

# Sentencia Tribunal Supremo 11/11/2020

Tribunal Supremo , 11-11-2020 , nº 589/2020, rec.1532/2018,

Pte: Díaz Fraile, Juan María

ECLI: ES:TS:2020:3688

## ANTECEDENTES DE HECHO

Tramitación en primera instancia.

1.- El procurador D. Julián Sánchez Alamillo, en nombre y representación de D. Luis Miguel, interpuso demanda de juicio ordinario contra Caja Rural de Navarra, Sociedad Cooperativa de Crédito, en la que solicitaba se dictara sentencia:

"[...] estimatoria declarando la nulidad:

"- de la cláusula suelo (tipo de interés mínimo) establecida en el contrato de préstamo hipotecario variable que vincula al actor con la demandada, y que establece un tipo de interés nominal anual resultante de cada variación, nunca inferior al 2,00 %, así como la nulidad de la novación posterior;

"- de la cláusula sexta interés de demora.

"- de la cláusula quinta gastos a cargo del prestatario.

"- de la cláusula séptima resolución anticipada del contrato.

"Con expresa condena en costas a parte la demandada".

2.- La demanda fue presentada el 20 de enero de 2017 en el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Zaragoza y por falta de competencia territorial del mismo se recibió con fecha 16 de mayo de 2017 en el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Vitoria-Gasteiz, y fue registrada con el n.º 388/2017. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- El Procurador D. Julián Sánchez Alamillo, en representación de D. Luis Miguel, contestó a la demanda, solicitando su desestimación y la expresa condena en costas a la parte actora.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Vitoria-Gasteiz dictó sentencia 252/2017, de 4 de octubre, con la siguiente parte dispositiva:

"Estimo la demanda de juicio ordinario, interpuesta para declaración de nulidad de condiciones generales de la contratación con acción acumulada de reclamación de cantidad, seguidos ante este Juzgado, al que por turno de reparto corresponden, a instancia del Procurador Sr. Sánchez, en representación de D. Luis Miguel, asistido por la Letrada Sra. Vela, contra "Caja Rural de Navarra, Sociedad Cooperativa de Crédito", representada por la Procuradora Sra. Botas y asistida por el Letrado Sr. Mendive, y en consecuencia, de conformidad con los anteriores fundamentos, DECLARO, la nulidad de;

"1º, la denominada "cláusula suelo", incluida en el último párrafo de la cláusula tercera de la escritura de concesión de préstamo con garantía hipotecaria, suscrita entre las partes, el 14 de diciembre de 2010, ante el notario Sr. Alfredo Pérez Ávila, con número de protocolo 3.370, y asimismo su novación en documento privado posterior de 9 de septiembre de 2015.

"2º, la denominada "cláusula de interés de demora", por la que se fija el interés del 18,00 por ciento, en la cláusula sexta de la escritura de concesión de préstamo con garantía hipotecaria, suscrita entre las partes, el 14 de diciembre de 2010, ante el notario Sr. Alfredo Pérez Ávila, con número de protocolo 3.370.

"3º, la denominada "cláusula de gastos", por la que se atribuyen todos aquellos al prestatario, en la cláusula quinta de la escritura de concesión de préstamo con garantía hipotecaria, suscrita entre las partes, el 14 de diciembre de 2010, ante el notario Sr. Alfredo Pérez Ávila, con número de protocolo 3.370.

"4º, la denominada "cláusula de vencimiento anticipado", por la que se otorga derecho al demandado en cualquier situación de impago, en la cláusula séptima, apartado a) de la escritura de concesión de préstamo con garantía hipotecaria, suscrita entre las partes, el 14 de diciembre de 2010, ante el notario Sr. Alfredo Pérez Ávila, con número de protocolo 3.370.

"Todo ello, con expresa condena en costas a la parte demandada".

Tramitación en segunda instancia.

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Caja Rural de Navarra, Sociedad Cooperativa de Crédito. La representación de D. Luis Miguel se opuso al recurso.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Álava, que lo tramitó con el número de rollo 658/2017 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia 54/2018, de 13 de febrero, cuyo fallo dispone:

"Desestimar el recurso de apelación interpuesto por Caja Rural de Navarra, SCC. contra la sentencia nº 252/17 dictada en el procedimiento ordinario seguido bajo nº 388/17 ante el Juzgado de Primera Instancia Núm. Dos de Vitoria-Gasteiz, y en consecuencia confirmamos dicha sentencia e imponemos a la recurrente las costas de la apelación".

Interposición y tramitación del recurso de casación

1.- La procuradora D.<sup>a</sup> Mercedes Botas Armentia, en representación de Caja Rural de Navarra, Sociedad Cooperativa de Crédito, interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Primero. - Vulneración del artículo 1.261 del Código Civil en relación con el artículo 1091, 1088 y 1255 del Código Civil. Existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales sobre la validez del acuerdo privado de eliminación del tipo de interés ordinario mínimo.

"Segundo. - Infracción del art. 6.2 del Código Civil y art. 10 del Real Decreto Legislativo 1/2007. de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y de la doctrina jurisprudencial sobre la renuncia de derechos.

"Tercero.- Infracción del artículo 7 del Código Civil y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre los actos

propios.

"Cuarto.- Infracción de los artículos 7 y 8 LCGC. y art. 82, con oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa al control de transparencia de las condiciones generales de los contratos celebrados con consumidores, por considerar la Audiencia Provincial que la cláusula de vencimiento anticipado es nula por no superar dicho control, que no le es aplicable.

"Quinto.- Infracción del art. 82 TRLDCU y art. 6.1 de la Directiva 93/13, con oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa a los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula del vencimiento anticipado, por considerar la Audiencia Provincial que la cláusula debe eliminarse y expulsarse del contrato, interpretación teleológica de las normas".

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 27 de mayo de 2020, que admitió el recurso y acordó dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición.

3.- D. Luis Miguel se opuso al recurso.

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 17 de septiembre de 2020. Por providencia de 17 de septiembre de 2020 se acordó la suspensión del señalamiento y se señaló de nuevo para deliberación, votación y fallo del pleno de la Sala el 21 de octubre de 2020, en que tuvo lugar, con la asistencia presencial de ocho magistrados y la asistencia mediante el sistema de videoconferencia habilitado por el Ministerio de Justicia del Excmo. Sr. D. Antonio Salas Cancellor y del Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

Resumen de antecedentes

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

1.- El 14 de diciembre de 2010, D. Luis Miguel, como prestatario, y Caja Rural de Navarra, S.C.P., como prestamista, suscribieron una escritura de préstamo hipotecario por importe de 142.000 euros, a interés variable, de forma que, conforme a la estipulación tercera, el préstamo devengaría inicialmente un interés ordinario anual del 2,40%, pagadero mensualmente, con revisiones semestrales, fijando como tipo de interés vigente para cada periodo semestral el resultante de incrementar 1,30% al tipo de referencia pactado, y con la previsión de determinadas bonificaciones.

En la misma estipulación tercera, en un apartado separado bajo el epígrafe "tipo de interés ordinario mínimo", destacado tipográficamente en mayúsculas y negrita, se pactó lo siguiente:

"Pactan las partes expresamente que el tipo de interés ordinario resultante de lo anteriormente pactado no podrá ser nunca inferior al 2,00 por ciento anual".

Por otra parte, en la cláusula séptima ("Resolución anticipada del contrato") se estipuló:

"No obstante el plazo fijado para la devolución del préstamo, la Caja Rural de Navarra podrá resolver el contrato, declarando vencida totalmente la operación, y exigir el pago de la cantidad total adeudada en dicho

momento por todos los conceptos, sin necesidad de requerimiento ni resolución judicial, en los siguientes casos:

a) Cuando la parte prestataria no se halle al corriente en el pago de las anualidades o cuotas de amortización e intereses vencidos, siendo suficiente el impago de una sola de las cuotas del préstamo [...]"

2.- El 9 de septiembre de 2015, después de que esta Sala Primera hubiera dictado su sentencia 241/2013, de 9 de mayo, las mismas partes contratantes suscribieron un documento privado de modificación de la cláusula suelo y de renuncia recíproca al ejercicio de acciones. En lo ahora relevante, dicho documento presenta el siguiente contenido:

"Las partes, en la condición en que intervienen, se reconocen plena capacidad y facultades suficientes para el otorgamiento del presente ACUERDO, a cuyo efecto,

" EXPONEN

" I. Que el prestatario tiene formalizado con la caja un préstamo hipotecario con el número de orden [...]-

"II. En el préstamo las partes pactaron el establecimiento de un límite mínimo a la variación del tipo de interés (en adelante, la "cláusula suelo").

"III. Durante la vigencia del préstamo la parte prestataria ha abonado las cuotas hipotecarias, estando informada del tipo que se ha aplicado a cada una de ellas, así como de la aplicación del tipo de interés mínimo.

"IV. Que, debido a la problemática surgida con las cláusulas suelo, incluida la actual tendencia jurisprudencial favorable a la eliminación de las mismas, la Caja ha efectuado a la prestataria una nueva oferta para las condiciones del préstamo antes reseñado que incluye varias posibilidades.

"V. En virtud de todo lo anterior, las partes están interesadas en alcanzar un acuerdo (en adelante, el "Acuerdo") en relación con la cláusula suelo del préstamo sobre la base de las siguientes

" ESTIPULACIONES

" PRIMERA: En virtud del presente Acuerdo y, a la vista de la oferta de efectuada por la Caja anteriormente reseñada, la prestataria ha elegido la opción de eliminar el límite mínimo a la variación del tipo de interés o cláusula suelo, fijándolo en el 0,00 %, estableciéndose un periodo de tipo fijo del 1,90% a aplicar al préstamo hipotecario. Dicho periodo fijo comenzará a surtir efectos en la próxima cuota y finalizará una vez transcurridos cinco años desde la fecha de la próxima revisión del préstamo hipotecario. Una vez finalizado dicho periodo el préstamo volverá al liquidar conforme al tipo de referencia y diferencial pactados, manteniéndose vigentes el resto de las condiciones financieras del préstamo.

" La eliminación del tipo mínimo se efectúa, desde este momento, a los efectos de su operatividad como limitación a la baja del tipo de interés y para toda la vida de la operación. Desde el punto de vista hipotecario, la cláusula suelo mantiene su vigencia únicamente al objeto de amparar en la garantía hipotecaria el tipo de interés fijo aplicable durante el periodo pactado en este contrato.

" Transcurrido el periodo de tipo de interés fijo pactado en este documento, el tipo mínimo desaparecerá a todos los efectos.

" Las modificaciones precitadas comenzarán a surtir efectos desde la próxima liquidación, a partir de la firma del presente Acuerdo.

" SEGUNDA: Con la firma del Acuerdo, ambas partes declaran que nada más tienen que reclamarse entre sí respecto de la cláusula suelo. Por tanto, el prestatario renuncia a reclamar cualquier concepto relativo a dicha cláusula, así como a entablar reclamaciones extrajudiciales o acciones judiciales con dicho objeto, tanto en acciones individuales como en las derivadas de cualquier acción de carácter general o difuso.

" TERCERA: [...]

" CUARTA. Cualquiera de las partes podrá solicitar la elevación a documento público del presente contrato, con gastos a cargo de quién lo solicite.

" QUINTA: Se une a la presente la oferta aceptada por la parte prestataria".

3.- En la citada oferta se ofrecían las siguientes opciones:

"1. Mantener el préstamo hipotecario en la situación actual.

"2. Eliminación de la cláusula suelo, estableciéndose un tipo fijo durante 5 años (redondeado, por exceso, hasta la fecha revisión siguiente) del 1,90 por ciento. El resto de años, hasta el vencimiento, se mantiene el mismo diferencial que tiene actualmente la hipoteca.

"3. Eliminar el suelo estableciéndose un tipo fijo durante 20 años (redondeado, por exceso, hasta la fecha de la revisión siguiente. Si la de vencimiento del préstamo es anterior a dicha fecha, hasta la fecha de vencimiento del préstamo) del 2,25 por ciento. El resto de años, hasta el vencimiento, se mantiene el mismo diferencial que tiene actualmente la hipoteca.

"4. Eliminar el suelo estableciéndose un tipo fijo durante 2 años (redondeado, por exceso, hasta la fecha de la revisión siguiente) del 1,90 por ciento. El resto de años, hasta el vencimiento, se incrementa el diferencial que tiene actualmente la hipoteca en 0,15 puntos.

"5. Eliminar el suelo incrementando desde el primer momento el diferencial que tiene actualmente la hipoteca en 0,15 puntos".

4.- El Sr. Luis Miguel presentó una demanda en la que pidió la declaración de nulidad de: (i) la cláusula suelo (tipo de interés mínimo del 2%) establecida en el contrato de préstamo hipotecario; (ii) la novación posterior; (iii) la cláusula sexta sobre el interés de demora; (iv) la cláusula quinta sobre los gastos a cargo del prestatario; y (v) la cláusula séptima relativa a la resolución anticipada del contrato.

5.- El juzgado de primera instancia estimó la demanda. En lo que ahora interesa, declaró la nulidad de:

"1º la denominada "cláusula suelo", incluida en el último párrafo de la cláusula tercera de la escritura de concesión de préstamo con garantía hipotecaria, suscrita entre las partes, el 14 de diciembre de 2010, ante el notario Sr. Alfredo Pérez Ávila, con número de protocolo 3.370, y asimismo su novación en documento privado posterior de 9 de septiembre de 2015. [...]

"4º la denominada "cláusula de vencimiento anticipado", por la que se otorga derecho al demandado en cualquier situación de impago, en la cláusula séptima, apartado a) de la escritura de concesión de préstamo con garantía hipotecaria, suscrita entre las partes, el 14 de diciembre de 2010, ante el notario Sr. Alfredo Pérez Ávila, con número de protocolo 3.370.

" Todo ello, con expresa condena en costas a la parte demandada".

6.- La Caja Rural de Navarra, SCC. recurrió en apelación la sentencia de primera instancia. En lo que ahora interesa, en relación con los pronunciamientos que afectan a las cláusulas suelo y de vencimiento anticipado, alegó, en esencia, lo siguiente: (i) consideró válido el acuerdo suscrito el 9 de septiembre de 2015 entre las partes, en virtud del cual eliminaron la cláusula suelo; (ii) la cláusula sobre interés mínimo cumple los requisitos de transparencia; está redactada con claridad, concreción y sencillez; la información facilitada cumplió los requerimientos de comprensibilidad; y (iii) también consideró válida la cláusula de vencimiento anticipado con fundamento en los arts. 693 LEC y 85.4 LGDCU, en la doctrina del Tribunal Supremo y en los usos del comercio ( art. 2 del CCo).

7.- La Audiencia desestimó el recurso. Confirmó la nulidad de la cláusula suelo inicial y su novación posterior, así como la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado.

a) En cuanto a la novación de la cláusula suelo argumentó:

(i) la ineficacia de "los acuerdos transaccionales extrajudiciales relacionados con cláusulas abusivas", ya que "el pacto transaccional no puede originar nuevos vínculos cuando la cláusula que pretende suprimir o sustituir era nula de pleno derecho y, en consecuencia, las liquidaciones de intereses en base a esta cláusula no debieron existir, el pacto no puede convalidar una cláusula radicalmente nula ni las liquidaciones derivadas de ella. Lo que es nulo ningún efecto produce";

(ii) con fundamento legal en los arts. 8 LCGC y 10 bis.2 LGDCU, afirmó que las cláusulas abusivas adolecen de nulidad absoluta, y que la imposibilidad de su confirmación o convalidación ha sido afirmada por la jurisprudencia, entre otras en las sentencias de esta Sala de 9 de mayo de 2013 (rec. 485/2012) y las posteriores de 25 de marzo de 2015 (rec 2351/2012) y 654/2015 de 19 de noviembre. Conforme a esta última:

"tratándose de nulidad radical (inexistencia) no cabe la confirmación o convalidación posterior del contrato. Siendo doctrina reiterada de esta Sala que la inexistencia o nulidad radical no puede ser objeto de confirmación, o convalidable por los actos propios [...]".

(iii) Invocó también la doctrina jurisprudencial sobre los actos propios, reflejada en la sentencia 187/2015, de 7 de abril:

"la jurisprudencia en torno a la doctrina de los actos propios, cuya base legal se encuentra en el artículo 7 CC, con carácter general, exige la concurrencia de las siguientes circunstancias: i) que el acto que se pretenda combatir haya sido adoptado y realizado libremente; ii) que exista un nexo causal entre el acto realizado y la incompatibilidad posterior; iii) que el acto sea concluyente e indubitado, constitutivo de la expresión de un consentimiento dirigido a crear, modificar y extinguir algún derecho generando una situación desacorde con la posterior conducta del sujeto. Pero como presupuesto esencial para su aplicación, resulta imprescindible que el acto sea susceptible de ser confirmado .... la jurisprudencia de esta Sala establece que sólo son susceptibles de ser confirmados los contratos que reúnan los requisitos del artículo 1261, a saber, los elementos esenciales, consentimiento, objeto y causa, en definitiva, la doctrina de los actos propios no es aplicable en materia de nulidad";

(iv) consideró que la reseñada jurisprudencia no fue infringida por la sentencia de primera instancia, ya que el contenido del acuerdo de 9 de septiembre de 2015 revela que se "modificó el tipo de interés estableciendo un tipo fijo por cinco años de 1,9%, lo cual significa que no se reconocieron exactamente los efectos de la nulidad, más si se impuso una genérica renuncia a reclamar por cualquier concepto, lo que incluiría el reintegro de lo indebidamente pagado, que razonablemente no puede entenderse aceptada sino desde la ignorancia o falta de información sobre los efectos reales derivados de la nulidad absoluta, en concreto, además de la eliminación

incondicional del suelo en el tipo variable, sin ninguna reintegración de la cláusula, los referidos al reintegro de los intereses ya abonados en exceso por efecto del referido suelo".

b) En cuanto a la cláusula suelo incluida en la inicial escritura del préstamo hipotecario, consideró que es abusiva, con base en la doctrina jurisprudencial sobre dicha cláusula, al estimar que no supera el control de inclusión ni el de comprensibilidad, ya que el concreto párrafo del contrato donde se introduce la referida cláusula, aun diferenciado, sin embargo se enmascara y confunde dentro de una cláusula más amplia, destina a fijar la bases para aplicar un tipo variable; y no se acreditó documentalmente la entrega de la oferta vinculante.

c) Respecto a la cláusula de vencimiento anticipado (intitulada "resolución anticipada del contrato"), la Audiencia declaró su nulidad por abusividad por las siguientes razones: (i) si bien afirma que está redactada de forma clara y comprensible, vincula dicha facultad de resolución o vencimiento anticipado al impago de una sola cuota y al incumplimiento por la parte prestataria de cualesquiera de las obligaciones que contrae en la escritura; (ii) la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015 concluyó que "una cláusula de vencimiento anticipado que permite la resolución por el incumplimiento de un solo plazo, incluso parcial y respecto de una obligación accesorio, debe ser reputada como abusiva, dado que no se vincula a parámetros cuantitativa o temporalmente graves"; (iii) por todo ello la cláusula del caso es abusiva y consecuentemente nula, pues "produce un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio del consumidor, poder decretar el vencimiento anticipado con el impago de una cuota, en un préstamo previsto a un plazo de treinta y cinco años y 420 cuotas"; (iv) En cuanto a los efectos de la declaración de nulidad, afirmó la Audiencia que:

"Si la cláusula, con independencia de los impagos realmente producidos, se debe eliminar y expulsar del contrato, por abusiva, no puede producir efecto alguno en perjuicio del consumidor y, por tanto, no podemos considerar, como pretende la recurrente, aplicable el art. 693.2 LEC, para mantener la vigencia de la cláusula. Esa norma autoriza y condiciona la inclusión de la cláusula resolutoria en el contrato, pero no constituye un supuesto legal de resolución tácita, ni puede fundar la aplicación sustitutiva de una norma de Derecho Nacional, pues como se ha puesto de relieve el restablecimiento del equilibrio entre los derechos y obligaciones queda cumplido con la eliminación y expulsión de la cláusula del contrato"

8. Frente a la sentencia de apelación, Caja Rural de Navarra interpone recurso de casación, en su modalidad de interés casacional, que se articula en cinco motivos.

Recurso de casación. Formulación de los motivos primero, segundo y tercero.

1.- El primer motivo denuncia la vulneración del art. 1.261 CC, en relación con los arts. 1091, 1088 y 1255 CC. El interés casacional se justifica en la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales sobre la validez del acuerdo privado de eliminación del tipo de interés ordinario mínimo.

En su desarrollo se argumenta, en síntesis, que (i) el acuerdo privado firmado entre las partes eliminó la cláusula suelo, y no se limitó a modificar el límite de variabilidad pactado inicialmente; (ii) dicho acuerdo reúne todos los requisitos establecidos en el art. 1261 CC (consentimiento, objeto y causa) para la validez de los contratos; (iii) la declaración de nulidad de dicho acuerdo supone una infracción de los arts. 1261, 1091, 1088 y 1255 CC, y de los principios "pacta sunt servanda", de autonomía de la voluntad y de la libertad de contratar, y una vulneración de la jurisprudencia de esta Sala sobre tales principios (sentencias de 17 de diciembre de 2010 - rec. 765/2007 -, y 693/2012, de 12 de noviembre). Justifica, además, el interés casacional por la existencia de pronunciamientos contradictorios de las Audiencias Provinciales sobre la cuestión de la validez o nulidad de los acuerdos para la eliminación de las cláusulas suelo, con cita de diversas sentencias.

2.- El segundo motivo alega infracción de los arts. 6.2 CC y 10 TRLDCU, y vulneración de la jurisprudencia

sobre la renuncia de derechos.

En el desarrollo del motivo se justifica el interés casacional en la infracción de la jurisprudencia que sobre la renuncia de derechos se contiene en las sentencias de esta Sala 9/1995, de 28 de enero, y 271/1997, de 5 de abril. Considera que: (i) la renuncia incluida en el acuerdo controvertido fue "clara, explícita, inequívoca, terminante y sin dudas sobre su significado", como exige para su validez esa jurisprudencia; (ii) que ese carácter inequívoco de la renuncia de acciones se confirma a la vista del conjunto de los hechos anteriores, coetáneos y posteriores a su otorgamiento: el cliente recibió información previa, estudió la operación, meditó y decidió cuál de las opciones ofrecidas le convenía más, siendo consciente del contenido y consecuencias del acuerdo; (iii) que dicha renuncia no contradice el orden público ni el interés de terceros ( art. 6.3 CC); (iv) tampoco infringe la limitación legal a la renuncia previa de derechos del consumidor (art. 10 TRLDCU), ya que el acuerdo privado es posterior en más de dos años a la fecha en que se produjo la primera aplicación de la cláusula suelo (14 de enero de 2013); es decir, el acuerdo se firmó después de que el contrato iniciara sus efectos, cuando ya se habían devengado con frecuencia cuotas con aplicación del tipo mínimo, y "por lo tanto, la cláusula suelo había expresado sus características y funcionamiento"; (v) es un documento de reducida extensión, fácil de leer y entender; (vi) tampoco se puede hablar de nulidad por error o desconocimiento sobre sus consecuencias jurídicas y económicas, pues en la fecha en que se firmó era tema de interés mediático; y (vii) no se trata de una renuncia previa, y tampoco genérica, pues se limita a las acciones relativas a la propia cláusula suelo eliminada, único objeto del acuerdo.

3.- El tercer motivo del recurso se basa en la infracción del art. 7 CC y de la jurisprudencia sobre los actos propios.

En su desarrollo se manifiesta la estrecha vinculación entre este motivo y el anterior, y se razona la concurrencia del interés casacional en la infracción de la jurisprudencia que sobre el principio de la buena fe y la doctrina de los actos propios se contiene en las sentencias de esta sala 81/2005, de 16 de febrero, 370/2006, de 6 de abril, 284/2006, de 17 de marzo, y 12 de enero de 2015 (rec 2290/2012), jurisprudencia que considera quebrantada por admitir la Audiencia el ejercicio de una acción de impugnación que contradice la renuncia de acciones pactada junto con la eliminación de la cláusula suelo.

4.- Dada la íntima conexión argumental y lógica de los tres motivos, se resolverán conjuntamente.

Decisión de la sala. Cuestiones preliminares: la delimitación del objeto del recurso, y la calificación del contrato contenido en el documento privado de modificación de la cláusula suelo.

1.- Antes de entrar en el examen de los motivos del recurso reseñados, conviene precisar dos extremos que delimitan el ámbito de la presente controversia.

2.- En primer lugar, hay que destacar que el recurso no se dirige contra todos los pronunciamientos de la sentencia de la Audiencia, sino que se limita a los siguientes extremos: (i) la declaración de nulidad del acuerdo privado de eliminación del tipo de interés ordinario mínimo y de renuncia de acciones; y (ii) la declaración de nulidad de la cláusula sobre vencimiento anticipado del préstamo hipotecario y sobre los efectos de dicha declaración.

En el suplico del recurso se concreta la postulación impetrada en que se anule la sentencia de la Audiencia en tales extremos y, en su lugar, se dicte otra por la que se declare "la plena validez y eficacia del acuerdo privado de eliminación del tipo de interés ordinario mínimo, por el cual se establece la eliminación de la cláusula suelo [...] y en cuanto a la cláusula del vencimiento anticipado se concreten los efectos de su declaración de nulidad, no pudiendo suponer la expulsión de tal cláusula del contrato y privación del acceso al procedimiento de ejecución hipotecaria".



En consecuencia, no es objeto del recurso la declaración de nulidad de la cláusula suelo incluida inicialmente en la escritura de préstamo hipotecario, pronunciamiento que ha devenido firme.

3.- En segundo lugar, en cuanto a la naturaleza jurídica del reiterado acuerdo privado de 9 de septiembre de 2015, según es interpretado por la sentencia de la Audiencia, debe ser calificado como "transacción" o "acuerdos transaccionales extrajudiciales".

Por lo que se refiere a la interpretación de los contratos y a su eventual revisión en sede casacional, resumiendo la doctrina de la sala, hemos dicho en la sentencia núm. 502/2018, de 19 de septiembre, con cita de la núm. 615/2013, de 4 de abril:

"la interpretación de los contratos corresponde al tribunal de instancia y no puede ser revisada en casación en tanto no se demuestre su carácter arbitrario o irrazonable o la infracción de uno de los preceptos que debe ser tenido en cuenta en la interpretación de los contratos ( SSTS de 17 de noviembre de 2006, 27 de septiembre de 2007, 30 de marzo de 2007). A este mismo criterio se ajusta la calificación contractual y la determinación del fin jurídico que se pretende en el contrato ( SSTS de 23 de junio de 2003 y 21 de julio de 2006, 9 de mayo de 2007). De este modo podría "prosperar en el recurso de casación una alegación de disconformidad con la interpretación o calificación realizada por el tribunal de instancia cuando esta exégesis contradice abiertamente el espíritu o la letra del texto interpretado".

El propio demandante utiliza en su escrito de oposición, al argumentar su tesis sobre la nulidad radical del citado acuerdo privado, la expresión de "acuerdo novatorio y/o transaccional".

Esta calificación jurídica del citado contrato privado no empece, como se verá, que uno de los elementos integrantes de la transacción tenga carácter de novación modificativa del contrato de préstamo hipotecario, al suponer una modificación en una de las condiciones que forman parte de su objeto ( art. 1203.1º CC).

4.- En concreto, en virtud de la transacción las partes acordaron: (i) la eliminación del contrato de la cláusula suelo; la modificación de la regulación contractual sobre los intereses ordinarios, de forma que se estableció un primer periodo de 5 años de duración, a partir de la siguiente cuota, durante los que se establecía un tipo fijo del 1,90%; una vez finalizado ese periodo el préstamo volvería a liquidar intereses variables conforme al tipo de referencia y diferencial pactados en la escritura del préstamo inicial, sin límite de variación a la baja, al haberse suprimido la cláusula suelo; y (ii) renunciar a cualquier reclamación judicial o extrajudicial relativa a la cláusula suelo eliminada.

5.- Como sucedía en el caso de la sentencia 205/2018, de 11 de abril, el acuerdo novatorio tiene carácter transaccional en la medida en que se concertó en un momento en que existía una situación de incertidumbre acerca de la validez de las cláusulas suelo incorporadas al contrato inicial, después de que se hubiera dictado la sentencia 241/2013, de 9 de mayo, y en él se advierte la causa propia de la transacción, esto es, evitar una controversia judicial sobre la validez de esa concreta cláusula y sus efectos.

Conviene recordar 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. Así lo reflejaba expresamente la parte expositiva del acuerdo del caso en que explícitamente se alude a "la problemática surgida con las cláusulas suelo, incluida la actual tendencia jurisprudencial favorable a la eliminación de las mismas", situación que condujo a la Caja a efectuar a la prestataria una nueva oferta sobre las condiciones del préstamo antes reseñado.

Decisión de la sala (ii). Doctrina jurisprudencial sobre las transacciones que tienen por objeto una cláusula susceptible de ser declarada nula por abusividad.

1.- La Audiencia centra la ratio decidendi de su sentencia en la ineficacia de los acuerdos transaccionales extrajudiciales relacionados con cláusulas abusivas:

"el pacto transaccional no puede originar nuevos vínculos cuando la cláusula que pretende suprimir o sustituir era nula de pleno derecho y, en consecuencia, las liquidaciones de intereses en base a esta cláusula no debieron existir, el pacto no puede convalidar una cláusula radicalmente nula ni las liquidaciones derivadas de ella. Lo que es nulo ningún efecto produce [...]"

" tratándose de nulidad radical (inexistencia) no cabe la confirmación o convalidación posterior del contrato. Siendo doctrina reiterada de esta Sala que la inexistencia o nulidad radical no puede ser objeto de confirmación, o convalidable por los actos propios [...]" .

A esta tesis se opone el recurrente al estimar que el acuerdo privado de transacción fue válido al reunir todos los requisitos exigidos por el Código civil para la validez de los contratos.

2.- La cuestión relativa a la admisibilidad y validez de los acuerdos o convenios transaccionales en cuya virtud las partes modifican una cláusula suelo incorporada en un contrato de préstamo hipotecario con un consumidor, susceptible eventualmente de ser anulada judicialmente por abusividad, y renuncian mutuamente al ejercicio de acciones judiciales relativas a la cláusula suelo inicial y/o al pacto novatorio de dicha cláusula, ha sido abordada en varias ocasiones por esta Sala, particularmente en las sentencias 205/2018, de 11 de abril, 361/2019, 548/2018, de 5 de octubre y 361/2019, de 26 de junio.

Sobre esta misma materia se ha pronunciado recientemente el TJUE en su sentencia de 9 de julio de 2020, asunto C-452/18, confirmando, en lo que afecta al presente litigio, la doctrina de este Tribunal, como veremos.

Del conjunto de las citadas resoluciones de esta sala resulta una doctrina jurisprudencial que, en lo ahora relevante, sistematizamos a continuación. Dicha doctrina concluye que es admisible una transacción, aunque la obligación preexistente sobre la que exista la controversia pudiera ser nula por falta de transparencia y/o abusividad, circunstancia que sólo podría determinarse si se declara dicha nulidad judicialmente, y siempre que la nueva relación jurídica nacida de la transacción no contravenga la ley. Conclusión que se apoya en los siguientes fundamentos jurídicos.

3.- La eficacia vinculante de las transacciones. Su efecto de "cosa juzgada". 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".

Como cualquier otro negocio jurídico, lo convenido por las partes tiene eficacia vinculante entre ellas en tanto no se justifique su nulidad ( sentencia 344/2017, de 1 de junio). Esta fuerza obligatoria del contrato de transacción la expresa el art. 1816 CC diciendo que "la transacción tiene para las partes la autoridad de la cosa juzgada".

Por ello, en tanto no se acredite alguna causa de nulidad del acuerdo litigioso, las partes quedan vinculadas en los términos transigidos y, por tanto, con renuncia al ejercicio de acciones a cambio de la eliminación del suelo (durante un primer periodo de 5 años se sustituye por un tipo fijo inferior al suelo y durante el resto de la vigencia del préstamo los intereses serán variables sin límite mínimo alguno), lo que impediría, en vía de

principios, enjuiciar la situación previa a la transacción precisamente porque las partes quedan vinculadas por lo transigido.

4.- 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, y que reitera, entre otras, la 205/2018, de 4 de abril:

"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".

5.- Pero la eficacia vinculante del acuerdo transaccional no puede confundirse con el efecto de cosa juzgada previsto en el art. 222 LEC, ya que 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.

6.- Las transacciones que tienen por objeto cláusulas de contratos con consumidores. Las consideraciones anteriores son igualmente aplicables, sin perjuicio de los matices que se dirán, a las transacciones que tienen por objeto cláusulas de contratos con consumidores susceptibles eventualmente de ser declaradas nulas judicialmente, siempre que la propia transacción no contravenga la ley. A ello conducen las siguientes razones:

(i) Los derechos derivados de contratos de contenido patrimonial son, en principio, susceptibles de disposición y, por lo tanto, posible objeto de transacción ( art. 1814 CC); en el caso concreto de las cláusulas suelo de los préstamos hipotecarios, como dijimos en la sentencia 205/2018, de 11 de abril, "nos encontramos ante una materia disponible".

(ii) Admitir la transacción en los contratos con consumidores es acorde con la existencia de una clara voluntad del legislador nacional y europeo 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.

(iii) Los principios de autonomía privada (principio dispositivo) y de buena administración de la Justicia, que amparan la facultad de los demandantes de desistir o renunciar, en todo o en parte, a un recurso en materia civil y mercantil, están también reconocidos en el ámbito de la legislación europea; en concreto el art. 147, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, establece que "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 ...".

(iv) 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 a nuestro ordenamiento jurídico a través de la Ley 7/2017, de 2 de noviembre. 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.

(v) 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 pueda derivar 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 también 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). 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 al aval o seguro ( sentencia de pleno 459/2017, de 18 de julio).

8.- El mismo criterio se refleja en la legislación española, y específicamente en el concreto ámbito de las controversias sobre la eventual abusividad de las cláusulas suelo.

Así, el Real Decreto Ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo, 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 a la judicialización de la controversia.

9.- Ahora bien, la validez de los acuerdos transaccionales que tengan por objeto cláusulas susceptibles de ser declaradas abusivas en contratos con consumidores (en caso de que se trate de cláusulas no negociadas individualmente: art. 3.1 de la Directiva 93/13, de 5 de abril), requieren su conformidad con las reglas generales que disciplinan la validez de los contratos y también con las específicas relativas a los contratos con consumidores, incluyendo las relativas al requisito de la transparencia material. Extremo que habrá de apreciarse a la vista las circunstancias concurrentes en cada caso y que, como veremos, es posible también en la tipología de acuerdos transaccionales que estamos examinando.

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".

10.- Es cierto que 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 contratos anteriores eran nulas por no pasar el control de transparencia, mediante la fijación de un suelo más bajo o mediante su eliminación.

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 2% 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 2%, accede a su eliminación del contrato y su sustitución por un tipo fijo del 1,9% durante 5 años, manteniendo durante el resto de la vigencia del contrato la regulación contractual inicial de interés variable (con el mismo índice de referencia y el mismo diferencial, sin límite mínimo de variabilidad), y los consumidores, acceden a admitir el tipo fijo del 1,9% durante el citado plazo de 5 años, 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.

11.- No constituye obstáculo a la validez de los acuerdos transaccionales, en la medida en que incorporen un pacto novatorio por el que se modifique la propia cláusula suelo sujeta a la situación de controversia o incertidumbre que se pretenda eliminar, lo dispuesto en el art. 1208 CC (por todas, vid. sentencia 205/2018, de 11 de abril).

Como aclaramos en nuestra sentencia 489/2018, de 13 de septiembre, la falta de transparencia de la cláusula suelo no determina la nulidad de la obligación de pago de intereses, sólo la de uno de los elementos que la delimitan. La cláusula suelo constituye un elemento de la relación obligatoria de pago de los intereses de un préstamo hipotecario (que introduce un límite inferior a la variabilidad del interés), incide en el alcance de la obligación de pago de intereses, pero su modificación o supresión no extingue tal obligación ni la relación jurídico-negocial del préstamo en que se integra.

La sustitución de un límite por otro, o su supresión, si bien comporta una modificación de la relación obligatoria de pago de los intereses, no constituye una novación extintiva, puesto que subsiste la misma relación obligatoria con esa alteración o supresión del límite inferior a la variabilidad del interés, por lo que estamos en presencia de un supuesto de novación impropia o meramente modificativa ( art. 1203.1º CC).

Como afirmamos en la sentencia 261/2020, de 8 de junio, la novación extintiva "además de extinguir la obligación principal que tiene por objeto, provoca también la extinción entre las partes de las obligaciones o garantías accesorias, que sólo podrán subsistir en cuanto aprovechen a terceros que no hubieren prestado su consentimiento ( art. 1207 CC), y la "nova obligatio" no tiene otra antigüedad que la determinada por la fecha de su nacimiento".

Precisamente por la intensidad de los efectos extintivos que provoca esta modalidad de novación está sujeta a un mayor formalismo, exigiéndose una declaración de voluntad expresa, o bien una exteriorización de la voluntad novatoria o animus novandi por razón de la incompatibilidad "de todo punto" entre la antigua y la nueva obligación. Circunstancias que no concurren en este caso. Como explica la doctrina, nos hallamos ante la misma obligación.

12.- Ahora bien, en el caso de que el acuerdo transaccional haya sido predispuerto por el banco, o no haberse acreditado que haya sido objeto de negociación individual, es preciso comprobar que se han cumplido las exigencias propias del principio de transparencia en la transacción, con el fin de verificar que los clientes consumidores, a quienes fue presentada u ofrecida la transacción, estaban en condiciones de conocer las consecuencias económicas y jurídicas de su aceptación. Esto es, los efectos derivados de la modificación o supresión de la cláusula, con o sin otras modificaciones adicionales (v.gr. ampliaciones de capital y/o carencias de amortización por cierto plazo - sentencia 361/2019, de 26 de junio -), y que, en virtud de la renuncia a las acciones que deriva de la misma transacción, no podrán reclamar nada en relación con la propia cláusula suelo contenidas en el contrato originario y con los efectos de su aplicación.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea advierte que el juicio de transparencia ha de realizarse atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso, y este criterio general lo ha precisado en relación con la tipología negocial ahora examinada en su sentencia de 9 de julio de 2015, asunto C-452/18, en los términos que veremos a continuación.

Decisión de la sala (iii). Doctrina de la sentencia del TJUE de 9 de abril de 2020 sobre la novación/transacción sobre la cláusula suelo de un préstamo hipotecario con consumidor.

1.- La doctrina jurisprudencial de esta sala antes reseñada ha sido confirmada por la reciente sentencia del TJUE de 9 de julio de 2020, asunto C-452/18, en los términos y con las precisiones que se exponen a continuación.

Esta sentencia da respuesta a cinco cuestiones prejudiciales con relación a diversos aspectos de la Directiva 93/13, de 5 de abril, de las cuales todas resultan de utilidad para la resolución de la presente litis, a excepción de la cuarta, relativa a la exigencia de transparencia en las cláusulas suelo (en la medida en que el recurso no tiene por objeto la declaración de nulidad de la cláusula suelo del préstamo en su versión inicial, y el pacto novatorio incorporado a la transacción no se limita a rebajar el límite mínimo de variabilidad, sino que elimina dicha cláusula del contrato).

2.- Posibilidad de celebrar válidamente contratos de novación que tengan por objeto cláusulas cuyo carácter abusivo pueda ser declarado judicialmente.

La primera cuestión prejudicial se refería a si el artículo 6.1 de la Directiva "debe interpretarse en el sentido de

que se opone a que una cláusula de un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, cuyo carácter abusivo puede ser declarado judicialmente, pueda válidamente ser objeto de un contrato de novación entre ese profesional y ese consumidor, mediante el cual este último renuncia a los efectos que pudieran derivarse de la declaración del carácter abusivo de dicha cláusula".

El TJUE niega que el art. 6.1 de la Directiva se oponga a tales contratos de novación. En su argumentación comienza recordando su doctrina sobre el carácter no vinculante de las cláusulas abusivas para el consumidor y sobre las facultades de renuncia a hacer valer sus derechos:

"en virtud del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus Derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre este y un profesional ( sentencia de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros, C-154/15, C-307/15 y C- 308/15, EU:C:2016:980, apartado 53) - apartado 22 -.

"Así, debe considerarse, en principio, que una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido, de manera que no podrá tener efectos frente al consumidor ( sentencia de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, EU:C:2016:980, apartado 61). - apartado 23 - [...]

"No obstante, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia resulta que 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 (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de abril de 2016, Sales Sinués y Drame Ba, C-381/14 y C- 385/14, EU:C:2016:252, apartado 25)" - apartado 25 -.

Sobre la base de tales precedentes, el TJUE afirma que "debe admitirse, de forma análoga y tal como observó fundamentalmente el Abogado General en los puntos 39 a 42 de sus conclusiones, que un consumidor pueda renunciar a hacer valer el carácter abusivo de una cláusula en el marco de un contrato de novación mediante el que este renuncia a los efectos que conllevaría la declaración del carácter abusivo de tal cláusula, siempre y cuando la renuncia proceda de un consentimiento libre e informado" - apartado 28 -.

3.- Posibilidad de considerar como no negociado, y en su caso abusivo, el pacto novatorio de una cláusula suelo.

En la segunda cuestión prejudicial se cuestionaba si el artículo 3, apartados 1 y 2, de la Directiva 93/13 "debe interpretarse en el sentido de que cabe considerar que la propia cláusula de un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, con el fin de modificar una cláusula potencialmente abusiva de un contrato anterior celebrado entre ambos o de determinar las consecuencias del carácter abusivo de la misma, no ha sido negociada individualmente y puede, en su caso, ser declarada abusiva".

El TJUE da una respuesta positiva a esta cuestión que sustenta, esencialmente, en estas razones:

"El artículo 3, apartado 2, de la misma Directiva precisa que se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente por el profesional y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, tal como sucede, en particular, en el caso de los contratos de adhesión. A este respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado que es una cláusula no negociada individualmente aquella que está redactada con vistas a una utilización generalizada ( sentencia de 15 de enero de 2015, Iba, C-537/13 , EU:C:2015:14, apartado 31)" - apartado 33 -.

" Pues bien, estos requisitos pueden también concurrir respecto de una cláusula que tiene por objeto modificar una cláusula potencialmente abusiva de un contrato anterior celebrado entre las mismas partes o determinar las

consecuencias del carácter abusivo de esa otra cláusula. La circunstancia de que la nueva cláusula tenga por objeto modificar una cláusula anterior que no ha sido negociada individualmente no exime por sí sola al juez nacional de su obligación de comprobar si el consumidor ha podido efectivamente influir, en el sentido del artículo 3, apartado 2, de la Directiva 93/13, sobre el contenido de esta nueva cláusula. - apartado 34 -

" En el asunto objeto del litigio principal, incumbe al juzgado remitente tomar en consideración el conjunto de las circunstancias en las que tal cláusula fue presentada al consumidor para determinar si este pudo influir en su contenido". - apartado 35 -

Entre esas circunstancias menciona el Tribunal el hecho de que la celebración del contrato de novación se enmarque en una política general de renegociación de los contratos de préstamos hipotecarios por parte de la entidad acreedora o el hecho de que no se haya entregado copia del contrato al deudor (como elementos indiciarios de la inexistencia de negociación individual). Además, descarta que la mención manuscrita por el consumidor en el propio contrato expresando su comprensión de la cláusula suelo no permite concluir por sí sola que la cláusula fue negociada individualmente (apartados 36, 37 y 38).

En consecuencia, el Tribunal concluye que "cabe considerar que la propia cláusula de un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, con el fin de modificar una cláusula potencialmente abusiva de un contrato anterior celebrado entre ambos o de determinar las consecuencias del carácter abusivo de la misma, no ha sido negociada individualmente y puede, en su caso, ser declarada abusiva" - apartado 39 -.

4.- La renuncia mutua al ejercicio de acciones incorporada al acuerdo transaccional.

Mediante las cuestiones prejudiciales tercera y quinta, que el Tribunal examina conjuntamente, se plantea si el art. 3.1, considerado en relación con el punto 1, letra q), del anexo, y el art. 6. 1, de la Directiva 93/13 "deben interpretarse en el sentido de que ha de calificarse como "abusiva" una cláusula de un contrato de novación que modifica una cláusula de un contrato anterior y mediante la cual un profesional y un consumidor renuncian mutuamente a ejercitar acciones judiciales para hacer valer pretensiones relativas, en particular, tanto a la cláusula inicial modificada por ese contrato de novación como a la cláusula novatoria". - apartado 57 -

La respuesta del TJUE diferencia entre los supuestos de renuncia al ejercicio de acciones ya nacidas, es decir, en relación con la controversia existente a la que se pretende poner término mediante el propio acuerdo, y la renuncia a acciones futuras, respuesta que fundamenta, esencialmente, en las siguientes razones:

"Dado que tal cláusula de renuncia quedó estipulada en el marco de un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, el carácter abusivo de esta cláusula puede ser declarado por el juez nacional con arreglo al examen previsto en el artículo 3 de la Directiva 93/13, siempre que dicha cláusula no se haya negociado individualmente y no se rebasen los límites establecidos por el artículo 4, apartado 2, de la propia Directiva - apartado 59 - [...]

" Incumbe al juez nacional determinar si, dadas las circunstancias propias del caso concreto, una cláusula cumple las exigencias de buena fe, equilibrio y transparencia. Sin embargo, el Tribunal de Justicia es competente para deducir de las disposiciones de la Directiva 93/13 los criterios que el juez nacional puede o debe aplicar al efectuar tal apreciación ( sentencia de 28 de julio de 2016, Verein für Konsumenteninformation, C-191/15 , EU:C:2016:612, apartado 65). - apartado 62 -

" Además, tal como resulta del artículo 3, apartado 3, de la Directiva 93/13, el anexo de la misma contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas. El punto 1, letra q), de este anexo contempla, como cláusulas que pueden ser calificadas de tal modo, aquellas que tienen por objeto o por efecto "suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor". -



apartado 63 -

" Asimismo, el hecho de que un profesional y un consumidor renuncien mutuamente a ejercitar acciones judiciales en relación con la cláusula de un contrato no impide al juez nacional examinar el carácter abusivo de esa cláusula, puesto que la misma puede tener efectos vinculantes para el consumidor. - apartado 64 - [...]

" Por lo que se refiere, en primer lugar, a la renuncia de XZ a hacer valer ante el juez nacional sus pretensiones relativas a la cláusula "suelo" inicial, debe señalarse que, tal como resulta de los anteriores apartados 25 a 28, la Directiva 93/13 no se opone en sí misma a que el consumidor renuncie mediante contrato a la ventaja que podría obtener de la declaración del carácter abusivo de la cláusula de un contrato, siempre que esta renuncia proceda de un consentimiento libre e informado. - apartado 66 -

" Asimismo, tal como señaló el Abogado General en los puntos 70 a 73 de sus conclusiones, es preciso distinguir la renuncia a ejercitar acciones judiciales cuando se pacta en el marco de un acuerdo, como una transacción, cuyo objeto es propiamente la solución de una controversia existente entre un profesional y un consumidor, de la renuncia previa al ejercicio de cualquier acción judicial incluida en un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional y a la que se refieren los apartados 75 y 76 de la presente sentencia. - apartado 67

" No obstante, una cláusula que contemple una renuncia mutua al ejercicio de cualquier acción judicial en el marco de un acuerdo que tenga por objeto la solución de una controversia surgida entre un profesional y un consumidor acerca de la validez de la cláusula de un contrato que vincula a estas dos partes puede constituir el objeto principal del acuerdo en el sentido del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 y, en consecuencia, quedar sustraída de la apreciación de su posible carácter abusivo, siempre que esté redactada de manera clara y comprensible, siendo el juez nacional quien debe llevar a cabo tal examen. - apartado 68 - [...]"

5.- Una vez aclarado que la cláusula de renuncia mutua al ejercicio de acciones judiciales pactada en el marco de un convenio transaccional, cuyo objeto es la solución a una controversia existente, puede constituir el objeto principal del acuerdo y, en consecuencia, quedar exento del control de abusividad, siempre que esté redactada de forma clara y comprensible, el siguiente paso argumental que acomete el TJUE es el de aportar criterios de valoración de la suficiencia y adecuación de la información necesaria para cumplir con las exigencias del principio de transparencia, a los efectos del art. 4.2 de la Directiva, respecto del caso concreto sometido a su examen, cuya tipología negocial (novación transaccional de la cláusula suelo - en este caso incluyendo su supresión - y renuncia mutua al ejercicio de acciones) es concomitante con la de la presente litis, al igual que el marco temporal de referencia, en función de la jurisprudencia vigente al tiempo de celebrarse los respectivos pactos transaccionales.

A tal efecto el TJUE destaca los elementos que generaban incertidumbre jurídica y, por tanto, litigiosidad potencial sobre la relación jurídica existente entre las partes ( res dubia ) que permite causalizar la transacción, y en función de los cuales ha de calibrarse la suficiencia de la información proporcionada al consumidor para que éste pudiese prestar un consentimiento contractual sobre la base de la posibilidad de contar con un conocimiento previo de las consecuencias jurídicas y económicas derivadas de la modificación contractual y de la renuncia de acciones:

" si bien corresponde al juzgado remitente examinar de qué información disponía Ibercaja Banco en la fecha en que se celebró el contrato de novación, es preciso señalar que, según la información que obra en poder del Tribunal de Justicia, ese contrato se celebró el 4 de marzo de 2014. Mediante su sentencia 241/2013 de 9 de mayo de 2013, el Tribunal Supremo declaró, en el marco de un procedimiento iniciado por asociaciones de consumidores, que las cláusulas "suelo" estipuladas en los contratos de préstamo hipotecario no satisfacían, en principio, las exigencias de claridad y de transparencia y, por ese motivo, podían ser declaradas abusivas. En la misma sentencia, el Tribunal Supremo resolvió que la declaración de nulidad de tales cláusulas únicamente

surtiría efectos para el futuro. Hubo que esperar a la sentencia de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros (C-154/15, C-307/15 y C-308/15, EU:C:2016:980), para que el Tribunal de Justicia declarara que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 se oponía a esa limitación temporal. - apartado 71 -

" Por consiguiente, por un lado, si bien es cierto que en el momento de la celebración del contrato de novación cabía suponer que la cláusula "suelo" inicial que vinculaba a XZ e Ibercaja Banco era abusiva, no es menos verdad que no se trata de un hecho que constara con certeza, ya que tal carácter abusivo no había sido reconocido por ambas partes del contrato en el marco de un procedimiento judicial. - apartado 72 -

" Por otro lado, la situación jurídica en el momento de la celebración del contrato de novación no parecía permitir que Ibercaja Banco supiera que la existencia de una cláusula "suelo" abusiva justificaba la devolución íntegra de las cantidades indebidamente satisfechas en virtud de esa cláusula". - apartado 73 -

De todo ello concluye el Tribunal que "la cláusula estipulada en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor para la solución de una controversia existente, mediante la que el consumidor renuncia a hacer valer ante el juez nacional las pretensiones que hubiera podido hacer valer en ausencia de esta cláusula, puede ser calificada como "abusiva" cuando, en particular, el consumidor no haya podido disponer de la información pertinente que le hubiera permitido comprender las consecuencias jurídicas que se derivaban para él de tal cláusula" - apartado 77 -

6.- Finalmente, en cuanto a la renuncia de las partes a hacer valer ante los tribunales nacionales sus pretensiones relativas a una nueva cláusula "suelo" que en el litigio del que conocía el órgano remitente de la cuestión prejudicial, el TJUE es tajante al afirmar sin ambigüedad ni restricción alguna que:

"un consumidor no puede comprometerse válidamente a renunciar para el futuro a la tutela judicial y a los derechos que le confiere la Directiva 93/13. En efecto, por definición el consumidor no puede comprender las consecuencias de su adhesión a una cláusula de esa naturaleza por lo que se refiere a las controversias que puedan surgir en el futuro" - apartado 75 - [...]

" admitir la posibilidad de que el consumidor renuncie previamente a los derechos que le confiere el sistema de protección establecido por dicha Directiva sería contrario al carácter imperativo del citado precepto y pondría en peligro la eficacia de este sistema" - apartado 76 -

Decisión de la sala (iv). Aplicación de la jurisprudencia al caso. Estimación del recurso.

1.- En el presente caso la aplicación de la jurisprudencia que ha quedado expuesta conduce necesariamente a la estimación del recurso por las siguientes razones:

1.ª) El acuerdo formalizado en el documento privado suscrito por las partes el 9 de septiembre de 2015, dejando al margen las posibles dudas sobre su carácter no negociado, ha sido calificado por la Audiencia como acuerdo transaccional, calificación no controvertida por las partes.

2.ª) Tanto esta sala como el TJUE han reconocido en su jurisprudencia la posibilidad de pactar válidamente, en el marco de un acuerdo transaccional, una novación de una cláusula suelo, cuyo potencial carácter abusivo pueda ser declarado judicialmente, en la que el consumidor renuncie a los efectos que pudieran derivarse de una eventual declaración judicial de nulidad, siempre que la renuncia proceda de un consentimiento libre e informado.

3.ª) La modificación que se pactó de la cláusula relativa a los intereses ordinarios no supuso la mera modificación o rebaja del límite mínimo de variabilidad, sino la eliminación de la cláusula suelo; en

consecuencia, no se introdujo una nueva cláusula suelo sobre la que proyectar las específicas exigencias derivadas del principio de transparencia sobre tales cláusulas.

4.<sup>a</sup>) Por ello no resultaban aplicables las normas sectoriales que para su transparencia adoptó la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, en concreto, la prevista en su art. 6 sobre la incorporación al documento, junto a la firma del cliente, de una expresión manuscrita en la que el prestatario manifieste que ha sido adecuadamente advertido de los posibles riesgos derivados del préstamo hipotecario, entre otros supuestos, en el de que "se estipulen limitaciones a la variabilidad del tipo de interés, del tipo de las cláusulas suelo y techo, en los cuales el límite de variabilidad a la baja sea inferior al límite de variabilidad al alza".

5.<sup>a</sup>) El convenio aparece redactado de forma clara y comprensible para un consumidor medio; consta la entrega de una oferta previa a la suscripción del documento; en la oferta se incluía un abanico de varias opciones diversas para que el consumidor pudiese elegir la que mejor se adecuaba a sus intereses; el contrato se formalizó previo ejercicio de la citada opción; finalmente, en la fecha del documento privado la cláusula suelo inicial ya se había aplicado en la liquidación de las cuotas de los dos años anteriores, manifestando sus características y efectos económicos.

Por otra parte, no consta alegada ni acreditada in casu la existencia de vicio alguno del consentimiento contractual de las partes.

6.<sup>a</sup>) En la fecha en que se firmó el convenio transaccional se había dictado ya la sentencia de esta Sala 241/2013, de 9 de mayo de 2013, recaída en el marco de un procedimiento iniciado por asociaciones de consumidores, en la que se declaró que las cláusulas "suelo" estipuladas en los contratos de préstamo hipotecario examinadas no satisfacían, en principio, las exigencias de claridad y de transparencia y, por ese motivo, podían ser declaradas abusivas. Esta sentencia tuvo una amplia repercusión mediática. En la misma sentencia, el Tribunal Supremo resolvió que la declaración de nulidad de tales cláusulas únicamente surtiría efectos para el futuro. En la fecha del acuerdo privado de la litis todavía no se había dictado la sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo, en la que se declaró que el art. 6.1 de la Directiva 93/13 se oponía a esa limitación temporal. Por consiguiente, en aquel momento la relación jurídica derivada del préstamo hipotecario estaba aquejada de una doble incertidumbre: por un lado sobre la validez de la cláusula suelo, pues, como señala el TJUE en su sentencia de 9 de julio de 2020, el carácter abusivo de la cláusula no había sido reconocido por ambas partes del contrato en el marco de un procedimiento judicial; y, por otro, tampoco existía certeza sobre el alcance de la eficacia temporal de la declaración de nulidad de tal cláusula.

7.<sup>a</sup>) Tanto esta sala como el TJUE han admitido la validez de la renuncia mutua al ejercicio de acciones relativas a una controversia existente. La renuncia contenida en el documento cuestionado reúne las condiciones de concreción, claridad y sencillez, es específica y exclusiva sobre las reclamaciones que tengan por objeto la cláusula suelo suprimida y, en consecuencia, no se proyecta genéricamente sobre las partes del contrato del préstamo hipotecario no afectadas por la novación, ni sobre futuras controversias distintas a la transaccionada.

En cualquier caso, resulta innecesario ahora profundizar en el examen de las circunstancias concretas de la renuncia, pues ha quedado ineficaz como consecuencia de no haber sido objeto de este recurso el pronunciamiento de nulidad de la cláusula suelo incorporada inicialmente a la escritura del préstamo hipotecario.

2.- En la medida en que la Audiencia ha basado, esencialmente, la ratio decidendi de su sentencia en la idea de la ineficacia de los acuerdos transaccionales extrajudiciales relacionados con cláusulas abusivas, al considerar que los pactos transaccionales no pueden originar nuevos vínculos cuando la cláusula que pretende suprimir o sustituir era nula de pleno derecho, y que su aceptación por el deudor fue fruto de su ignorancia o falta de información, no ha respetado la jurisprudencia reseñada y ha incurrido en la infracción de los preceptos cuya

vulneración se denuncia, por lo que procede estimar los motivos del recurso examinados, y dejar sin efecto la sentencia de apelación en cuanto a su declaración de nulidad del pacto novatorio incluido en el convenio transaccional, desestimando la demanda en tal extremo.

La estimación del motivo se hace con el alcance con el que se ha formulado el recurso, esto es, sin perjuicio del mantenimiento de la declaración de nulidad de la cláusula suelo original, que no ha sido impugnada.

Formulación del cuarto motivo.

1.- El cuarto motivo se encabeza con el siguiente epígrafe:

"Infracción de los artículos 7 y 8 LCGC. y art. 82, con oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa al control de transparencia de las condiciones generales de los contratos celebrados con consumidores, por considerar la Audiencia Provincial que la cláusula de vencimiento anticipado es nula por no superar dicho control, que no le es aplicable"

2.- En su desarrollo se citan como infringidas las sentencias de esta Sala 705/2015, de 23 de diciembre, y 79/2016, de 18 de febrero, y se alega que la ratio decidendi de la sentencia es que la cláusula no ha superado el doble control de incorporación y transparencia establecidos en la sentencia de 9 de mayo de 2013, y no ha aplicado los parámetros de control de abusividad que para estas cláusulas de vencimiento anticipado fijó el TJUE en sus sentencias de 14 de marzo de 2013 y 26 de enero de 2017, sobre la modulación de la gravedad del incumplimiento que genera el vencimiento, en relación a la duración y cuantía del préstamo.

Decisión de la Sala. La abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado. Desestimación del motivo.

1.- El motivo debe ser desestimado. En contra de lo sostenido por el recurrente, la Audiencia no afirma, ni en ello basa su decisión, que la cláusula controvertida no supere el control de transparencia.

2.- Lo que sostiene el órgano de apelación, y en ello basa su fallo, es que dicha estipulación vincula la facultad de resolución o vencimiento anticipado al impago de una sola cuota y al incumplimiento por la parte prestataria de cualesquiera de las obligaciones que contrae en la escritura, e invoca la sentencia de esta sala de 23 de diciembre de 2015 en la que se concluyó que "una cláusula de vencimiento anticipado que permite la resolución por el incumplimiento de un solo plazo, incluso parcial y respecto de una obligación accesoria, debe ser reputada como abusiva, dado que no se vincula a parámetros cuantitativa o temporalmente graves".

Con base en esta misma doctrina, aprecia abusividad en la cláusula examinada pues "produce un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio del consumidor, poder decretar el vencimiento anticipado con el impago de una cuota, en un préstamo previsto a un plazo de treinta y cinco años y 420 cuotas".

3.- Al haber razonado así la Audiencia no infringe la jurisprudencia que se cita como justificación del interés casacional en el motivo, sino, antes al contrario, la aplica correctamente, por lo que el motivo debe ser desestimado y confirmado en tal extremo la declaración de nulidad contenida en la sentencia.

Formulación del quinto motivo.

1.- El encabezamiento del quinto motivo es del siguiente tenor:

"Infracción del art. 82 TRLDCU y art. 6.1 de la Directiva 93/13, con oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa a los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula del vencimiento anticipado, por considerar la Audiencia Provincial que la cláusula debe eliminarse y expulsarse del contrato, interpretación

teleológica de las normas".

2.- En la fundamentación del motivo se aduce, en esencia, que la Audiencia vulnera la jurisprudencia de este Tribunal sobre los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado por considerar que ésta debe eliminarse y expulsarse del contrato, sin posibilidad de aplicación sustitutiva de una norma de derecho nacional, contenida en las sentencias 705/2015, de 23 de diciembre y 79/2016, de 18 de febrero.

Decisión de la Sala. Efectos de la declaración de abusividad de una cláusula de vencimiento anticipado de un préstamo hipotecario. Desestimación del motivo por carencia de efecto útil.

1.- En nuestra sentencia 463/2019, de 11 de septiembre, al asumir la doctrina establecida por el TJUE en la sentencia de 26 de marzo de 2019 y los autos de 3 de julio de 2019, abordamos la cuestión de los efectos de la declaración de abusividad de una cláusula de vencimiento anticipado de un préstamo hipotecario, y concluimos nuestros razonamientos con los siguientes fundamentos:

"10.- Deben interpretarse conjuntamente la STJUE de 26 de marzo de 2019 y el ATJUE de 3 de julio de 2019 en el asunto C-486/16, con la STJUE de 14 de marzo de 2013, caso C- 415/11 ( Aziz ), y con nuestra jurisprudencia, de tal manera que, siempre que se cumplan las condiciones mínimas establecidas en el art. 693.2 LEC (en la redacción dada por la Ley 1/2013), los tribunales deberán valorar, en el caso concreto, si el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado por parte del acreedor está justificado, en función de la esencialidad de la obligación incumplida, la gravedad del incumplimiento en relación con la cuantía y duración del contrato de préstamo y la posibilidad real del consumidor de evitar esta consecuencia.

"Se trata de una interpretación casuística en la que habrá que ver cuántas mensualidades se han dejado de pagar en relación con la vida del contrato y las posibilidades de reacción del consumidor.

"Y dentro de dicha interpretación, puede ser un elemento orientativo de primer orden comprobar si se cumplen o no los requisitos del art. 24 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (LCCI), puesto que la STJUE de 20 de septiembre de 2018, asunto C-51/2017 ( OTP Bank Nyrt ) permite que quepa la sustitución de una cláusula abusiva viciada de nulidad por una disposición imperativa de Derecho nacional aprobada con posterioridad (apartados 52 y 53 y conclusión segunda).

"Así lo declara también el apartado 62 de la STJUE de 26 de marzo de 2019, aunque con referencia a la normativa anterior:

"62. Pues bien, tal deterioro de la posición procesal de los consumidores afectados, en caso de recurrirse al procedimiento de ejecución ordinaria en lugar de seguir el cauce del procedimiento especial de ejecución hipotecaria, es pertinente a efectos de apreciar las consecuencias de la anulación de los contratos en cuestión y, según lo declarado en el apartado 59 de la presente sentencia, podría justificar por consiguiente, siempre que exponga a dichos consumidores a consecuencias especialmente perjudiciales, que los órganos jurisdiccionales remitentes sustituyeran las cláusulas abusivas por la versión del citado artículo 693, apartado 2, de la LEC posterior a la celebración de los contratos controvertidos en los litigios principales. No obstante, dado que las características de estos procedimientos de ejecución se enmarcan exclusivamente en la esfera del Derecho nacional, corresponde en exclusiva a los órganos jurisdiccionales remitentes llevar a cabo las comprobaciones y las comparaciones necesarias a tal efecto".

" Además, como se desprende de los apartados 48 y 49 del ATJUE de 3 de julio de 2019 (asunto C-486/16), el principio de efectividad del Derecho de la Unión no queda menoscabado porque, conforme al principio de autonomía procesal de los Estados miembros, una demanda de ejecución hipotecaria pueda sustentarse en la nueva redacción de una norma legal de carácter imperativo.

"11.- Conforme a todo lo expuesto, procede aplicar las siguientes pautas u orientaciones jurisprudenciales a los procedimientos de ejecución hipotecaria en curso, en los que no se haya producido todavía la entrega de la posesión al adquirente:

" a. Los procesos en que, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1/2013, se dio por vencido el préstamo por aplicación de una cláusula contractual reputada nula, deberían ser sobreseídos sin más trámite.

" b. Los procesos en que, con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1/2013, se dio por vencido el préstamo por aplicación de una cláusula contractual reputada nula, y el incumplimiento del deudor no reúna los requisitos de gravedad y proporcionalidad antes expuestos, deberían ser igualmente sobreseídos.

" c. Los procesos referidos en el apartado anterior, en que el incumplimiento del deudor revista la gravedad prevista en la LCCI, podrán continuar su tramitación.

" d. Los autos de sobreseimiento dictados conforme a los apartados a) y b) anteriores no surtirán efecto de cosa juzgada respecto de una nueva demanda ejecutiva basada, no en el vencimiento anticipado por previsión contractual, sino en la aplicación de disposiciones legales ( ATJUE de 3 de julio de 2019, asunto C-486/16 ). Solución que no pugna con el art. 552.3 LEC, puesto que no se trata de un segundo despacho de ejecución con fundamento en el mismo título, sino de ejecuciones basadas en diferentes títulos (el contrato, en el primer caso, y la ley en el segundo).

" e. Debe entenderse que las disposiciones legales mencionadas en el apartado anterior son las contenidas en la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario, pese a que las resoluciones del TJUE se refieran expresamente al art. 693.2 LEC en la redacción dada por la Ley 1/2013 y pueda haber alguna discordancia con la disposición transitoria primera 4ª de la Ley 5/2019. Y ello, porque:

" El art. 693.2 LEC, en su redacción anterior a la Ley 5/2019, era una norma de Derecho dispositivo, mientras que el art. 24 LCCI, al que ahora se remite, es imperativa.

" La disposición transitoria primera 4ª LCCI, fruto de una enmienda transaccional en el Congreso y una enmienda en el Senado, optó por la retroactividad limitada para evitar que una sentencia del TJUE contraria al informe del Abogado General en la cuestión prejudicial que había presentado esta sala, pudiera hacer directamente aplicable el 693.2 LEC en su anterior redacción. Por lo que sería contradictorio que la voluntad del legislador se volviera en contra del consumidor, cuando lo que se pretendió es protegerlo más allá de lo previsto en el art. 693.2 LEC anterior a la reforma".

2.- La Audiencia ha prescindido de esta doctrina jurisprudencial, al limitarse a argumentar que el único efecto derivado de la nulidad es la expulsión del contrato de la cláusula nula. Por ello, si bien hemos confirmado la sentencia impugnada en cuanto que declara la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado, que resulta nula e inaplicable tal y como está redactada, ello se debe entender sin perjuicio de que, al margen de lo previsto en la cláusula, puedan ser aplicables las consideraciones antes expuestas en el supuesto de que la entidad prestamista, en caso de incumplimiento de sus obligaciones de pago por el prestatario, instara en el futuro el vencimiento anticipado del contrato, no con fundamento en la cláusula, sino en la ley.

3.- Aunque al razonar de este modo damos la razón al recurrente, el motivo no puede ser estimado por falta de efecto útil, pues, en el contexto del procedimiento declarativo del que trae causa este recurso, la afirmación de la Audiencia sobre los efectos de la declaración de nulidad constituyen un argumento, incorrecto, pero no una razón de la decisión del fallo que se concreta en la declaración de nulidad de la cláusula, que ya hemos confirmado.

La carencia de efecto útil del recurso determina su desestimación, pues no puede surtir efecto en casación un motivo que no determine la alteración del fallo recurrido (por todas, sentencia 698/2019, de 19 de diciembre).

Costas y depósito

1. Estimado en parte el recurso de casación, no procede imponer las costas del recurso a ninguna de las partes ( art. 398.2 LEC), con devolución del depósito constituido de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 8, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.
2. La estimación en parte del recurso de casación ha supuesto también una estimación en parte el recurso de apelación, sin que proceda hacer expresa condena de las costas de apelación ( art. 398.2 LEC).
3. Estimadas en parte las pretensiones ejercitadas en la demanda, tampoco imponemos las costas de primera instancia a ninguna de las partes ( 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- Estimar en parte el recurso de casación interpuesto por Caja Rural de Navarra, Sociedad Cooperativa de Crédito contra la sentencia 54/2018, de 13 de febrero, de la Audiencia Provincial de Álava, Sección Primera, en el recurso de apelación núm. 658/2017.
- 2.º- Casar la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno exclusivamente en lo relativo a la declaración de nulidad del acuerdo formalizado entre las partes en el documento privado de 9 de septiembre de 2015.
- 3.º- No procede hacer expresa condena respecto de las costas generadas con los recursos de casación y apelación, ni tampoco las de primera instancia.
- 4.º- Devolver al recurrente el depósito constituido para interponer el recurso.

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

El Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller voto en sala pero no pudo firmar por jubilación, haciéndolo en su lugar el Excmo. Sr. Presidente de la Sala D. Francisco Marín Castán.

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

Así se acuerda y firma.