



Roj: **SAP SO 12/2020 - ECLI: ES:APSO:2020:12**

Id Cendoj: **42173370012020100012**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Soria**

Sección: **1**

Fecha: **27/01/2020**

Nº de Recurso: **16/2020**

Nº de Resolución: **23/2020**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **JOSE LUIS RODRIGUEZ GRECIANO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1**

**SORIA**

**SENTENCIA: 00023/2020**

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE SORIA**

Modelo: N10250

AGUIRRE, 3

**Teléfono:** 975.21.16.78 **Fax:** 975.22.66.02

**Correo electrónico:**

Equipo/usuario: MGA

**N.I.G.** 42173 41 1 2019 0001162

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000016 /2020**

**Juzgado de procedencia:** JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.4 de SORIA

**Procedimiento de origen:** ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000263 /2019

Recurrente: UNICAJA BANCO SA

Procurador: NELIDA MURO SANZ

Abogado: MARTA ROCA HERES

Recurrido: Rocío , Paulino

Procurador: JULIAN SAN JUAN PEREZ, JULIAN SAN JUAN PEREZ

Abogado: FRANCISCO JAVIER GIL MUÑOZ, FRANCISCO JAVIER GIL MUÑOZ

**SENTENCIA CIVIL Nº 23/2020**

Tribunal

Magistrados/as:

D. José Manuel Sanchez Siscart (Presidente)

D. José Luis Rodriguez Greciano

Dª María Belén Pérez-Flecha Díaz

=====

En Soria, a veintisiete de enero de dos mil veinte.



Esta Audiencia Provincial de Soria, ha visto el recurso de apelación civil arriba indicado, dimanante de los Autos de Procedimiento Ordinario N° 263/19 contra la sentencia dictada por el JDO. DE PRIMERA INSTANCIA N° 4 de Soria, siendo partes:

Como apelante y demandado UNICAJA BANCO S.A. representado por la Procuradora Sra. Muro Sanz, y asistido por el Letrado Sra. Roca Heres.

Y como apelados y demandantes Rocío , Paulino representados por el Procurador Sr. San Juan Pérez y asistido por el Letrado Sr. Gil Muñoz.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** En fecha de 6 de junio de 2019, se presentó demanda promovida por D<sup>a</sup> Rocío y otro, frente a Unicaja Banco, en procedimiento ordinario derivado de nulidad de cláusulas contractuales, procediéndose a remitir las actuaciones al Juzgado de Instancia 4 de esta ciudad, el cual acordó la admisión a trámite de la demanda, en fecha de 20 de junio de 2019, y el emplazamiento de la parte demandada, procediéndose a contestar a la misma, por medio de la Procuradora Sra. Muro Sanz, en representación de Unicaja, procediéndose a admitir a trámite la contestación de la misma, y convocando a las partes a la correspondiente audiencia previa, para el día 8 de octubre de 2019, donde las partes procedieron a fijar la correspondiente instrucción, y, una vez efectuada la petición de la correspondiente prueba documental, quedaron los autos vistos para sentencia, dictándose ésta en fecha de 30 octubre de 2019.

**SEGUNDO.-** En la parte dispositiva de la sentencia, se contenía el siguiente fallo: "Que estimando la demanda interpuesta por el Procurador D. JULIÁN SAN JUAN PÉREZ en nombre y representación de D<sup>a</sup>. Rocío y D. Paulino contra UNICAJA BANCO S.A. representado por la Procuradora D<sup>a</sup>. NELIDA MURO SANZ debo:

1º) Declarar y declaro la nulidad de la cláusula contractual de limitación a la variación del interés contenida en la escritura de préstamo hipotecario otorgada por las partes el 5 de mayo de 2011 ante el Notario D. Javier Delgado Pérez-Iñigo al n° 956 de su protocolo y en concreto la previsión contenida dentro de la cláusula tercera bis, apartado 1, párrafo segundo, que dispone "...sin que en ningún caso, el tipo nominal anual resultante pueda ser inferior al dos por ciento" así como el último párrafo contenido en dicha cláusula tercera bis, apartado 3, que establece "la bonificación resultante de los párrafos anteriores no modifica el tipo mínimo establecido del dos por ciento, que será en todo caso aplicable en las sucesivas revisiones", así como cualquier otra referencia a esa limitación a la variación del interés contenida en la referida escritura, debiendo estar y pasar la demandada por dicha declaración.

Asimismo, debo declarar y declaro la nulidad del pacto privado de revisión de condiciones financieras de préstamos vigentes, suscrito entre las partes, el día treinta y uno de marzo, 2016, por el que se establece una rebaja temporal de la cláusula suelo contenida en la anterior escritura durante el periodo de tiempo establecido.

2º) Como consecuencia de ello, debo condenar y condeno a la entidad demandada a reintegrar a la parte actora las cantidades indebidamente cobradas en las cuotas del préstamo, que excedan de la estricta aplicación del interés pactado, y que hayan sido cobradas en aplicación de la citada cláusula y pacto que se declaran nulos desde la fecha de su inicial aplicación hasta su efectiva supresión, que serán determinadas una vez firme la presente sentencia sobre la base de recalcular los pagos que hubiesen tenido que efectuar la parte demandante en el caso de que la cláusula y pacto declarados nulos nunca hubiesen existido, debiendo la demandada recalcular y rehacer con exclusión de la referida cláusula que se declara nula, y de acuerdo con los términos fijados en el contrato, el cuadro de amortización del préstamo hipotecario desde su constitución hasta la actualidad, contabilizando el capital que efectivamente debió ser amortizado, que, en su caso, regirá en lo sucesivo hasta el fin del préstamo, y procediendo a la restitución de la diferencia entre lo efectivamente abonado y lo que se hubiera tenido que abonar de no existir dicha cláusula suelo y pacto anulados, aplicándose los intereses legales desde la fecha de cada cobro y hasta su completa satisfacción, que serán los del artículo 576 LEC a partir de la presente resolución.

3º) Condenar y condeno a la demandada al abono de las costas causadas en este procedimiento.

**TERCERO.-** Frente a esta sentencia, se interpuso recurso de Apelación por la parte demandada, dándose vista de su contenido a la parte actora, la cual procedió a oponerse al mismo, remitiéndose las actuaciones a esta Sala, designándose Magistrado Ponente y demás miembros de la misma, y fijando día para la correspondiente deliberación, votación y fallo, quedando pendiente de resolución desde entonces, habiéndose observado, en la tramitación del recurso, las prescripciones legales oportunas.

Ha sido designado Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. José Luis Rodríguez Greciano, quien expresa el parecer de esta Sala.



## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El recurso de Apelación se ciñe a dos pronunciamientos fundamentales, el relativo a la nulidad del pacto privado de revisión de las condiciones financieras de fecha de 31 de marzo de 2016, así como la nulidad por abusividad, de la cláusula limitativa del tipo de interés inserta en el préstamo hipotecario de 5 de mayo de 2011.

En cuanto a la primera de ellas, entiende que ha existido una transacción, y, por extensión tiene eficacia interna para dirimir el conflicto entre las partes.

En dicha cláusula se indicaba la presencia de unas condiciones financieras vigentes al tipo de interés actual de 2%, índice de referencia Euribor 12 meses media penúltimo año, diferencial 0,300 tipo mínimo 2,000 %. Las modificaciones eran del tipo de interés, 0,292%, periodo de vigencia desde 6 de abril de 2016, a 6 de mayo de 2016, sin tipo mínimo, afirmándose que el prestatario manifiesta expresamente conocer las condiciones financieras vigentes de un préstamo arriba indicado, estar informado, comprender las mismas, y mostrarse conforme con su aplicación, incluida la del tipo mínimo, hasta este momento, considerando lo anterior, las partes, acuerdan que durante el plazo indicado en el apartado periodo de vigencia, del cuadro modificaciones de este documento, el tipo de interés nominal anual aplicable al préstamo será el especificado el apartado tipo de interés de dicho cuadro. Finalizado el periodo de vigencia, referido en el párrafo anterior, el tipo de interés nominal actual, aplicable se determinará conforme a lo previsto en la escritura de préstamo, y las modificaciones de éste formalizadas con anterioridad a la fecha de este documento, excluyendo la aplicación del tipo mínimo pactado (cláusula suelo), tal como se establece en el apartado tipo mínimo del cuadro, y por la modificación pactada, en este documento, no se devengará ningún gasto o comisión a cargo del prestatario.

Para responder a esta cuestión basta con analizar el contenido de numerosas resoluciones anteriores dictadas por esta Sala, como la del rollo de Apelación 237/19, sentencia de 20 de diciembre de 2019, y 118/2019, de 3 de junio de 2019, y referida a la misma entidad apelante. Y donde se dirimía una cuestión similar a la presente.

Decía esta Sala en dicha sentencia, en argumento extrapolable al caso presente, que hay una cuestión que es evidente, si la parte apelante indica que al tiempo de la redacción de este pacto, los actores ya conocían o debían conocer la doctrina del TS, sobre la cláusula suelo, también, en buena lógica, era conocida por la entidad bancaria, que tiene, como no puede ser de otro modo, sus correspondientes asesores legales. Y aún, cuando como consecuencia de dicho pacto, se fija una disminución de la cláusula suelo, durante un periodo de 6 de abril de 2016, hasta 6 de mayo de 2016, sin tipo mínimo, y posteriormente se procederá a calcular el tipo de interés, de acuerdo con el nominal anual, de conformidad con lo fijado en la escritura de préstamo, pero eso sí, sin la existencia de una cláusula suelo. Siendo también cierto que en dicho pacto no se menciona, ni ha tenido lugar, la devolución a la parte actora, de las cantidades que ha pagado de más, durante el tiempo de vigencia anterior del contrato de préstamo hipotecario. Y en razón con los pagos efectuados en virtud de una cláusula suelo inserta en el contrato, que es claramente abusiva, al decir de la doctrina establecida por el TS en Pleno.

Tal como ha sido determinado recientemente, sobre la validez de estos pactos y en particular, en relación con la misma entidad ahora apelante, CEISS, ahora Unicaja, donde señalaba que en casos como el presente, donde se había establecido una cláusula suelo, que había generado un desequilibrio notable entre las prestaciones recíprocas de las partes, y que adolecía de falta de transparencia, en perjuicio de un consumidor, dicha cláusula era abusiva, nula de pleno derecho, y apreciable, incluso de oficio.

La consecuencia de lo expresado, es que no resulta correcta la afirmación del recurrente, en el sentido que el contrato resultó convalidado, por la firma, por parte de los prestatarios del documento privado, en el cual se acordó la reducción de la cláusula suelo. Puesto que la nulidad de la misma no ha quedado subsanada.

El supuesto, referido a la interpretación del documento de 31 de marzo de 2016, de revisión de condiciones financieras del préstamo, pacto privado, no entra en la previsión del art. 1208 del Código Civil, puesto que, este precepto prevé: La novación es nula, si lo fuere también la obligación primitiva, salvo que la causa de nulidad sólo pueda ser invocada por el deudor, o que la ratificación convalide los actos nulos en su origen.

En este caso, con relación a la denominada "cláusula suelo", como se ha dicho, se trata de una nulidad absoluta apreciable de oficio y no de una nulidad cuya causa solo pueda ser invocada por el deudor.

Este precepto legal 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 del mismo no se deduce que siempre que la nulidad de la obligación novada solo pueda ser invocada por el deudor, la novación suponga necesariamente la convalidación de la obligación novada y la consiguiente subsanación de los defectos de los que esta adolecía.



La nueva obligación adolecerá de los mismos vicios que la obligación novada, salvo que la voluntad de los interesados pueda y quiera subsanar tales defectos. Para que tal subsanación se produzca, es preciso que se den los requisitos que el art. 1311 del Código Civil y la jurisprudencia que lo desarrolla establecen para la convalidación de los negocios anulables.

En el caso enjuiciado, la protesta por la inclusión de una cláusula de la que no se advirtió a los prestatarios, pese a su trascendencia, y la petición de que al menos se les reduzca el suelo, incluso si se tratara de un vicio subsanable (que no lo es), no podría considerarse en ningún caso como una convalidación del contrato 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.

Se trata solamente de un pacto dirigido a reducir en lo posible las consecuencias negativas que la cláusula cuestionada, para los prestatarios, que no les impide posteriormente solicitar la declaración de nulidad absoluta de tal cláusula y la restitución de lo que el banco ha percibido indebidamente por su aplicación.

Por su parte La Sentencia del TS de 11.04.2018 del Pleno señala: 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; Estimación del motivo segundo, y citamos literalmente el contenido de la STS antes citada, "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.

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.**

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.

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 Gavrilescu ( 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

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)

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.

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".

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.

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 satisfactorio 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.**

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 3,75% 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 citada, accede a una rebaja del suelo inicial al 2,50%, 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. Y juntamente con lo anterior, que se discutiría o no 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 y para acreditarlo firman un documento ya redactado por la entidad bancaria, cuyos puntos aparecen ya expuestos en los fundamentos anteriores.

Aunque no necesariamente la firma de la cláusula equivale a su comprensibilidad real por el consumidor, es indudable que contribuye a permitir la constatación de su propia existencia.

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.

**SEGUNDO.-** Ahora bien, dicho lo anterior y 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), 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."

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 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 derivado de la voluntad de las partes; 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 suelo, incluidas en los iniciales contratos de préstamo hipotecario. No olvidemos entre otras cosas, que ni se reconoce la abusividad de la cláusula fijada en el préstamo hipotecario, ni, por supuesto se menciona nada en orden a la devolución de cantidad alguna, pagada indebidamente por la parte actora.

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, 20 de noviembre de 2015, 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". 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. La existencia de una corriente jurisprudencial, que era perfectamente conocida por la entidad bancaria, pero que no tenía por qué saberse por la parte actora, lega en Derecho, sobre la abusividad de las cláusulas suelo. Y siendo dicho contrato ajeno a la buena fe contractual.

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.

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.

**TERCERO.-** 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.

En el presente caso, la invalidez parcial de dicha cláusula, ya ha sido estimada por la decisión de la Juez a quo, con relación al carácter abusivo, por falta de transparencia, de las cláusulas suelo insertada en el contrato 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.

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.

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.

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.



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 "revisión de condiciones financieras de los préstamos vigentes". 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". Puesto que ni se menciona la abusividad de la cláusula, y menos aún, se acuerda la devolución de las cantidades pagadas de más.

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, previa, repetimos, a la redacción del pacto privado aludido, 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 un cambio de la coyuntura. 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.

En este contexto, cabe extraer las siguientes conclusiones.

a) 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).

b). El carácter transaccional de los citados documentos también resulta improcedente, pues vulnera la regla de la interpretación "contra proferentem" (art. 1288 del CC, ar. 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.

c). 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.

Finalmente la sentencia núm. 137/2019 de 06.03.2019 del Pleno de la Sala Civil del TS.

Decisión del tribunal: la imposición de la renuncia de acciones para el canje de bonos u obligaciones de entidades en riesgo de desaparición constituye una cláusula abusiva

1.- La renuncia de acciones contenida en la condición general cuestionada no infringe el art. 10 TRLGDCU porque no supone una renuncia previa a los derechos que dicha norma reconoce a los consumidores y usuarios.

La renuncia al ejercicio de cualquier reclamación o acción judicial o extrajudicial presente o futura se refería a las acciones nacidas de situaciones ya acaecidas, como era la comercialización de instrumentos híbridos (como las obligaciones subordinadas) por parte de Banco Ceiss y el canje realizado posteriormente por el FROB, y no a acciones derivadas de eventos futuros.

Habida cuenta de las circunstancias concurrentes (conocimiento por los clientes de la situación de grave crisis de la entidad financiera emisora de los productos financieros, que se encontraba inmersa en un "plan de resolución", en cuyo seno se produce el canje obligatorio de obligaciones por bonos y la posterior oferta de canje por bonos de otra entidad bancaria, con sucesivas pérdidas patrimoniales respecto de la inversión inicial), la situación de la que nacían las acciones a las que se renunciaba (acciones de anulación del contrato de adquisición de los productos financieros por vicio del consentimiento o de exigencia de responsabilidad contractual, fundamentalmente) ya se había producido y era conocida por las demandantes. Por tanto, se trataba de una renuncia a las acciones ya nacidas y que podían ser ejercitadas por las demandantes, no de una renuncia previa de derechos o acciones, que es lo que prohíbe el art. 10 TRLGDCU en el caso de consumidores.

Ahora bien, que no se esté en el supuesto previsto en el art. 10 TRLGDCU no significa que la condición general por la que las demandantes renunciaron al ejercicio de acciones o reclamaciones contra Banco Ceiss y Unicaja no pueda ser una cláusula abusiva por otras razones y, en concreto, porque habida cuenta de las circunstancias concurrentes en dicha renuncia, provoque un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes, en contra de las exigencias de la buena fe (art. 82.1 TRLGDCU). Al no tratarse de una condición general referida a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida de las previstas en el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, en la interpretación estricta que de esta norma ha hecho el TJUE, puede realizarse un control de contenido previsto en el art. 82.1 TRLGDCU, que desarrolla el art. 3.1 de la Directiva.

En el presente caso, la entidad emisora de los productos financieros se encontraba en proceso de "resolución", por lo que tras el canje obligatorio de las obligaciones subordinadas por bonos del Banco Ceiss, los inversionistas no tenían otra alternativa razonable, para no perder toda su inversión, atendidas las vicisitudes por las que atravesaba la entidad emisora, que aceptar la oferta de canje realizada por Unicaja, pese a que suponía una nueva pérdida patrimonial y se condicionaba a la renuncia al ejercicio de acciones. Por tanto, a los clientes que invirtieron en productos híbridos de Banco Ceiss se les planteaba la disyuntiva de aceptar, en un breve periodo de tiempo, la renuncia a las acciones que pudieran corresponderles por la comercialización de tales productos o arriesgarse a sufrir una pérdida patrimonial inmediata y posiblemente absoluta. Se trató de la imposición de la renuncia a solicitar tutela judicial efectiva en una situación límite de la que el cliente no es responsable.

Además de lo anterior, el mecanismo de revisión y el propio canje para cuya consecución se estableció la condición de renunciar al ejercicio de acciones, estaban sometidos a condiciones imprecisas, como las de obtener la adhesión de accionistas y bonistas en porcentajes no concretados.

Asimismo, la contraprestación que resultaba condicionada a la renuncia de acciones (además del canje de bonos, con entrega de bonos de Unicaja de cuantía muy inferior a la inversión original en obligaciones subordinadas de Banco Ceiss e incluso de los bonos Ceiss por los que aquellas fueron canjeadas obligatoriamente, y de rendimiento incierto, pues se condicionaba a que la entidad emisora obtuviera beneficios y no decidiera declarar un supuesto de no remuneración) consistía en un "mecanismo de revisión" para conseguir una indemnización al menos parcial de la pérdida patrimonial sufrida, de bases imprecisas, que no consistía propiamente en un **arbitraje** y cuya solvencia y garantías se desconocían. Buena prueba de ello fue que el "experto" que resolvió las solicitudes de revisión desestimó la solicitud de las demandantes de que se les compensara la pérdida de la inversión porque "en la fecha de contratación del Producto de inversión CEISS, Usted reunía el perfil adecuado para la complejidad y naturaleza del Producto de Inversión CEISS" cuando en el canje de los bonos Ceiss por los bonos de Unicaja, realizado en un momento en que las demandantes ya



tenían conocimiento de los riesgos que afectaban a este tipo de productos por haber sufrido personalmente las consecuencias de la crisis de Banco Ceiss, se les informó por Banco Ceiss que "la evaluación realizada impide considerar la operación de referencia como conveniente".

En estas circunstancias, la condición general en la que se establece la renuncia de los clientes al ejercicio de cualquier tipo de reclamación o acción judicial o extrajudicial presente o futura 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.

Las circunstancias que determinan el carácter abusivo de esta condición general no concurrían en el supuesto enjuiciado en la sentencia 205/2018, de 11 de abril, en el que el cliente no se veía ante el riesgo inminente de pérdida patrimonial grave si no aceptaba la transacción en un breve periodo de tiempo.

**CUARTO.-** Así las cosas, la cuestión objeto de análisis ha de ser enjuiciada desde una perspectiva casuística, pues como se deduce de la exposición jurisprudencial expuesta en el fundamento anterior no existe un criterio nítido, e incluso algún órgano jurisdiccional unipersonal ha planteado cuestión prejudicial al TJUE, que sin embargo, no comporta necesariamente la suspensión si el órgano judicial que tiene que afrontar la decisión no se le plantea la duda interpretativa objeto de tal cuestión.

Pues bien, en el presente supuesto, el documento de modificación de condiciones, se suscribe en 31 de marzo 2016 cuando ya es conocido el criterio judicial de nuestro T.S. sobre las cláusulas suelo (la doctrina del TS, había sido fijada ya dos años antes).

Se trata de un documento prerredactado por la entidad bancaria, entre otras cosas, -por el número de pleitos que tenemos con la misma entidad bancaria, en relación con idénticos documentos, firmados con las mismas cláusulas, en fechas similares-, sin que haya acreditado que se dio información a los clientes de la trascendencia económica que para ellos suponía, renunciar a reclamar las cantidades presuntamente cobradas de más en aplicación de la cláusula.

No se titula documento transaccional, ni se describe la eventualidad de un litigio que podría formularse, sino que está redactado en forma de convalidación y reafirmación de validez, sin que la mejora de las condiciones se anude expresamente a ninguna renuncia, lo que difícilmente permite su catalogación como transacción.

Estamos, en definitiva, ante una pretendida convalidación de una cláusula radicalmente nula, lo que no es posible de conformidad con el art. 1.208 del Código Civil.

Por todo ello, la Sala se decanta, por apreciar la imposibilidad de novación o convalidación por los argumentos contenidos tanto en la sentencia de 16 de Octubre de 2017, como en el voto particular de la sentencia de 11 de Abril de 2018, que constan en el fundamento anterior, y a lo que nos remitimos para evitar reiteraciones, pues no apreciamos que se den los requisitos de una auténtica y válida transacción.

Siendo perfectamente extrapolables estos argumentos al presente supuesto.

Recordar, entre otras, la SAP de Jaén de 14 de diciembre de 2018, precisamente, con respecto a la misma entidad apelante, y aludiendo a un documento, que había sido presentado a la firma, al prestatario, y que giraba bajo el nombre "revisión de condiciones financieras de préstamos vigentes", es decir, exactamente el mismo que en el caso de autos, lo que determina que estos documentos fueron previamente redactados por la entidad bancaria, y que obedecen a una voluntad de dicha entidad, de evitar el pago de cantidades que había cobrado de más, por aplicación de la cláusula suelo a sus clientes. Y a cuyos documentos se adhirió el prestatario.

Pues bien, en relación con esta misma cuestión litigiosa, dicha Sala indicó que "el documento privado, que había sido fechado igual que el presente en 2015, visto su contenido, no convalida la cláusula suelo, ni puede ser considerado como una transacción con los efectos correspondientes, pues no **se hacen concesiones recíprocas para evitar el pleito, ni contiene renuncia de los prestatarios de forma clara, para ejercitar la acción de nulidad de la citada cláusula, o a reclamar las cantidades cobradas con anterioridad por su aplicación**".

Citando para ello, las STS de 16 de octubre de 2017, 11 de abril de 2018.

Esta misma doctrina es perfectamente aplicable al caso presente.

Es decir, tanto si se considerara que el documento implicaba una renuncia implícita de acciones, como si no, la firma del mismo, no sería óbice para que los clientes, como han hecho en este procedimiento, reclamaran con éxito, la devolución de las cantidades cobradas de más, en razón de una cláusula suelo, nula de pleno derecho, por abusiva.



Recordar, a su vez, el ATS de 9 de abril de 2019, número 3965/19, donde sí admitió el carácter de transacción a un pacto suscrito por esta entidad apelante, pero siempre y cuando, como sucedió en dicho pleito, el pacto conllevara la devolución de las cantidades satisfechas de más, que habían sido pagadas por parte del cliente.

Lógicamente, y a tenor de lo dicho, y en la medida que el pacto transaccional no es tal, y por tanto, el pacto privado es nulo, a la luz de la doctrina fijada por el Tribunal Supremo, y obviamente también será nula la cláusula suelo fijada en el préstamo hipotecario suscrito en fecha de 2 de mayo de 2006, siguiendo la línea establecida con relación a esta misma entidad bancaria, en sentencia de 10 octubre 2019, recurso 188/2019, seguido en esta misma Sala.

En definitiva, el recurso de apelación ha de ser desestimado, confirmándose, en su integridad, la sentencia recurrida. Por cuanto el segundo punto del recurso de Apelación, se anuda al primero, esto es, "al tener el pacto privado de 31 de marzo de 2016, la consideración de transacción, no puede anular la cláusula del tipo de interés, al haber sido modificada". Y siendo cierto, como se deriva del razonamiento anterior, que dicho pacto privado, no tiene la consideración de transacción, evidentemente, la cláusula de tipo de interés pactada en el contrato era abusiva, y, por extensión nula.

Por lo que, por el mismo razonamiento, también se habría de desestimar el segundo y último motivo de recurso, confirmándose, en su integridad, la sentencia recurrida.

**QUINTO.-** Conforme con el artículo 398 de la LEC, en relación con el artículo 394 del mismo cuerpo legal, las costas de esta alzada, al igual que las generadas en la Primera Instancia, han de ser satisfechas por la parte cuyas pretensiones hayan sido totalmente desestimadas, en este caso, las de esta segunda Instancia, han de ser impuestas a la parte apelante. Sin que se pueda aludir a la existencia de dudas de hecho o de derecho, ante el número de resoluciones similares que han tenido lugar, con relación a esta materia, por los distintos órganos judiciales de este país. E incluso, como se ha mencionado anteriormente, por esta misma Sala, en relación con la misma entidad bancaria ahora apelante, y en relación con la interpretación de un documento similar. Y que aparentemente ha sido desconocida por la entidad recurrente.

Firme que sea esta resolución, habrá de darse a la cantidad ingresada como depósito para recurrir, cuya pérdida se decreta, el destino legal que corresponda, conforme los números 9 y 10 de la disposición adicional decimoquinta de la LO 1/09 de 3 de noviembre.

Vistos los artículos citados y los demás de general aplicación.

## FALLAMOS

Que **debemos desestimar y desestimamos** el recurso de Apelación interpuesto por la Procuradora Sra. Muro Sanz, en nombre y representación de UNICAJA BANCO SA, antes BANCO DE CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES, SALAMANCA Y SORIA SAU, frente a la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción 4 de esta ciudad, de fecha 30 de octubre 2019, en autos de procedimiento ordinario número 263/2019, seguido en dicho órgano judicial, y, en su consecuencia, **debemos de confirmar, y confirmamos**, en su integridad, la sentencia recurrida.

Imponiendo expresamente las COSTAS de esta alzada a la parte apelante.

Firme que sea esta resolución, habrá de darse a la cantidad ingresada como depósito para recurrir, cuya pérdida se decreta, el destino legal que corresponda.

La presente resolución es susceptible de recurso de casación por interés casacional y extraordinario por infracción procesal siempre que se cumplan los requisitos legal y jurisprudencialmente exigidos, a interponer ante este mismo tribunal en el plazo de veinte días contados desde el día siguiente a su notificación. Y firme que sea devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de la resolución para su cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los Ilmos Sres Magistrados al margen.