



Roj: **STS 466/2021 - ECLI:ES:TS:2021:466**

Id Cendoj: **28079110012021100068**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **04/02/2021**

Nº de Recurso: **232/2017**

Nº de Resolución: **48/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP Z 2013/2016,**
STS 466/2021

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 48/2021

Fecha de sentencia: 04/02/2021

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 232/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 21/01/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. **Ignacio Sancho Gargallo**

Procedencia: Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 5.ª

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Transcrito por: RSJ

Nota:

CASACIÓN núm.: 232/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. **Ignacio Sancho Gargallo**

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 48/2021

Excmos. Sres.

D. **Ignacio Sancho Gargallo**

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

D. Juan María Díaz Fraile

En Madrid, a 4 de febrero de 2021.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de Zaragoza. Es parte recurrente la entidad Ibercaja Banco S.A.U., representada por la procuradora Sonia Peire Blasco y bajo la dirección letrada de Diego Segura Arazuri. Es parte recurrida Edmundo y Esmeralda, representados por el procurador Pedro Bañeres Trueba y bajo la dirección letrada de Rafael López Garbayo.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. *Tramitación en primera instancia*

1. El procurador Pedro Bañeres Trueba, en nombre y representación de Edmundo y Esmeralda, interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de Zaragoza, contra la entidad Ibercaja S.A.U., para que se dictase sentencia por la que:

"en la que se declare lo nulidad de la cláusula suelo-techo del contrato de compraventa y subrogación en préstamo con garantía hipotecario de 25 de julio de 2011, autorizada por el Notario de Zaragoza Don Adolfo Calatayud Sierra con nº 1519 de su protocolo y sus sucesivas novaciones; manteniéndose la vigencia del contrato sin la aplicación de los límites de suelo de techo, fijados en aquella. Y condene a la entidad demandada, previo recálculo de las cuotas, o la devolución de las cantidades indebidamente abonadas por los demandantes desde la publicación de la Sentencia del tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 como consecuencia de la aplicación de la cláusula suelo cuya nulidad de insta

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

2. La procuradora Sonia Peire Blasco, en representación de la entidad Ibercaja Banco S.A., contestó a la demanda y pidió al Juzgado que dictase sentencia:

"por la que se desestime íntegramente la misma, con imposición de costas a la actora".

3. El Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de Zaragoza dictó sentencia con fecha 7 de julio de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallo: Que estimando la demanda formulada por D. Edmundo y Doña Esmeralda contra Ibercaja S.A.U., en declaración de nulidad y restitución de cantidades, debo declarar y declaro la nulidad de la cláusula suelo insertada en la escritura de novación otorgada en fecha 25 de julio de 2.011 -por referencia a la escritura de 28 de febrero de 2.001- y de sus ulteriores novaciones, que establecían, primero un 425 % y un posterior 325 %, por abusividad debido a la falta de transparencia, condenando al Banco demandado a eliminar a su costa la citada cláusula y al abono de las cantidades abonadas de más por los actores por exceso en la aplicación del mencionado tipo de interés mínimo, desde la fecha de 9 de mayo de 2.013, cuya determinación quedará fijada en ejecución de sentencia, incrementadas en los intereses legales desde las respectivas fecha en que se percibieron por la entidad financiera demandada, condenado a ésta al abono de las costas procesales".

SEGUNDO. *Tramitación en segunda instancia*

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de la entidad Ibercaja S.A.U.

2. La resolución de este recurso correspondió a la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza de mediante sentencia de 5 de diciembre de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallamos: Que, desestimando el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Sra. Peire Blasco, en la representación que tiene acreditada, contra la Sentencia dictada el pasado día siete de julio de dos mil dieciséis por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número diez de Zaragoza, cuya parte dispositiva ya ha sido transcrita, la confirmamos íntegramente, imponiendo a la recurrente las costas de esta alzada".

TERCERO. *Interposición y tramitación de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal*

1. La procuradora Sonia Peire Blasco, en representación de la entidad Ibercaja Banco S.A.U., interpuso recursos de casación y extraordinario por infracción procesal ante la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza.

El motivo del recurso extraordinario por infracción procesal fue:

"1º) Infracción de los arts. 216 y 218.1 LEC".

Los motivos del recurso de casación fueron:

"1º) Infracción del art. 326 LEC, en relación con los arts. 1225 y 1227 a 1230 CC".

"2º) Infracción del principio de libertad contractual y la regulación de la transacción prevista en los arts. 1809 a 1819 CC.

"3º) Infracción del art. 6 CC.

"4º) Infracción del art. 1309 y 1313 CC.

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

2. Por diligencia de ordenación de 19 de enero de 2017, la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 5.ª) tuvo por interpuestos los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación mencionados, y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo con emplazamiento de las partes para comparecer por término de treinta días.

3. Recibidas las actuaciones en esta sala, comparecen como parte recurrente la entidad Ibercaja Banco S.A.U., representada por la procuradora Sonia Peire Blasco; y como parte recurrida Edmundo y Esmeralda, representados por el procurador Pedro Bañeres Trueba.

4. La representación procesal de la entidad Ibercaja Banco S.A.U. presentó escrito por el que desistía del recurso extraordinario por infracción procesal. Por decreto de 4 de junio de 2018 se declaró el desistimiento mencionado con imposición de costas y pérdida del depósito constituido.

5. Esta sala dictó auto de fecha 30 de enero de 2019, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Ibercaja Banco S.A. contra la sentencia dictada, el día 5 de diciembre de 2016 por la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 5ª), en el rollo de apelación n.º 513/2016, dimanante del juicio ordinario n.º 343/2016, del Juzgado de Primera Instancia nº 10 de Zaragoza".

6. Dado traslado, la representación procesal de Edmundo y Esmeralda presentó escrito de oposición al recurso formulado de contrario.

7. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 21 de enero de 2021, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Resumen de antecedentes

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

El 25 de julio de 2011, Edmundo y Esmeralda adquirieron una vivienda en la CALLE000 núm. NUM000, de Zaragoza y, mediante la correspondiente escritura pública, se subrogaron en el préstamo con garantía hipotecaria que el promotor había suscrito con Caja Inmaculada (CAI). El interés pactado era variable. Al convenirse la subrogación, también se rebajó, mediante un documento privado, la cláusula que limitaba la variabilidad a la baja, que originariamente era del 4,25% al 3,25%.

El 11 de noviembre de 2013, después de que esta Sala Primera hubiera dictado su sentencia 241/2013, de 9 de mayo, Caja Inmaculada (CAI) concertó con Edmundo y Esmeralda un contrato privado que modificaba el anterior.

En la estipulación primera se incluyó la siguiente cláusula:

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

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

Y la estipulación tercera es del siguiente tenor:



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

Este documento, de dos hojas escritas en el anverso, contiene la transcripción a mano por ambos prestatarios, junto con su firma, del siguiente texto:

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

2. Edmundo y Esmeralda presentaron una demanda en la que pidieron la nulidad de la cláusula suelo incluida en la escritura de subrogación de préstamo hipotecario de 25 de julio de 2011. La nulidad se fundaba en la falta de transparencia de la cláusula suelo. Además se pidió la restitución de las cantidades indebidamente cobradas en aplicación de esa cláusula desde el 9 de mayo de 2013.

3. La sentencia de primera instancia estimó la demanda. Primero, consideró que la cláusula suelo establecida en la escritura de subrogación del préstamo hipotecario de fecha de 25 de julio de 2011 no superaba el control de transparencia exigido jurisprudencialmente. Y luego restó eficacia a la novación y a la renuncia al ejercicio de acciones. En consecuencia, el juzgado declaró la nulidad de la cláusula suelo establecida en la escritura de 25 de julio de 2011, con la reducción realizada en ese momento al 3,25%, y condenó a la demandada a eliminarla, manteniendo la vigencia del préstamo hipotecario sin su aplicación, y a devolver las cantidades cobradas indebidamente en aplicación de dicha cláusula desde el 9 de mayo de 2013.

4. Recurrida la sentencia de primera instancia en apelación por el banco demandado, la Audiencia desestima el recurso. Parte de la nulidad de la cláusula suelo inicial contenida en la escritura de subrogación en el préstamo hipotecario de 25 de julio de 2011, y argumenta con mayor detenimiento por qué también es ineficaz la reducción de la cláusula suelo al 2,25% y la renuncia al ejercicio de las eventuales acciones de nulidad.

5. Frente a la sentencia de apelación, Ibercaja interpone recurso extraordinario por infracción procesal, del que ha desistido, y recurso de casación, que se articula en cinco motivos.

La parte recurrida plantea dos objeciones a la admisión del recurso de casación. La primera, que no se ha justificado la existencia de jurisprudencia contradictoria porque no se aportan sentencias de Audiencias contradictorias. Esta objeción merece ser rechazada porque el recurso da cuenta de dos sentencias de dos Audiencias que resuelven en sentido contrario a la que es ahora objeto de recurso. La segunda objeción guarda relación con cuestiones, como la imposibilidad de revisar los hechos probados, que deben ser analizadas al examinar el motivo.

6. El recurso de casación es similar a los que planteó el mismo recurrente, Ibercaja, en dos casos anteriores muy semejantes a los resueltos por el pleno de esta sala en las sentencias 580/2020 y 581/2020, ambas de 5 de noviembre. En la medida en que el supuesto de hecho, el contenido de la sentencia recurrida y los motivos de casación son muy similares, prácticamente idénticos, nos guiaremos por esos dos precedentes.

7. La parte recurrida ha solicitado la suspensión del procedimiento porque está pendiente una cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 5.ª), en el rollo de apelación 13/19. No procede acceder a esta suspensión, porque la STJUE de 9 de julio de 2020 ha dejado claro en qué medida y cómo podría novarse una cláusula suelo, así como los requisitos para que sea válida la renuncia al ejercicio de la acción de nulidad por abusiva de la reseñada cláusula. Concorre, pues, la denominada doctrina del "acto aclarado" sentada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia desde la sentencia de 6 de octubre de 1982, asunto *Cilfit*, puesto que los aspectos controvertidos para resolver el caso ya han sido objeto de interpretación por el Tribunal de Justicia.

SEGUNDO. Motivo primero del recurso de casación

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

En el desarrollo del motivo denuncia que al contestar a la demanda aportó el documento privado de 11 de noviembre de 2013, en que se instrumentó la novación del préstamo hipotecario, en lo que respecta a la cláusula suelo, y su autenticidad no fue negada. Según el recurrente este último documento tiene gran relevancia porque suponen el reconocimiento de los demandantes de que en su día conocieron la limitación de variabilidad de los intereses, comprendiendo además sus consecuencias económicas. Esto es, a juicio del recurrente, el documento acredita que se cumplió con el requisito de transparencia. Sin embargo, esta prueba documental no fue valorada por los tribunales de instancia.

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



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

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

TERCERO. Motivo segundo del recurso de casación

1. 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)".

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

2. Estimación del motivo segundo. Como es sabido, para atender a lo que realmente se pactó entre las partes, lo relevante no es el título que encabeza el documento, sino el contenido y validez de sus cláusulas.

En nuestro caso, el documento privado de 11 de noviembre de 2013, en lo que ahora interesa, contiene dos estipulaciones relevantes: en la estipulación primera se pacta que a partir de entonces y para el resto del contrato de préstamo el tipo de interés mínimo aplicable será el 2,25%; y en la estipulación tercera las partes ratifican la validez del préstamo originario y renuncian a ejercitar cualquier acción que traiga causa en su formalización y clausulado, "así como por las liquidaciones y pagos realizados hasta la fecha".

La primera, por sí sola, y al margen de la tercera, constituiría una modificación o novación de la cláusula suelo. Y la tercera, en cuanto contiene una renuncia al ejercicio de acciones, podría llegar a entenderse que tiene su causa en la reducción de la cláusula suelo, de forma que ambas constituyeran los dos elementos esenciales de un negocio transaccional: el banco accede a reducir el suelo y los clientes, que en ese momento podían ejercitar la acción de nulidad de la originaria cláusula suelo, renuncian a su ejercicio.

La sentencia recurrida parte de la consideración de que una cláusula suelo que podía ser declarada nula por abusiva, si no pasaba el control de transparencia, no podía ser objeto de novación ni de una transacción.

3. Tal y como expusimos en las sentencias 580/2020 y 581/2020, de 5 de noviembre, la sentencia **TJUE** de 9 de julio de 2020 admite la posibilidad de que una cláusula potencialmente nula, como la cláusula suelo, pueda ser modificada por las partes con posterioridad, pero si esta modificación no ha sido negociada individualmente, sino que la cláusula ha sido predisuelta por el empresario, en ese caso debería cumplir, entre otras exigencias, con las de transparencia.

Al analizar estas exigencias, en contestación a la cuestión prejudicial cuarta, el **TJUE** realiza las siguientes consideraciones:

"51 (...) Debe situarse al correspondiente consumidor en condiciones de comprender las consecuencias económicas que se derivan para él de tal cláusula (véase, en este sentido, la sentencia de 5 de junio de 2019, GT, C-38/17, EU:C:2019:461, apartado 33 y jurisprudencia citada).

"52 No obstante, en el caso de una cláusula que consiste en limitar la fluctuación a la baja de un tipo de interés variable calculado a partir de un índice, resulta evidente que el valor exacto de ese tipo variable no puede fijarse en un contrato de préstamo para toda su duración. Así pues, no cabe exigir a un profesional que facilite información precisa acerca de las consecuencias económicas asociadas a las variaciones del tipo de interés durante la vigencia del contrato, ya que esas variaciones dependen de acontecimientos futuros no previsibles y ajenos a la voluntad del profesional. En particular, la aplicación de un tipo de interés variable conlleva, a lo largo del tiempo, por su propia naturaleza, una fluctuación de los importes de las cuotas futuras, de forma que el profesional no está en condiciones de precisar el impacto exacto de la aplicación de una cláusula "suelo" sobre tales cuotas.

"53 No es menos cierto, no obstante, que el Tribunal de Justicia declaró en relación con préstamos hipotecarios de tipo de interés variable que el suministro de información sobre la evolución en el pasado del índice en que se basa el cálculo del tipo aplicable constituye un elemento especialmente pertinente (véase, en este sentido, la sentencia de 3 de marzo de 2020, Gómez del Moral Guasch, C-125/18, EU:C:2020:138, apartado 56).

"54 En efecto, mediante tal información puede situarse al consumidor en condiciones de tomar conciencia, a la luz de las fluctuaciones pasadas, de la eventualidad de que no pueda beneficiarse de tipos inferiores al tipo "suelo" que se le propone.

"55 Por lo que se refiere a las cantidades a las que el consumidor renunciaría aceptando una nueva cláusula "suelo", coincidentes con la diferencia entre las sumas satisfechas por el consumidor en aplicación de la cláusula "suelo" inicial y las que hubieran debido abonarse en ausencia de cláusula "suelo", debe señalarse que, en principio, esas cantidades pueden calcularse fácilmente por un consumidor medio normalmente informado y razonablemente perspicaz, siempre que el profesional -en este caso, la entidad bancaria, que reúne los conocimientos técnicos y la información necesarios a este respecto- haya puesto a su disposición todos los datos necesarios."

Y a la vista de lo anterior, concluye:

"el artículo 3, apartado 1, el artículo 4, apartado 2, y el artículo 5 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que la exigencia de transparencia que tales disposiciones imponen a un profesional implica que, cuando este celebra con un consumidor un contrato de préstamo hipotecario de tipo de interés variable y que establece una cláusula "suelo", deba situarse al consumidor en condiciones de comprender las consecuencias económicas que para él se derivan del mecanismo establecido por medio de la referida cláusula "suelo", en particular mediante la puesta a disposición de información relativa a la evolución pasada del índice a partir del cual se calcula el tipo de interés".

4. Al proyectar esta doctrina sobre la estipulación primera del contrato privado de 11 de noviembre de 2013 que reduce el suelo inicialmente pactado con la subrogación en el préstamo hipotecario del 3,25% al 2,25%, advertimos que esa cláusula no está negociada individualmente, y por lo tanto debe ser objeto de un control de transparencia.

Las pautas interpretativas expuestas por la sentencia del **TJUE** de 9 de julio de 2020, respecto de la introducción de una cláusula suelo en un contrato de préstamo hipotecario, deben aplicarse también a la cláusula de un posterior acuerdo contractual, no negociado individualmente, que modifica la inicial cláusula suelo, en la forma indicada por el propio **TJUE**.

Lógicamente, hemos de partir de las concretas circunstancias concurrentes, entre las que destaca el contexto en el que se lleva a cabo la novación: unos meses después de que la sentencia del pleno de esta sala 241/2013, de 9 de mayo, que generó un conocimiento generalizado de la eventual nulidad de estas cláusulas suelo si no cumplían con el control de transparencia, y que el efecto de esta nulidad sería a partir de la fecha de esa sentencia. De este modo, cuando se modificó la cláusula suelo, los prestatarios sabían de la existencia de la cláusula suelo, que era potencialmente nula por falta de transparencia y de la incidencia que había tenido.

Por otra parte, como afirma el **TJUE**, la transcripción manuscrita en la que los prestatarios afirman ser conscientes y entender que el tipo de interés de su préstamo nunca bajará del 2,25% no es suficiente por sí sola para afirmar que el contrato fue negociado individualmente, pero sí puede contribuir, junto con otros elementos, a apreciar la transparencia. Aunque no necesariamente la transcripción manuscrita de la cláusula equivale a su comprensibilidad real por el consumidor que la transcribe, es indudable que contribuye a resaltar su existencia y contenido.

Al margen de lo anterior, el **TJUE** entiende que la información que debía suministrarse al prestatario consumidor debía permitirle conocer las consecuencias económicas derivadas del mantenimiento de la cláusula suelo en el 2,25%, y menciona expresamente la relativa a la evolución pasada del índice a partir del cual se calcula el tipo de interés

Este criterio de transparencia se habría cumplido en este caso, pues consta el conocimiento de esta evolución del índice y sus concretas consecuencias económicas, por la incidencia práctica que había tenido esta evolución en la concreción de la cuantía de la cuota periódica que había venido pagando, y en el propio documento se especifica el valor del índice en ese momento (0,5%).

Además, esta información de la evolución de los índices de referencia oficiales era objeto de publicación oficial y periódica por el Banco de España, conforme a la disposición adicional segunda de la Orden del Ministerio de Economía de 5 de mayo de 1994, y a la Circular 5/1994, de 22 de julio, del Banco de España.

Por todo lo cual, hemos de concluir que la cláusula de modificación cumplía con estas exigencias de transparencia.

5. En cuanto a la cláusula de renuncia al ejercicio de acciones, dentro de un acuerdo transaccional, la STJUE de 9 de julio de 2020 admite su validez siempre que no se refiera a controversias futuras y la renuncia proceda de un consentimiento libre e informado. En caso de no haber sido individualmente negociada, la cláusula de renuncia debería cumplir con las exigencias de transparencia, representadas porque el consumidor dispusiera de la información pertinente que le permitiera comprender las consecuencias jurídicas que se derivaban para él de tal cláusula.



En este sentido, la sentencia concluye: primero, 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; y segundo, que la "renuncia, en lo referente a controversias futuras, a las acciones judiciales basadas en los derechos que le reconoce la Directiva 93/13 no vincula al consumidor".

Al examinar el tenor la estipulación tercera del contrato privado de 11 de noviembre de 2013, se advierte que la renuncia de acciones, por los términos en que está escrita, va más allá de la controversia suscitada en torno a la cláusula suelo, ya que se refiere genéricamente a "cualquier acción que traiga causa de su formalización y clausulado -del contrato de préstamo-, así como por las liquidaciones y pagos realizados hasta la fecha". Si la cláusula de renuncia se hubiera limitado a las acciones relativas a la validez de la cláusula suelo y a las liquidaciones y pagos realizados hasta la fecha, en ese caso, podría ser tenida en consideración para analizar si la información suministrada resultaba suficiente, en atención a las circunstancias del caso, para comprender las consecuencias jurídicas de la renuncia. En la medida en que la cláusula de renuncia abarca a cuestiones ajenas a la controversia que subyace al pretendido acuerdo transaccional, no puede reconocerse su validez.

6. En consecuencia, apreciamos la validez de la estipulación primera del contrato privado 11 de noviembre de 2013 que modifica la cláusula suelo convenida en la subrogación en el préstamo hipotecario (3,25%), en el sentido de situarla a partir de entonces en el 2,25%; y la nulidad de la cláusula tercera de renuncia de acciones. Esta última cláusula, que ha sido incluida por el banco en su propio interés, se debe tener por no puesta y por ello ha de ser removida del contrato transaccional. Subsiste el resto del acuerdo que, situados en el momento en que fue alcanzado (con las incertidumbres de entonces sobre la validez de la cláusula suelo y la limitación de efectos retroactivos si se declarara nula), y una vez suprimida la cláusula de renuncia de acciones, gira esencialmente en torno a la cláusula que reduce el suelo al 2,25%: frente al actual o potencial interés del prestatario de que se suprima la cláusula suelo, el banco accede a reducir el límite, asegurándose que cuando menos a partir de entonces la cláusula suelo es aceptada de forma inequívoca, cumplidas las exigencias de transparencia.

Esta modificación de la cláusula suelo opera únicamente a partir de la fecha del contrato privado, de 11 de noviembre de 2013.

Se declara la nulidad de la cláusula suelo establecida con la escritura de subrogación de 25 de julio de 2011, que se tiene por no puesta y en su consecuencia procede la restitución de las cantidades indebidamente cobradas en aplicación de esa inicial cláusula suelo.

CUARTO. *Motivo tercero de casación*

1. *Formulación del motivo.* El motivo denuncia la infracción del art. 6 del Código Civil, en cuanto que al existir una renuncia válida y eficaz, los demandantes carecían de acción.

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

2. *Desestimación del motivo.* Procede desestimar el motivo porque presupone que la renuncia contenida en la estipulación tercera del documento privado de 11 de noviembre de 2013 era válida y eficaz, y ya hemos declarado en el fundamento jurídico anterior que no lo es.

QUINTO. *Motivo cuarto de casación*

1. *Formulación del motivo.* El motivo denuncia la infracción del art. 1309 y 1313 del Código Civil, pues la acción de nulidad se extinguió "desde el momento en que el contrato ha sido ratificado válidamente por la parte".

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

2. *Desestimación del motivo.* El motivo se desestima porque las normas que se denuncian infringidas, que regulan la confirmación de los contratos anulables, no resultan de aplicación a los casos de nulidad absoluta, en general, y en particular a la nulidad las cláusulas abusivas. En este sentido nos pronunciamos recientemente en la sentencia 454/2020, de 23 de julio, con la argumentación que reiteramos ahora:

"La consecuencia de la declaración de abusividad de una cláusula es su nulidad de pleno derecho, como establecen inequívocamente los arts. 8.2 LCGC y 83 TRLCU. Y esta nulidad de pleno derecho es insubsanable, porque el consumidor no puede quedar vinculado por la cláusula abusiva, según determina el art. 6.1 de la Directiva 93/13. No es posible otorgar al consumidor una protección menor que la que otorga la institución de la nulidad de pleno derecho en otros campos del ordenamiento jurídico pues, de otorgar una protección inferior,



se infringiría el principio de equivalencia del Derecho de la Unión Europea (por todas, sentencias 654/2015, de 19 de noviembre, y 558/2017, de 16 de octubre, y las que en ellas se citan, tanto de esta sala como del **TJUE**)".

SEXTO. *Motivo quinto de casación*

1. Formulación del motivo. El motivo denuncia la infracción del art. 1 de la Ley 7/1988, de 18 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, del art. 3.2 de la Directiva 93/13 CEE y del art. 82.1 del RDLeg 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley General de Defensa de los consumidores y usuarios.

En el desarrollo del motivo se cuestiona que se cumpla el requisito de que las cláusulas del contrato se hubieran impuesto por el banco, pues entiende que fueron objeto de una negociación individual.

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

2. Desestimación del motivo. Al resolver el motivo segundo, hemos partido de la consideración de que tanto la cláusula que modifica el suelo como la de renuncia al ejercicio de acciones fueron predispuestas por el banco, sin que hubieran sido fruto de una negociación individual. El banco ofreció a los clientes lo que con carácter general venía ofreciendo a los clientes prestatarios de otros préstamos hipotecarios con cláusula suelo, y los clientes lo aceptaron, sin que propiamente hubieran negociado los términos del acuerdo.

Sobre esta cuestión también se pronunció la STJUE de 9 de julio de 2020. Primero recuerda que conforme al art. 3.2 Directiva 93/13, debe entenderse 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, Siba, C-537/13, EU:C:2015:14, apartado 31)". Después advierte que "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 (...). Y, en relación con las circunstancias propias de este caso, similar al que motivó el pronunciamiento del **TJUE**, afirma que "la circunstancia de que la celebración del contrato de novación al que se refiere al litigio principal se enmarque dentro de la política general de renegociación de los contratos de préstamo hipotecario de tipo variable que incluían una cláusula "suelo", iniciada por Ibercaja Banco a raíz de la sentencia 241/2013 del Tribunal Supremo, de 9 de mayo de 2013, podría constituir un indicio de que XZ no pudo influir en el contenido de la nueva cláusula "suelo".

Estas consideraciones ratifican la conclusión anterior de que los prestatarios demandantes no influyeron en el contenido de la nueva cláusula suelo, pues el banco les ofreció lo que con carácter general estaba ofreciendo a todos los clientes que acudían a la entidad para pedir la supresión o reducción de la inicial cláusula suelo.

SÉPTIMO. *Costas*

1. Estimado en parte el recurso de casación, no procede hacer expresa condena en costas (art. 398.2 LEC), con devolución del depósito constituido para recurrir en casación, de conformidad con la Disposición Adicional 15.ª, apartado 8.ª, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

2. La estimación en parte del recurso de casación conlleva una estimación en parte del recurso de apelación, razón por la cual tampoco procede hacer expresa condena en costas (art. 398.2 LEC).

3. Estimada la acción de nulidad por abusiva de la cláusula suelo, aunque los efectos restitutorios hayan quedado limitados por la validez de la novación de la cláusula suelo, procede la condena en costas en aplicación de la doctrina contenida en la sentencia del **TJUE** de 16 de julio de 2020, asuntos acumulados asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19.

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 Ibercaja Banco, S.A.U. contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 5.ª) de 5 de diciembre de 2016 (rollo núm. 513/2016), que modificamos en el siguiente sentido.

2.º Estimar en parte el recurso de apelación interpuesto por Ibercaja Banco, S.A.U. contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de Zaragoza de 7 de julio de 2016 (juicio ordinario 343/2016), cuyo fallo modificamos y pasa a tener el siguiente tenor.



3.º Estimar en parte la demanda formulada por Edmundo y Esmeralda contra Ibercaja Banco, S.A.U. con los siguientes pronunciamientos:

i) Se declara la nulidad de la cláusula establecida en la escritura de subrogación préstamo hipotecario de fecha 25 de julio de 2011, suscrito por las partes, que fijaba el tipo de interés mínimo en el 3,25% por ciento nominal anual.

ii) Se condena a Ibercaja Banco S.A. a devolver a los demandantes las cantidades cobradas indebidamente en aplicación de dicha cláusula desde la fecha establecida en la sentencia de instancia hasta el 11 de noviembre de 2013, en que se novó la cláusula.

iii) Se desestima la petición de nulidad de la cláusula de limitación a la variabilidad del tipo de interés introducida en la estipulación primera del contrato privado de 11 de noviembre de 2013.

iv) Se declara la nulidad de la cláusula de renuncia de acciones contenida en la estipulación tercera del contrato privado de 11 de noviembre de 2013.

4.º No hacer expresa condena de las costas de casación y apelación, e imponer a Ibercaja Banco S.A. las generadas en primera instancia.

5.º Acordar la devolución del depósito constituido para la interposición del recurso de casación.

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

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

Así se acuerda y firma.