 326 LEC , y sí con lo que es objeto de los siguientes motivos de casación.



3. *Formulación del motivo segundo* . El motivo denuncia la «infracción del principio de libertad contractual y la regulación de la transacción prevista en los arts. 1809 y 1819 del mismo Código Civil que otorga para las partes a lo transigido la autoridad de cosa juzgada (art. 1816 CC)».

En el desarrollo del motivo se razona que la sentencia recurrida incurre en esta infracción, al pasar por alto los efectos de la transacción y la renuncia de acciones que contiene sin hacer mención alguna a la misma.

Procede estimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

4. *Estimación del motivo segundo* . Los dos contratos privados de 28 de enero de 2014, al margen de su denominación (contrato de novación modificativa del préstamo...), en lo que ahora interesa contienen dos estipulaciones relevantes: se pacta que a partir de entonces y para el resto del contrato el tipo de interés mínimo aplicable será el 2,25%; las partes declaran que ratifican la validez de los dos préstamos originarios y los prestatarios renuncian a ejercitar cualquier acción que traiga causa en su formalización y clausulado, «así como por las liquidaciones y pagos realizados hasta la fecha».

Propiamente, ambos contratos no son novaciones sino transacciones, en la medida en que se conciertan en un momento en que existía una situación de incertidumbre acerca de la validez de las **cláusulas** suelo incorporadas a los dos contratos originales, después de que se hubieran dictado la sentencia 241/2013, de 9 de mayo , y los posteriores autos aclaratorio y denegatorio de nulidad de actuaciones, y en ellos se advierte la causa propia de la transacción, evitar una controversia judicial sobre la validez de estas dos concretas **cláusulas** y sus efectos. Conviene no perder de vista que la sentencia 241/2013, de 9 de mayo , expresamente refiere 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. El efecto mediático de aquella sentencia y sus consecuencias en la litigiosidad posterior explica la reseñada situación de incertidumbre y el *animus* de evitar el pleito, circunstancias que caracterizan la transacción y permiten diferenciarla de la mera novación.

De tal forma que, por lo expuesto, ambos contratos autodenominados «novación modificativa», en atención a su contenido y la causa que subyace a los mismos, merecen la consideración de transacciones y no de meras novaciones obligacionales, sin perjuicio de que, como parte de las concesiones recíprocas de las partes al transigir, se modifique el límite a la variabilidad del interés convenido (**cláusula** suelo). Esta distinción tiene gran relevancia en relación con el juicio sobre su validez.

5. Es cierto que en la sentencia 558/2017, de 16 de octubre , entendimos que el art. 1208 CC «determina la nulidad de la novación cuando también lo sea la obligación novada, salvo que la causa de nulidad solo pueda invocarla el deudor o que la ratificación convalide los actos nulos en su origen». Pero además de que esta no fue la razón principal de la decisión, tal afirmación requiere alguna matización, sobre todo cuando la novación forma parte de la transacción.

La sentencia 558/2017, de 16 de octubre , trataba de un caso en que con posterioridad a la firma del contrato de préstamo hipotecario para financiar la adquisición de una vivienda dentro de una promoción inmobiliaria, a instancia del prestatario adquirente de la vivienda, el banco había accedido a rebajar el límite inferior a la variabilidad del interés, para adecuarlo al de otros prestatarios adquirentes de viviendas de esa misma promoción.

En ese caso entendimos que la nulidad de la **cláusula** suelo, consecuencia de no cumplir las exigencias de transparencia, no quedaba convalidada por la posterior petición de los prestatarios de que se les redujera la **cláusula** suelo al nivel que tenían otros compradores de la misma promoción, «pues no constituye un acto inequívoco de la voluntad tácita de convalidación o confirmación del contrato, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda dicha situación confirmatoria». Y como razón adicional, añadimos que al tratarse de una nulidad absoluta, operaría la previsión del art. 1208 CC , que vedaría la novación modificativa de la **cláusula**.

Lo que distingue la sentencia 558/2017, de 16 de octubre , del presente caso es que en el caso objeto de aquella sentencia no se apreció la voluntad de realizar concesiones recíprocas para evitar el pleito, sino que la finalidad del acuerdo era equiparar el suelo al previsto para otros compradores de la misma promoción.

De tal forma que lo expuesto en aquella sentencia no impide que pueda admitirse una transacción, aunque la obligación preexistente sobre la que existe controversia pudiera ser nula, circunstancia que sólo podría determinarse si se declarase judicialmente la falta de transparencia. Eso sí, siempre y cuando la nueva relación jurídica nacida de la transacción no contravenga la ley.

6. En el presente caso, la transacción, en principio, no contraviene la ley, pues nos encontramos ante una materia disponible. No deberíamos negar la posibilidad de que pudiera transigirse en los contratos con consumidores, máxime cuando existe una clara voluntad de favorecer la solución extrajudicial de conflictos



también en este ámbito. La imperatividad de las normas no impide la posibilidad de transigir, siempre que el resultado del acuerdo sea conforme al ordenamiento jurídico.

Al respecto, resultan muy ilustrativas las reflexiones contenidas en las conclusiones del Abogado General Sr. Nils Wahl de 14 de septiembre de 2017, en el asunto Gavrilesco (C- 627/15). El Tribunal de Justicia no llegó a pronunciarse porque la cuestión prejudicial fue retirada por el juez que la había formulado.

En estas conclusiones, aunque se refieren a un supuesto en que se produjo el allanamiento mientras estaba pendiente la resolución de la cuestión prejudicial, el Abogado General hace unas consideraciones sobre la disponibilidad y la autonomía de la voluntad, que podrían resultar de aplicación al presente caso:

«[...] a) Principios de autonomía privada y de buena administración de la justicia

»32. Para empezar, debe recordarse que las normas que permiten a los demandantes desistir o renunciar a todo o a parte del recurso en particular, en materia civil y mercantil son absolutamente cruciales para una buena administración de justicia. Estas normas son la expresión del principio de autonomía privada (también denominado en algunos ordenamientos jurídicos principio dispositivo): si un sujeto decide reivindicar sus derechos ante un juez, y en qué medida lo hace, depende, en última instancia, de su propia voluntad. (9)

»33. En efecto, en muchas jurisdicciones incluso en procedimientos ante los órganos jurisdiccionales de la Unión Europea (10) la facultad de desistir puede ejercerla unilateralmente el demandante, no pudiendo el demandado oponerse a ello. La obligación (o incluso la mera posibilidad) que incumbe a un órgano jurisdiccional de continuar el procedimiento cuando ya no está pendiente litigio alguno ante él quedaría privada de utilidad: no hay ninguna pretensión sobre la que deban pronunciarse los jueces. De hecho, sólo incrementaría el atraso judicial (un problema que comparten muchas instancias jurisdiccionales) y aumentaría el gasto público.

»34. Es más, una continuación «forzada» del procedimiento podría disuadir a las partes de llegar a acuerdos amistosos, ya sea judicial o extrajudicialmente, un objetivo que persiguen muchos ordenamientos jurídicos. (11) En este sentido, procede señalar que, con arreglo al artículo 147, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia , a menos que se indique lo contrario, «si, antes de que el Tribunal resuelva, las partes llegaran a un acuerdo sobre la solución que debe darse al litigio e informaran al Tribunal de que renuncian a toda pretensión, el Presidente ordenará el archivo del asunto haciéndolo constar en el Registro y decidirá sobre las costas con arreglo a lo dispuesto en el artículo 141, atendiendo, en su caso, a las propuestas formuladas al efecto por las partes».

»35. La interpretación del artículo 267 TFUE propuesta por el órgano jurisdiccional remitente no se compadece con los principios antes citados. [...]»

En este sentido, cabe advertir un claro impulso en el Derecho de la Unión Europea a la solución extrajudicial de estos conflictos, concretado a través de la reciente Directiva 2013/11/CEE sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo, que se ha incorporado en nuestro ordenamiento jurídico a través de la Ley 7/2017. El art. 2.1 de la Directiva 2013/11/CEE , se refiere a los procedimientos de resolución extrajudicial de litigios mediante la intervención de una entidad de resolución alternativa «que propone o impone una solución o que reúne a las partes con el fin de facilitar una solución amistosa», expresión que alude tanto al arbitraje como a la mediación. En cualquier caso, la directiva admite además que en los Estados miembros se articulen otras formas de resolución extrajudicial de conflictos en relación con los consumidores, siempre que se ofrezcan garantías suficientes para la protección y el adecuado respeto de sus derechos.

Es cierto que en la mediación las partes en conflicto llegan a un acuerdo haciendo concesiones recíprocas, con la diferencia respecto de la transacción de que interviene un tercero, el mediador, cuya función es restablecer la comunicación entre las partes y preservar el respeto a los principios que presiden la mediación, entre ellos la igualdad de partes, elemento que de manera natural nunca existe en una relación de consumo.

Pero el hecho de que en la mediación existan unas garantías que no se dan en la transacción, no determina que necesariamente la transacción esté vedada en el ámbito de consumo, al no existir norma que lo prohíba. Sin perjuicio de que la ausencia de estas garantías en la transacción derive en una revisión de la validez del acuerdo a la luz de las normas que regulan los contratos celebrados con consumidores para preservar así el debido respeto a sus derechos establecido en normas imperativas.

7. Esta interpretación se adecua al criterio seguido por esta sala en resoluciones anteriores que se refieren a la validez y eficacia de los acuerdos transaccionales alcanzados entre un empresario y un particular. Así por ejemplo, esta sala, estando pendiente la resolución de los recursos de casación en casos similares al presente en que estaba en cuestión una **cláusula** suelo, ha homologado las transacciones alcanzadas por las partes [autos de 8 de junio de 2016 (recurso núm. 826/2015) y 6 de julio de 2016 (recurso núm. 801/2015)].



Por su parte, en el ámbito del contrato de seguro, hemos venido admitiendo la validez del acuerdo extrajudicial por el que la aseguradora y el perjudicado convienen una determinada indemnización (sentencia 87/2015, de 4 de marzo):

«[...] En el caso enjuiciado, el documento suscrito entre el tercero-perjudicado y el asegurado-causante del daño de 8 de noviembre de 2006, no ofrece la menor duda de su carácter satisfactivo de todos los daños y perjuicios que le ocasionó el siniestro acaecido el 18 de agosto de 2006, habiendo otorgado el actor a favor del asegurado, saldo y finiquito de toda posible indemnización que pudiera resultar del siniestro, como de forma clara y terminante resulta del exponendo II del documento, y de la estipulación cuarta del mismo, según se ha dejado reproducido en el Fundamento de Derecho primero 1 anterior. [...]»

También en el ámbito de la Ley 57/1968 se ha considerado que el acuerdo entre los compradores y el promotor por el que se conviene la devolución de una parte del precio recibido a cuenta es una transacción válida, alcanzando incluso la rebaja en la devolución de las cantidades entregadas anticipadamente incluso al aval o seguro (sentencia de pleno 459/2017, de 18 de julio).

Por otra parte, el Real Decreto Ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de **cláusulas** suelo (convalidado por Acuerdo del Congreso de los Diputados de 31 de enero de 2017), admite la posibilidad de que la entidad de crédito y el consumidor alcancen un acuerdo sobre la cantidad que deba ser restituida por haberse aplicado indebidamente una **cláusula** suelo, lo que particularmente se refleja en el art. 3.3. Tal previsión es reflejo también de la validez de posibles acuerdos en este ámbito sin tener que abocar necesariamente en la judicialización de la controversia.

8. Como hemos recordado en otras ocasiones, por ejemplo en la sentencia 171/2017, de 9 de marzo :

«incluso en los contratos de adhesión con consumidores, rige la autonomía de la voluntad de los contratantes respecto del precio y la contraprestación, esto presupone la plena capacidad de elección entre las diferentes ofertas existentes en el mercado, para lo cual es preciso que el consumidor tenga un conocimiento cabal y completo del precio y de las condiciones de la contraprestación antes de la celebración del contrato. Como explica la doctrina, la regla de la irrelevancia del equilibrio económico del contrato sufre un cambio de perspectiva cuando esta parte del contrato no puede ser suficientemente conocida por el consumidor. En caso de que por un defecto de transparencia las **cláusulas** relativas al objeto principal del contrato no pudieran ser conocidas y valoradas antes de su celebración, faltaría la base para la exclusión del control de contenido, que es la existencia de consentimiento».

Además, la formación y prestación del consentimiento en la transacción no se produce como en cualquier otro contrato, pese a la remisión expresa del artículo 1817 al 1265, ambos del Código Civil , puesto que resulta patente la concurrencia de elementos singulares que las partes tienen en cuenta, como los costes del litigio, la incertidumbre del resultado de los medios de prueba o la incomodidad que produce cualquier litigio con independencia de su resultado.

Estas mismas consideraciones resultan de aplicación respecto de la transacción, cuando su objeto está predispuesto por el banco: acabar con la incertidumbre de si las **cláusulas** suelo introducidas en los dos contratos anteriores eran nulas por no pasar el control de transparencia, mediante la fijación de un suelo más bajo.

Partiendo de una situación de incertidumbre, controvertida, y para evitar un litigio, las partes convienen realizar concesiones recíprocas y alcanzar un acuerdo que convierta la incertidumbre en seguridad. Como recuerda la sentencia 751/2009, de 30 de noviembre , el acuerdo para eliminar la controversia y la reciprocidad de concesiones son los elementos fundamentales de la transacción, conforme al art. 1809 CC . En este caso, existía una **cláusula** suelo del 4,5% cuya validez podía ser cuestionada en vía judicial, de modo que si se constataba la falta de transparencia, sería declarada abusiva y, consecuentemente, nula, mientras que si se apreciaba la transparencia de la **cláusula**, esta sería considerada válida. Ante esta incertidumbre, las partes convienen recíprocas concesiones: el banco, que en principio tenía una **cláusula** suelo del 4,5 %, accede a una rebaja del suelo inicial al 2,25%, y los consumidores, aunque no querrían tener **cláusula** suelo, acceden a soportar un suelo más bajo que el inicialmente fijado a cambio de evitar el pleito que constituiría el presupuesto necesario para la declaración de abusividad. Ambas partes transigen, realizan concesiones recíprocas, y evitan el pleito, convirtiendo la incertidumbre inicial en una situación cierta.

Ahora bien, por el modo predispuesto en que se ha propuesto y aceptado la transacción es preciso comprobar, también de oficio, que se hayan cumplido las exigencias de transparencia en la transacción. Esto es, que los clientes consumidores, tal y como les fue presentada la transacción, estaban en condiciones de conocer las consecuencias económicas y jurídicas de su aceptación: que se reducía el límite mínimo del interés al 2,25% y que no se discutiría la validez de las **cláusulas** suelo contenidas en el contrato originario.



El cumplimiento de estos deberes de transparencia en este caso viene acreditado porque, en un contexto temporal en que, por la difusión en la opinión pública general de la sentencia de 9 de mayo de 2013, era notoriamente conocido no sólo la existencia de estas **cláusulas** suelo y su incidencia en la determinación del interés variable aplicable al préstamo, sino también que podían ser nulas cuando no se hubieran cumplido las exigencias de transparencia, los clientes aceptan la propuesta del banco de impedir futuras controversias judiciales al respecto mediante la reducción del suelo al 2,25%, y para acreditarlo transcriben de puño y letra el texto en el que se afirma lo siguiente:

"Soy consciente y entiendo que el tipo de interés de mi préstamo nunca bajará del 2,25% nominal anual".

Aunque no necesariamente la transcripción manuscrita de la **cláusula** equivale a su comprensibilidad real por el consumidor que la transcribe, es indudable que contribuye a permitir la constatación de su propia existencia y a resaltar su contenido. De hecho, ha sido la forma usual empleada después de la sentencia 241/2013, de 9 de mayo, para dejar constancia del cumplimiento de los deberes de transparencia, y de ella se hace eco el art. 13.2.d) del proyecto de ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, cuando, bajo la rúbrica «Comprobación del cumplimiento del principio de transparencia material», establece entre los extremos que permitirían la comprobación de este principio:

«La manifestación manuscrita y firmada por el prestatario, en la que declare que ha recibido, con una antelación mínima de siete días, los documentos descritos en el artículo 12.1, así como que comprende y acepta su contenido y que entiende los riesgos jurídicos y económicos de la operación.».

9. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea advierte que el juicio de transparencia en cada caso ha de realizarse atendiendo a las circunstancias concurrentes. Las circunstancias temporales y el modo en que los consumidores manifestaron de forma manuscrita su conformidad con un suelo del 2,25% ponen en evidencia que el banco, previamente a la firma de la transacción, cumplió con las exigencias de transparencia y que sus clientes consumidores conocían los términos de la transacción y las implicaciones económicas y jurídicas que conllevaban. Razón por la cual la valoración jurídica que al respecto lleva a cabo la Audiencia en la sentencia recurrida no es correcta e infringe las normas relativas a la eficacia de la transacción.

Sin perjuicio de lo anterior, conviene hacer una precisión. La referencia contenida en el art. 1816 CC al efecto de cosa juzgada de la transacción no es del todo exacta. Como cualquier otro negocio jurídico, lo convenido por las partes tiene eficacia vinculante entre ellas en tanto no se justifique su nulidad. Como en el caso resuelto en la sentencia 344/2017, de 1 de junio, en que no se apreció la nulidad de la transacción por error vicio en el consentimiento.

En consecuencia, en tanto no se acredite alguna causa de nulidad del acuerdo, las partes quedan vinculadas en los términos transigidos y, por tanto, con renuncia al ejercicio de acciones a cambio de una rebaja en el suelo, lo que impide en un principio enjuiciar la situación previa a la transacción precisamente porque las partes quedan vinculadas por lo transigido. Como afirma la sentencia 751/2009, de 30 de noviembre, «la transacción extrajudicial es un contrato (art. 1809 del Código Civil ; sentencias, entre otras, de 30 de octubre de 1989, 6 de noviembre de 1993 y 30 de julio de 1996), por lo que genera un vínculo obligacional cuyo cumplimiento está sujeto a las reglas generales de los contratos».

En este sentido es como la jurisprudencia de esta sala ha interpretado el efecto de cosa juzgada previsto en el art. 1816 CC . Jurisprudencia que se contiene, entre otras, en la sentencia 41/1999, de 30 de enero :

«En relación con la eficacia de cosa juzgada que el artículo 1816 del Código Civil atribuye a la transacción entre las partes, declaró la sentencia de 26 de abril de 1963 que "ha de entenderse e interpretarse en el sentido de que una vez acordada la transacción, no será lícito exhumar pactos o **cláusulas**, vicios o defectos, posiciones o circunstancias afectantes a las relaciones jurídicas cuya colisión o incertidumbre generó el pacto transaccional, sino que será éste, y solo él, quien regule las relaciones futuras ínsitas en la materia transigida, bien integren ésta la ratificación, modificación o extinción de todas o alguna parte de aquéllas o la creación de otras distintas, y por ende, los efectos de la cosa juzgada se manifestarán en el absoluto respeto a la nueva situación y en el escrupuloso cumplimiento de las obligaciones fijadas en la transacción, pero sin que esto quiera decir que tales obligaciones, en orden a su cumplimiento o incumplimiento, se rijan por normas distintas a las establecidas con carácter general, ya que eso requeriría un precepto legal de excepción que la ley no establece, ni se deduce de sus preceptos", doctrina reiterada en sentencias de 20 de abril de 1989, 4 de abril y 29 de noviembre de 1991 y 6 de noviembre de 1993 ».

Pero la eficacia vinculante del acuerdo transaccional no puede confundirse con el efecto de cosa juzgada previsto en el art. 222 LEC, y no queda vedada la posibilidad de discutir en sede judicial la validez del contrato de transacción en sí mismo considerado a la luz de las normas que regulan los contratos.



10. En consecuencia, procede estimar el recurso de casación, sin que sea necesario el análisis de los restantes motivos, y dejar sin efecto la sentencia de apelación recurrida. En su lugar, sobre la base de la justificación empleada para la estimación del recurso de casación, acordamos estimar el recurso de apelación interpuesto por Ibercaja (entidad que sucedió a Caja 3, que a su vez había sucedido a CAI), revocar la sentencia de primera instancia y absolver a la entidad demandada de las pretensiones ejercitadas frente a ella.

CUARTO. Costas

1. Desestimado el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por Ibercaja Banco, S.A, procede imponer a la recurrente las costas ocasionadas por su recurso (art. 398.1 LEC).

2. Estimado el recurso de casación formulado por Ibercaja Banco, S.A, no procede hacer expresa condena en costas (art. 398.2 LEC).

3. Estimado el recurso de apelación interpuesto por Ibercaja Banco, S.A, tampoco procede hacer expresa condena en costas (art. 398.2 LEC).

4. Desestimadas las pretensiones de los demandantes contenidas en su demanda, se les condena al pago de las costas ocasionadas en primera instancia (art. 394 LEC).

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º- Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por Ibercaja Banco, S.A. contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (sección 5ª) de 13 de diciembre de 2016 (rollo 479/2016), con imposición de las costas del recurso a la parte recurrente y pérdida del depósito constituido para recurrir.

2.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por Ibercaja Banco, S.A. contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (sección 5ª) de 13 de diciembre de 2016 (rollo 479/2016), que casamos y dejamos sin efecto, sin que proceda hacer expresa condena de las costas del recurso, con devolución del depósito constituido para recurrir

3.º- Estimar el recurso de apelación interpuesto por Ibercaja Banco, S.A. contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 12 de Zaragoza de 14 de julio de 2016 (juicio ordinario 367/2016), que revocamos sin hacer expresa condena respecto de las costas de la apelación.

4.º- Desestimar la demanda interpuesta por Carolina y Marcial contra Ibercaja Banco S.A. (sucesora de la Caja de Ahorros de la Inmaculada), a quien absolvemos de las pretensiones contenidas en dicha demanda, con imposición de las costas de primera instancia a la parte demandante.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

VOTO PARTICULAR

Que formula el Magistrado Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno, al amparo de lo previsto en los artículos 206 y 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , 203 y 205 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

PRIMERO.- Introducción y preliminares: Planteamiento metodológico del voto particular: delimitación de planos de análisis.

Con absoluto respeto a la decisión de la mayoría de los Magistrados, y compañeros de sala, debo indicar, desde el principio, que el voto particular que formulo, aunque discrepante con dicha decisión de la mayoría de Magistrados, se realiza desde la finalidad primordial de que resulte útil y sirva para el mejor estudio y análisis del control de transparencia, de sus presupuestos y contenido de aplicación.

Desde esta finalidad primordial, el método de análisis que articula el voto particular se realiza en atención a los siguientes planos.



En primer lugar, dada la primacía del Derecho comunitario en esta materia, se analizan los aspectos de aplicación al presente caso que comporta la proyección del control de transparencia, de sus presupuestos y contenido, pues la sentencia recurrida parte del carácter abusivo, por falta de transparencia, de las **cláusulas** suelo de los contratos de préstamo con garantía hipotecaria suscritos por los clientes, cuestión indiscutida en el presente caso, y extiende su régimen de ineficacia (nulidad absoluta) a las posteriores novaciones modificativas llevadas a cabo. Esta conexión o relación de causalidad que claramente se observa entre los iniciales contratos de préstamo hipotecario y las posteriores novaciones modificativas de los mismos, surgida en el seno y desenvolvimiento de una relación contractual sujeta al régimen tuitivo de la contratación entre consumidores y profesionales, justifica que en primer término, conforme a los presupuestos de aplicación del control de transparencia, el análisis se dirija a determinar si los referidos documentos, deben ser calificados de condiciones generales, pues dicha calificación ya resulta determinante para valorar el nivel de exigencia de la validez de los mismos a efectos de la transparencia requerida. En segundo término, y en el plano del contenido de los efectos derivados de la declaración de abusividad de las **cláusulas** suelo y, por tanto, de su consideración de orden público comunitario en materia de consumidores (art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo , de 5 de abril, en adelante Directiva 93/13/CEE), también procede analizar su incidencia como límite de la posible eficacia de los citados documentos.

Por último, y de cara a la valoración de todas las perspectivas o planos de análisis, se debe plantear su validez en el marco de nuestro Derecho nacional.

En todo caso, hay que partir de la literalidad de ambos documentos para su posterior análisis. Por lo que teniendo en cuenta que dichos documentos contienen idéntico contenido solo se reproduce el contenido de la novación modificativa relativa al préstamo núm. NUM004 , que contempla en siguiente tenor:

«

CONTRATO DE NOVACIÓN MODIFICATIVA DEL PRÉSTAMO

NÚMERO 20860747075100354503

En Alagón a 28 de enero de 2014

»De una parte

»**BANCO GRUPO CAJATRES** ,

»De otra parte,

»D./Dña. Marcial ,

»D./Dña. Carolina ,

»Ambas partes se reconocen capacidad suficiente para este acto y

»EXPONEN

»I. Que LA PARTE PRESTATARIA se subrogó mediante préstamo de referencia en fecha 1/9/2007, por importe de 149.416 euros del préstamo de promotor formalizado ante el notario Badia Gascó, José María, en fecha 04/04/2006, bajo el nº 3675 de su protocolo, garantizado mediante una hipoteca constituida a favor de EL BANCO.

»Que con fecha 11/9/2007, se formalizó Escritura de Novación sobre dicha hipoteca ante el notario Badia Gascó, José María, bajo el nº 3787 de su protocolo.

»II. Que las circunstancias y condiciones financieras de la operación y en concreto su plazo forma de devolución, tipo de interés, periodicidad de la revisión del tipo de interés, índice de referencia, y tipo mínimo y máximo de interés (o instrumentos de cobertura de tipos de interés), fueron negociadas en la Oficina Alagón, y posteriormente se hicieron constar y fueron informadas a las partes por el reseñado fedatario.

»III. Que dentro de dichas condiciones financieras se convino la aplicación de un tipo de interés variable, a partir del período inicial de tipo fijo pactado, que sería el resultante de aplicar la referencia pactada Euríbor a un año, incrementado en 0,9 puntos porcentuales, y sin que en ningún caso pudiera ser el aplicado inferior al 4,25% ni superior al 9,5 %.

»IV.- Que ambas partes conocen la evolución del índice de referencia convenido en la escritura de préstamo para la determinación del tipo de interés y en concreto que actualmente, el último aplicable del índice de referencia es el 0,532% y que no se prevé su alza generalizada a corto plazo.



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

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

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

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

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

»ESTIPULACIONES

»PRIMERO.- Con efecto desde la próxima cuota de préstamo pactada y para toda la vida del préstamo, el tipo mínimo aplicable de interés será el 2,25%, en sustitución del convenido inicialmente.

»En consecuencia, si el tipo de interés aplicable en cada momento, calculado en la forma estipulada en la escritura de préstamo reseñada, fuera inferior al tipo mínimo del 2,25% ahora convenido, se aplicará de forma preferente este último.

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

»TERCERO.- Las PARTES ratifican la validez y vigor del préstamo, consideran adecuadas sus condiciones y, en consecuencia, renuncian expresa y mutuamente a ejercitar cualquier acción frente a la otra que traiga causa de su formalización y clausulado, así como por las liquidaciones y pagos realizados hasta la fecha, cuya corrección reconocen.

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

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

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

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

El documento transcrito, por la parte prestataria, contiene las siguientes declaraciones manuscritas:

«Por el BANCO

»(Sello y firma)

» Por la PARTE PRESTATARIA

»"SOY CONSCIENTE Y ENTIENDO QUE EL TIPO DE INTERÉS DE MI PRÉSTAMO NUNCA BAJARÁ DEL 2,25% NOMINAL ANUAL"

»Fdo Carolina

»(Firma)

»"SOY CONSCIENTE Y ENTIENDO QUE EL TIPO DE INTERÉS DE MI PRÉSTAMO NUNCA BAJARÁ DEL 2,25% NOMINAL ANUAL"

»Fdo: Marcial

»(Firma)»

SEGUNDO.- *El carácter de condiciones generales de los contratos suscritos por los clientes. La sujeción de dichos documentos al control de transparencia como presupuesto de su validez.*

1. En mi opinión, conforme al método de análisis del control de transparencia señalado, y sin perjuicio de la valoración y argumentación de los otros planos que más adelante se exponen, la primera calificación que resulta imprescindible para la fundamentación del presente caso es determinar si los documentos suscritos por los clientes responden a la naturaleza de auténticas condiciones generales de la contratación utilizadas por el profesional, esto es, a un condicionado predispuesto e impuesto por la entidad bancaria. La razón de la relevancia de esta cuestión previa resulta tan obvia, como necesaria; pues la calificación de dichos documentos como condiciones generales constituye un presupuesto para que su posible validez quede sujeta al control de abusividad, bien por falta de contenido, o bien por falta de la transparencia debida (art. 80 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios , en adelante, TRLGCU, y art. 3.2 de la Directiva 93/13/CEE).

No cabe duda, de acuerdo con la normativa citada, que es el profesional o empresario, en este caso la entidad bancaria, quien asume la «carga de la prueba» de que la **cláusula** o el condicionado en cuestión ha sido realmente negociado con los clientes o consumidores. En este sentido, entre otras, STS 649/2017, de 29 de noviembre , es doctrina reiterada de esta sala que el hecho de que una **cláusula**, o un condicionado, sea aceptado por el consumidor no le priva de su calificación de **cláusula** impuesta. Pues para que no sea considerada como tal, no basta con que el consumidor hubiera podido influir en su redacción, sino que es preciso, además, que efectivamente haya influido; extremo que debe ser probado por el profesional o el empresario. En parecidos términos, la redacción del Darft Common Frame of Reference (DCFR) respecto del papel activo que debe desempeñar el consumidor para que se considere que ha habido auténtica negociación entre las partes.

A su vez, y de un modo terminante, este papel activo que debe desempeñar el consumidor para poder considerar que la **cláusula** en cuestión ha sido objeto de negociación es también exigido por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE), casos, entre otros, de las SSTJUE de 21 de febrero de 2013, Banif Plus Bank, C-472/11 , y de 14 de abril de 2016, Caixabank, S.A., C-381/14 , que a tales efectos expresamente declara:

«No obstante, en caso de que el juez nacional aprecie que una **cláusula** es abusiva, el derecho a una protección efectiva del consumidor comprende la facultad de renunciar a hacer valer sus derechos, de forma que el juez nacional debe tener en cuenta, en su caso, la voluntad manifestada por el consumidor cuando, consciente del carácter no vinculante de una **cláusula** abusiva, manifiesta, sin embargo, que es contrario a que se excluya, otorgando así un consentimiento libre e informado a dicha **cláusula**.»

2. En este contexto, y de acuerdo con la base fáctica que ha resultado acreditada en el presente caso, hay que destacar que la entidad bancaria tanto en el escrito de contestación a la demanda, como en el recurso de apelación y en el posterior recurso extraordinario por infracción procesal, que ha resultado desestimado, no solo no prueba que los referidos documentos fueron realmente negociados, sino que tampoco cuestiona o impugna los hechos de la relación contractual que alegan los clientes; en síntesis, que dichos documentos fueron ofertados por la entidad bancaria, que fueron predispuestos e impuestos por la misma, de forma que ni tan siquiera se les entregó copia y que, en definitiva, aunque no sea necesario para su consideración de condición general, que dichos documentos constituyeron una práctica de la entidad bancaria destinada a limitar su responsabilidad patrimonial en los casos de contratación de préstamos hipotecarios con inclusión de **cláusula** suelo, que pudiera ser declarada abusiva.

Estos extremos vienen reconocidos por la sentencia de la Audiencia. De forma expresa con relación al carácter predispuesto de las **cláusulas** suelo y las posteriores novaciones modificativas (fundamentos de derecho cuarto y sexto: «menciones predispuestas» y «cuando la misma sigue siendo la misma condición general de contratación, aparentemente negociada en el caso concreto», respectivamente). Y de forma implícita con relación a su consideración de práctica bancaria con remisión a sus anteriores resoluciones: auto de 77/16 de 18 de febrero y sentencia 156/16, de 14 de abril (fundamento de derecho sexto, principio).

En todo caso, de acuerdo con la base fáctica acreditada, el presente caso no puede ser reconducido a aquellos supuestos en donde puede haber una cierta disponibilidad de las partes, «no predispuesta», sobre el objeto del pleito, esto es, consciente el consumidor del carácter no vinculante de la **cláusula** suelo, o de su carácter

litigioso, casos, entre otros, del RDL 1/2017, de 20 de enero o de la homologación judicial de convenios transaccionales relativos a **cláusulas** suelo (autos de la sala de 8 de junio y de 6 de julio de 2016).

El carácter de condiciones generales de la contratación de los documentos objeto de análisis es de suma importancia, pues la primacía del Derecho de la Unión Europea en esta materia justifica, *ab initio*, la aplicación de la Directiva 93/13/CEE y, con ella, el nivel de protección superior que otorga dicha Directiva al consumidor (entre otras, STS 558/2017, de 16 de octubre).

En efecto, en la contratación bajo condiciones generales el esquema tradicional del contrato por negociación (de la igualdad y libertad formal de las partes) salta por los aires. El contrato no es conceptualmente una «regla de voluntad», es decir, una manifestación del poder de decidir (libertad) de las partes. De «consentir» en obligarse o de «poder» establecer los pactos, **cláusulas** o condiciones, conforme a las emblemáticas formulaciones de los artículos 1254 y 1255 CC , sino otra cosa distinta en donde el poder de decisión del adherente, si acaso lo tiene, porque el bien o servicio le puede resultar imprescindible, se limita a «aceptar» o «rechazar» el único contrato posible que es el que ha redactado el predisponente.

Por tanto, si a la contratación bajo condiciones generales se le sigue calificando conceptualmente de «contrato» o con mayor precisión, de «modo de contratar», no lo es por su definición de regla de voluntad, de consentimiento prestado, sino más bien por su condición de «regla de conducta» o de «reglamentación» que viene impuesta por las exigencias mismas que el sistema económico ha determinado.

En este sentido, se ha pronunciado esta sala en reiteradas ocasiones. La más reciente es la citada sentencia 649/2017, de 29 de noviembre , en la que declaramos:

«[...] Parece claro que la utilización de condiciones generales tiene un sentido económico, por lo que en determinados sectores y de manera relevante en la contratación bancaria, fue determinante que se sustituyesen los tratos personalizados de los términos y las condiciones de los contratos, por la contratación por medio de condiciones generales propias del tráfico en masa, en el que el destinatario -tanto si es otro profesional o empresario como si es consumidor o usuario-, las acepta o rechaza sin posibilidad de negociar de forma singularizada, dando lugar a lo que la STS 406/2012, de 18 de junio , denomina «contratación seriada» y califica como «un auténtico modo de contratar, diferenciable de la contratación por negociación, con un régimen y presupuesto causal propio y específico».

Sin embargo, y esto es lo relevante, su alcance conceptual como «valor de contrato», es decir, de su eficacia de vinculación, no le viene dado, con todo, únicamente por esta imposición del sistema económico, que solo acredita su inicial validez como práctica o modo de contratar, sino porque dicha «regla de conducta», que se proyecta en la reglamentación predispuesta, sea capaz de superar un «control social» o «control de transparencia» dirigido a ponderar, desde unos parámetros objetivos, que dicha reglamentación predispuesta cumple con unos estándares de calidad de información (comprensibilidad material o real).

De suerte, que cuando la reglamentación predispuesta no supera el citado control (principio de «efectividad» de la Directiva), la **cláusula** afectada carece de eficacia contractual, esto es, de valor de contrato, y debe tener la consideración de «no puesta» (directriz de «no vinculación» de la Directiva), tal y como declara la STJUE de 21 de diciembre de 2016, asuntos C-154/15 , C-307/15 y C-308/15 .

En nuestra doctrina jurisprudencial, además, ya hemos señalado que en el caso de las **cláusulas** suelo su declaración de abusividad por falta de transparencia implica su carácter perjudicial o lesivo para el consumidor (STS de Pleno 334/2017, de 25 de mayo).

3. Acreditada la predisposición e imposición de los documentos, esto es, su consideración de condiciones generales, y su incidencia tanto en la determinación de los elementos esenciales del contrato (configuración del tipo de interés aplicable, como en la renuncia de los derechos del consumidor, tal y como expresamente se reconoce en dichos documentos, exponiendo VI y estipulación tercera), procede la aplicación del control de transparencia como presupuesto *ab initio* de su posible validez y eficacia.

En principio, de acuerdo con el método y contenido que ha establecido la jurisprudencia del TJUE, la aplicación del control de transparencia atiende, primordialmente, al plano del cumplimiento de los especiales deberes de información que incumben al profesional o predisponente, tal y como dispone el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE (entre otras STJUE de 26 de febrero de 2015, Maitei, C-143/13). Conforme a lo señalado, el profesional que configura condiciones generales que inciden sobre elementos esenciales de la relación comercial se le exige un «plus» de información, o de exigencia de transparencia, que permita a los consumidores adoptar su decisión con pleno conocimiento de la carga jurídica y económica que les supondrá la aplicación de dichas condiciones; sin necesidad, dada la asimetría de información existente, de realizar por ellos mismos un minucioso y pormenorizado análisis del condicionado predispuesto. De ahí que esta exigencia comporte que aquellos elementos de la reglamentación que presenten cierta complejidad, bien por resultar sorprendidos, o



bien por su propio concepto, caracterización o ambigüedad, deban ser objeto de una información «principal» y «comprensible» tanto en la formación de la relación contractual, como en su perfección y ejecución, si resulta necesario (entre otras, SSTs 464/2013, de 8 de septiembre y 608/2017, de 15 de noviembre).

En este sentido, el TJUE nos destaca que la apreciación del carácter abusivo debe realizarse de un «modo sistemático», esto es, teniendo en cuenta «todos los elementos» que puedan tener incidencia en el alcance del compromiso asumido por el consumidor (entre otras la ya citada sentencia de 26 de febrero de 2015 y la de 30 de abril de 2014, Kásler, C-26/13). Del mismo modo, nos resalta que la aplicación del control de transparencia no solo es cuantitativa, respecto del análisis de todos los elementos relevantes, sino también «temporal». Es decir, como señalan la SSTJUE de 21 de marzo de 2013, caso RWE Vertrieb, C-92/11, la citada sentencia de 30 de abril de 2014, y la más reciente de 20 de septiembre de 2017, caso Andriuc y otros, C-186/16, dicha extensión debe alcanzar a todas las fases de formación del contrato, con especial atención a la denominada fase precontractual; en donde la información que se le debe suministrar al consumidor revista una importancia fundamental para que este pueda valorar correctamente el alcance del compromiso que va a asumir con la celebración del contrato.

A su vez, en esta última sentencia de 20 de septiembre de 2017, en su considerando 58, nos recuerda, de acuerdo con el art. 3.1 en relación con el 4.1 de la Directiva 93/13/CEE, que el control de transparencia, debe hacerse también:

«[...] 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. Incumbe al órgano jurisdiccional remitente evaluar, atendiendo a todas las circunstancias del litigio principal, y teniendo en cuenta especialmente la experiencia y los conocimientos del profesional, en este caso el banco, en lo que respecta a las posibles variaciones de los tipos de cambio y los riesgos inherentes a la suscripción de un préstamo en divisa extranjera, la existencia de un posible desequilibrio importante en el sentido de esa disposición.»

4. Pues bien, si atendemos a los criterios señalados y los proyectamos sobre los referidos documentos la conclusión que se alcanza es que el profesional, esto es, la entidad bancaria, no cumplió con la exigencia de la transparencia debida, por lo que en atención a la aplicación del control de transparencia dichos documentos o condicionados deben declararse abusivos y, por tanto, nulos de pleno derecho.

En efecto, teniendo en cuenta todos los elementos que en el presente caso tienen incidencia en el alcance del compromiso asumido por los consumidores se observa que los documentos predispuestos por la entidad bancaria no contienen ese «plus» de información, principal y comprensible, acerca de la trascendencia y de la carga jurídica y económica que para los consumidores reporta la **cláusula** de renuncia de acciones y conformidad con las liquidaciones y pagos realizados (estipulación tercera de los citados documentos). Y no lo contienen porque de un modo deliberado los documentos predispuestos parten de la «validez y vigor de los préstamos suscritos», «de su formulación y clausulado», justificando la modificación operada, al margen de cualquier acuerdo transaccional, en el «cambio de la coyuntura económica financiera» (exponiendo V); por lo que la **cláusula** de renuncia de acciones se le presenta al consumidor de un «modo inocuo», sin ninguna suerte de carga económica o sacrificio patrimonial por su parte, ni de carga jurídica en detrimento de los derechos inherentes a su condición de consumidor. De forma que se le «oculta» la verdadera razón de su predisposición, es decir, la cobertura o blindaje para el predisponente de las previsibles consecuencias o efectos que se deriven de la declaración de abusividad de las **cláusulas** sueltas incluidas en los iniciales contratos de préstamo hipotecario.

De ahí la ambigüedad calculada y la falta de claridad y de precisión de la información suministrada no solo en la citada **cláusula** de renuncia, sino en los documentos en su conjunto, acerca de la «trascendencia» para los derechos del consumidor de la sentencia de esta sala de 9 de mayo de 2013 que abrió la vía para la denuncia por abusividad de las **cláusulas** suelo mediante el ejercicio de acciones individuales por los consumidores y, con ello, la posibilidad de los efectos restitutorios provocados por la nulidad de pleno derecho de dichas **cláusulas**.

Trascendencia que, como hemos señalado a tenor de la citada sentencia del TJUE de 20 de septiembre de 2017, la entidad bancaria debió conocer y poner de manifiesto acorde con la «experiencia y los conocimientos» de un profesional en el momento de la predisposición de dichos documentos.

Por el contrario, como sucede con la publicidad engañosa (STS 413/2006, de 25 de abril), el profesional dispuso una oferta «engañosa» con aptitud e idoneidad para afectar el comportamiento de los clientes sobre la base de «silenciar» datos fundamentales que ofrecieran una mínima concreción sobre las consecuencias jurídicas y económicas que los clientes asumían con su adhesión: ocultar el carácter litigioso

de dichas **cláusulas** suelo en materia de consumidores y la posibilidad de denunciar su abusividad y de reclamar las consecuencias derivadas a los efectos de la restitución procedente.

Por ello, con toda lógica, y de acuerdo con lo declarado por las citadas SSTJUE de 14 de abril de 2016 y 21 de febrero de 2013, no es de extrañar que la sentencia de la Audiencia resalte que:

«[...] desde el punto de vista de la psicología del cliente, solo el temor en su momento a la posible eficacia de la **cláusula** tachada ahora nula justifica acceder a una mera rebaja del tipo de interés impuesto; la verdadera libertad contractual se hubiera manifestado tras la liberación al consumidor por la entidad del cumplimiento de la **cláusula** tachada como nula, con un acuerdo ulterior, muy improbable, en el que el consumidor libremente aceptara una limitación *ex novo* a la bajada del tipo de interés inferior al suscrito con la **cláusula** dejada sin efecto.»

Ausencia de información concreta y precisa que contrasta, significativamente, con la diligencia y anticipación que llevó a cabo la entidad bancaria para hacer firmar, «de puño y letra de los consumidores», la **cláusula** de conocimiento y comprensión de las **cláusulas** suelo resultantes de las novaciones modificativas. Con una clara intencionalidad de confirmar la validez de las mismas.

Como declara la sentencia de la Audiencia al consumidor medio, destinatario de la protección dispensada por el control de transparencia, como parámetro abstracto de la validez de la **cláusula** predispuesta (SSTS de 9 de mayo de 2013 , 464/2013, de 8 de septiembre , 367/2014 de 8 de junio y 608/2017 , de 18 de noviembre), no se le puede exigir que en el momento de la suscripción de los documentos predispuestos, 28 de enero de 2014, pudiera realizar «un seguro juicio proyectivo» del alcance sus actos de adhesión en una cuestión sujeta a «vaivenes jurisprudenciales, impredecibles para un lego en Derecho (incluso para un experto)». Todo ello, además, en documentos que no contienen verdaderas declaraciones de voluntad, sino de conocimiento que se revelan como claras formulaciones predispuestas por la entidad bancaria vacías de contenido al resultar contradichas por los hechos acreditados; tales como que los clientes tenían conocimiento de la «previsión a corto plazo» de la evolución del índice de referencia, o de la «coyuntura económico-financiera actual» (exponendos cuarto y quinto). Así como fórmulas que vulneran directamente la buena fe contractual, supuesto de la **cláusula** quinta que, contrariamente a los hechos probados, contempla que la suscripción de dichos documentos fue a propuesta de los clientes («deseo de la parte prestataria»)

En suma, para apreciar la ineficacia de estos documentos predispuestos bastaba, en términos del propio TJUE, que nos planteáramos si «el profesional, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, hubiere estimado razonablemente que éste aceptaría la **cláusula** en cuestión en el marco de una negociación individual» (entre otras, STJUE de 14 de marzo de 2013). La respuesta la dan los propios consumidores que, tras la firma de los citados documentos y con fundamento en el carácter abusivo de las **cláusulas** suelo, interesan ahora, cuando son plenamente conscientes de la situación, la ineficacia de ambos documentos.

TERCERO.- *El régimen de ineficacia de la **cláusula** suelo declarada abusiva como parte integrante del concepto de «orden público comunitario». Su extensión a los documentos predispuestos en el seno de una relación contractual entre consumidores y profesionales. Invalidez de la renuncia de derechos básicos del consumidor.*

1. El segundo plano de análisis que comporta la predisposición de los citados documentos, dentro del curso y desenvolvimiento de una relación contractual sujeta al régimen tuitivo de la contratación entre consumidores y profesionales, es precisamente su contraste con el orden público comunitario, pues conforme a la estipulación tercera los consumidores renuncian previamente a un derecho básico, esto es, a ejercitar cualquier acción frente a la «formulación y el clausulado» y, con ello, a la posibilidad de ejercitar la acción individual del carácter abusivo de las **cláusulas** suelo y su correspondiente efecto restitutorio.

2. En el presente caso, la invalidez parcial de dicha **cláusula** ya ha sido estimada por la decisión de la mayoría de los Magistrados al confirmar la sentencia de la Audiencia con relación al carácter abusivo, por falta de transparencia, de las **cláusulas** suelo insertadas en los contratos de préstamo hipotecario, recuérdese que la citada **cláusula** parte de la validez y vigor de dichos contratos y de sus condiciones. Queda, por tanto, analizar la extensión de los efectos de dicha declaración de abusividad, incuestionada en el presente caso, a la modificación operada en los citados documentos. Aspecto, como veremos, al que le resulta indiferente la naturaleza novatoria o transaccional de los documentos objeto de estudio.

3. La incidencia del orden público comunitario, en la naturaleza y alcance del régimen de ineficacia que comporta la declaración de abusividad de la **cláusula** resulta más relevante, si cabe, si es considerada desde la perspectiva axiológica que aporta el Derecho de la contratación a las relaciones de consumo, pues revela el peso de los «principios jurídicos» (entre otros, buena fe y transparencia) en el desenvolvimiento mismo de nuestras directrices de orden público económico (STS 464/2014, de 8 de septiembre).



Desde esta perspectiva, resulta incuestionable que el régimen de ineficacia que comporta la declaración de abusividad por falta de transparencia de una **cláusula** predispuesta constituye un elemento conceptual que forma parte integrante del orden público comunitario, conforme al principio de efectividad del art. 6 de la Directiva 93/13/CEE (SSTJUE de 6 de octubre de 2009, asunto C-40/08 y 30 de mayo de 2013, asunto C-488/2011). De ahí su indisponibilidad y la prohibición de moderación e integración por los jueces nacionales.

Esta conexión de régimen del control de transparencia, de su función y sentido, con el concepto de orden público que informa la Directiva 93/13, y a sus propias directrices de «no vinculación» y de «efecto disuasorio», ha sido objeto de una rotunda confirmación por la reciente jurisprudencia del TJUE, especialmente en su sentencia de 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15, respecto del régimen normativo que se deriva de la declaración de abusividad por falta de transparencia de la denominada «**cláusula** suelo». Sentencia del TJUE que determinó un cambio de la jurisprudencia de esta sala a partir de la STS 123/2017, de 24 de febrero.

La importancia de esta paradigmática STJUE radica, en síntesis, en que viene a confirmar el alcance normativo de la Directiva 93/13 en aquellos aspectos claves sobre los que se diseña el modelo de aplicación de la misma. Descartando cualquier otro planteamiento que cuestione o limite su razón de imperatividad.

Así, en primer lugar, debe precisarse que la sentencia no solo se ocupa de señalar la competencia material del Tribunal de Justicia, acerca de la delimitación del régimen de ineficacia derivado de la declaración de abusividad por falta de transparencia, sino que además, apartado 65, destaca que fue «voluntad del legislador de la Unión Europea» que este carácter normativo y, por tanto, vinculante, del régimen de ineficacia de la **cláusula** abusiva formase parte del «contenido sustancial» de la protección dispensada a los consumidores por la Directiva 93/13/CEE.

En segundo lugar, concordante con la interpretación teleológica de la Directiva, la sentencia, apartados 54 a 61, resalta el carácter imperativo, «como norma de orden público de la Directiva» que tiene el efecto «no vinculante» que se proyecta sobre las consecuencias de la **cláusula** declarada abusiva. Tal y como se dispone en el artículo 6.1 de dicha Directiva.

Esta valoración normativa, que tiene el efecto no vinculante de la **cláusula** declarada abusiva, informa el régimen jurídico de la ineficacia que contempla la Directiva. Así, por una parte, respecto a su caracterización aplicativa, dicho carácter normativo comporta, entre otras, las siguientes consecuencias.

En primer término, apartado 70, su régimen de aplicación es uniforme y general en el ámbito del Derecho de la Unión Europea. En este sentido, su carácter imperativo queda integrado en el propio orden público económico de cada país miembro de la Unión; de forma que su aplicación no puede ser objeto de moderación o integración por los operadores nacionales, esto es, no tienen la facultad de modificar su alcance aplicativo. En segundo término, apartados 58 y 59 de la sentencia, una vez declarada abusiva la **cláusula**, el efecto no vinculante de la misma debe aplicarse también de oficio por el Juez nacional. Por lo que se establece como una consecuencia ligada causalmente a la declaración de la abusividad de la **cláusula**, que lo determina de un modo automático.

Por otra parte, respecto de la caracterización de su contenido, la valoración normativa del efecto no vinculante comporta, entre otras, las siguientes consecuencias. En primer término, apartado 71 de la sentencia, dicho efecto de no vinculación viene contemplado como un «Derecho del consumidor europeo» dentro de la protección que dispensa la Directiva, esto es, con una configuración propia y diferenciada. En segundo término, apartado 57 de la sentencia, el efecto de no vinculación, como expresión de la ineficacia resultante de la declaración de abusividad, queda asimilado a una nulidad radical o de pleno derecho, tal y como ya contempla nuestro artículo 8 de la LCGC. De forma que la proyección de la ineficacia derivada determina, necesariamente, una «desvinculación plena» de todos aquellos efectos o consecuencias jurídicas que haya reportado la aplicación de la **cláusula** declarada abusiva. Desvinculación que se proyecta tanto «temporalmente», con relación a la restitución *ex tunc* de lo ya pagado o entregado, como «materialmente», con relación a la supresión de la validez y eficacia de los actos que traigan causa directa de la **cláusula** declarada abusiva. En los términos del Tribunal de Justicia «pura y simplemente, dejar sin aplicación la **cláusula** contractual abusiva».

En tercer lugar, apartados 60 y 63 de la sentencia, conviene realizar una consideración acerca de la configuración del efecto disuasorio que, a juicio del propio Tribunal de Justicia, se desprende del artículo 6.1 en relación con el artículo 7.1 de la Directiva. Este efecto ha sido considerado por algún sector doctrinal como un principio de carácter programático, de suerte que, conforme a dicha naturaleza, resultaría modulable por el Juez nacional en atención a los principios del propio Derecho nacional y al grado o nivel de protección que se derivase del mismo. En mi opinión, esta valoración parte del mismo error de concepto que se aprecia en los que niegan el carácter normativo del citado efecto no vinculante de la **cláusula** declarada abusiva. En este sentido, la sentencia del TJUE no deja resquicio de duda alguna al respecto, pues el efecto disuasorio constituye un reflejo del propio efecto de no vinculación, esto es, forma parte sustancial del principio de efectividad que



consagra el artículo 6.1 de la Directiva y, por tanto, de su consideración o alcance de orden público. Es más, se puede afirmar que dicho principio es un desarrollo jurisprudencial del Tribunal de Justicia en apoyo del nivel de protección máximo que caracteriza la aplicación de esta Directiva. Por lo que tampoco cabe su moderación o integración, es decir, o hay efecto disuasorio pleno o no lo hay. Se comprende, de este modo, que pese a la expresión de los denominados principios de efectividad y de disuasión su alcance conceptual refiera, más bien, el carácter esencial que como regla o norma imperativa tiene el efecto de no vinculación en la arquitectura o diseño normativo de la Directiva.

En cuanto lugar, y estrechamente relacionado con lo anteriormente expuesto, apartados 68 a 71 de la sentencia, el Tribunal de Justicia también ha dejado claro que el principio de autonomía procesal de cada Estado miembro de la Unión, y con ello el principio de equivalencia, no permite al Juez nacional que su aplicación afecte al contenido sustancial del derecho del consumidor a no estar vinculado por los efectos de la **cláusula** declarada abusiva. Por lo que la protección no absoluta del consumidor en la efectividad de este derecho solo tiene lugar a través del cauce de la excepción que determina bien la fuerza de la cosa juzgada, o bien la fijación de plazos de carácter preclusivo para poder recurrir.

4. En el presente caso que, como se ha señalado, no puede reconducirse ni a un supuesto de mediación, ni a una homologación judicial de convenio transaccional, habrá que concluir que el régimen de ineficacia absoluta de la **cláusula** suelo declarada abusiva se «extiende» también a aquellos actos o negocios que traigan causa directa de las **cláusulas** declaradas **abusivas** y, por ende, traten de «moderar», «integrar» o «convalidar» la ineficacia resultante, bien rebajando el interés mínimo de la **cláusula** suelo, o bien, y de forma más relevante, predisponiendo una renuncia de los derechos básicos de los consumidores contraria, además, a la tutela judicial efectiva de los consumidores (art. 24 CE), esto es, al control judicial de oficio de las **cláusulas** suelo y de las posteriores renunciaciones predispuestas por el profesional.

CUARTO.- La naturaleza de novación modificativa de los documentos suscritos por los consumidores. La improcedencia de la revisión casacional de la calificación realizada por la instancia. La regla de la interpretación *contra proferentem*. La inviabilidad de la naturaleza transaccional de los documentos y de su pretendida validez.

1. Por último, de acuerdo con el método de análisis seguido, el pretendido acuerdo novatorio en virtud del cual se modifican las **cláusulas** suelo, modificando el tipo de interés mínimo inicialmente pactado e implicando una renuncia al ejercicio de acciones y reclamaciones por razón de dichas **cláusulas**, también sería ineficaz para los clientes en atención al marco normativo de nuestro Derecho nacional, conforme a los siguientes argumentos.

2. En primer lugar, hay que señalar que la revisión, en sede casacional, de la calificación declarada por ambas instancias acerca del carácter novatorio de los citados documentos por su naturaleza transaccional no resulta acertada o procedente.

En este sentido, es doctrina muy reiterada de esta sala que la calificación contractual constituye una función atribuida fundamentalmente al juzgador de instancia, la cual debe prevalecer en casación a menos que resulte ilógica, absurda o contraria a norma legal (entre otras, SSTS 1139/2003 de 28 de noviembre y 1006/2007, de 27 de noviembre, y las numerosas sentencias que son, a su vez, objeto de cita en dichas sentencias). También es doctrina reiterada que para la calificación contractual habrá de estarse al contenido real u obligacional convenido y al protagonismo que las partes adquieren, con prevalencia de la intención de las mismas sobre el sentido gramatical de las palabras (por todas, STS de 15 de diciembre de 2005).

Conforme a la doctrina jurisprudencial expuesta, la calificación de dichos documentos como contratos de modificación (novatorios) constituye un aspecto ajeno a la casación porque la valoración sustantiva que realizan ambas instancias no puede calificarse, a su vez, de ilógica, arbitraria o contraria al ordenamiento jurídico.

Por el contrario, en el presente caso, la «causalización» del *effectum iuris* (efecto novativo) en el sentido y función de los citados documentos resulta clara tanto en relación a la voluntad o protagonismo de las partes, en este caso a la voluntad del predisponente, como en la incidencia del nuevo contenido obligacional en la relación obligatoria originaria. Aspectos que resultan determinantes en la configuración de la novación de la obligación.

En este sentido, y dado que no hay cuestión interpretativa al respecto, por la naturaleza predispuesta de los documentos, la apreciación de «la voluntad de novar» de la entidad bancaria resulta clara, pues no solo califica dichos documentos como «contratos de novación modificativa de los préstamos» (rúbrica de los contratos y exponiendo VI), sino que además expresamente destaca dicha calificación para indicar su sujeción a la Ley 2/1994, de 30 de marzo (**cláusula** quinta). A su vez, y de un modo principal y determinante, es el «efecto novatorio» el que estructura y vertebrata el contenido obligacional de los citados documentos que, en todo



momento, parten de la « validez y vigor de los préstamos suscritos y de sus condiciones» (**cláusula** tercera), así como del alcance modificativo de la novación operada (exponiendo VI y **cláusula** quinta).

3. En todo caso, la calificación de dichos documentos como contratos transaccionales también tropieza con dos importantes objeciones. La primera es que tanto la finalidad como el contenido de los citados documentos no reflejan, en modo alguno, la «existencia de una situación litigiosa o controversia» que pretenda sustituirse por otra cierta para evitar un pleito entre las partes (entre otras SSTs de 3 de febrero de 1998 , de 24 de julio de 1996 y 16 de febrero de 2010). En efecto, en el presente caso, en el que ni siquiera hubo una previa reclamación formal de los clientes, la entidad bancaria, como se ha señalado, en ningún momento contempla la existencia de situación litigiosa o de controversia acerca de la validez de las **cláusulas** suelo incorporadas a los contratos de préstamo hipotecario. Por el contrario, parte de la validez de las mismas y, sobre todo, que la novación o modificación operada obedece o queda justificada por el citado «cambio de la coyuntura económica financiera» (exponiendo V); de forma que la **cláusula** de renuncia de acciones se le presenta a los clientes de un «modo inocuo» y, por tanto, sin ser conscientes de las consecuencias jurídicas y económicas que pudieran derivarse de su situación de litigiosidad.

La segunda, conexas a la anterior, es que la entidad bancaria predisponente al silenciar deliberadamente la situación litigiosa o de controversia de las **cláusulas** suelo impide que la renuncia de derechos de los consumidores pueda ser calificada «de clara, terminante e inequívoca, como expresión indiscutible del criterio de voluntad determinante de la misma, y revelación expresa o tácita pero mediante actos concluyentes igualmente claros e inequívocos», tal y como exige la jurisprudencia de esta sala (entre otras, sentencias 57/2016, de 12 de febrero , 221/2017, de 5 de abril y 358/2017 de 6 de junio). En el presente caso, las «meras quejas» de los consumidores por los intereses pagados con arreglo a la aplicación de las **cláusulas** suelo y su adhesión a la rebaja propuesta por la entidad bancaria no constituyen actos inequívocos de su voluntad de convalidación de dichas **cláusulas**, ni de un acuerdo transaccional sobre las consecuencias de la controversia acerca de su posible validez; cuya ineficacia y alcance último ha sido conocido por los consumidores tras la STJUE de 21 de diciembre de 2016.

4. En este contexto, cabe extraer las siguientes conclusiones.

i) Los documentos suscritos responden a la naturaleza de una novación modificativa de los contratos iniciales de préstamo hipotecario, por la que el predisponente pretende la convalidación de las **cláusulas** suelo. Dicha convalidación, conforme a las normativa comunitaria y a la legislación sectorial aplicable, resulta improcedente dada la nulidad de pleno derecho de la obligación objeto de la novación, tal y como contempla el art. 1208 del Código Civil y la jurisprudencia de esta sala (SSTS 654/2015, de 19 de noviembre y 558/2017, de 16 de octubre).

ii) La calificación de novación modificativa declarada por las instancias no es ilógica, arbitraria o contraria a norma imperativa; por lo que queda extramuros de la revisión en sede casacional. En cualquier caso, su revisión por el carácter transaccional de los citados documentos también resulta improcedente, pues vulnera la regla de la interpretación «contra proferentem » (art. 1288 del CC , artr. 10 del TRLGCU y art. 6.2 LCGC) que impone que debe resolverse dicha duda de interpretación o de calificación en contra del predisponente, esto es, en el sentido más beneficioso para la posición e intereses del consumidor y no, como en el presente caso, para favorecer la limitación de responsabilidad patrimonial de la entidad bancaria que ve confirmadas sus **cláusulas** suelo, sin restitución alguna.

iii) La calificación transaccional de dichos documentos tampoco procede en atención a los presupuestos requeridos para la misma, a saber, la previa existencia o delimitación de la situación litigiosa y la idoneidad de la controversia para ser objeto de transacción. Ninguno de estos presupuestos concurrieron en la predisposición y adhesión de los citados documentos. Los consumidores no otorgaron un consentimiento « libre e informado » sobre la **cláusula** de renuncia de acciones y su alcance transaccional, pues no fueron conscientes del alcance de su carácter litigioso. Tampoco la entidad bancaria podía recurrir a la figura de la transacción para dejar sin efecto las normas imperativas de protección de los consumidores por medio de una previa renuncia de sus acciones, esto es, de su 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 con los correspondientes efectos restitutorios. (art. 10 TRLGDCU, en relación con el art. 86.7 de dicho texto legal). Del mismo modo, que la citada renuncia de acciones no puede vulnerar el derecho de los consumidores a la tutela judicial efectiva, es decir, al control judicial de oficio de las **cláusulas** suelo.

QUINTO. En virtud de todo lo razonado anteriormente, el recurso de casación de la entidad bancaria debió ser desestimado en su integridad, confirmando la línea seguida hasta ahora acerca de la nulidad absoluta de esta práctica bancaria que vulnera los derechos básicos de los consumidores.