



Roj: **STS 529/2021** - ECLI: **ES:TS:2021:529**

Id Cendoj: **28079110012021100080**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **17/02/2021**

Nº de Recurso: **422/2017**

Nº de Resolución: **86/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JUAN MARIA DIAZ FRAILE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 86/2021

Fecha de sentencia: 17/02/2021

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 422/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 21/01/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurora María Del Carmen García Álvarez

Transcrito por: COT

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 422/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurora María Del Carmen García Álvarez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 86/2021

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

D. Juan María Díaz Fraile

En Madrid, a 17 de febrero de 2021.

Esta sala ha visto el recurso de casación respecto de la sentencia 620/2016, de 15 de diciembre, dictada en grado de apelación por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza, como consecuencia de



autos de juicio ordinario n.º 304/2016 del Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Zaragoza, sobre condiciones generales de contratación.

Es parte recurrente Ibercaja Banco, S.A., representado por la procuradora D.ª Sonia Peire Blasco y bajo la dirección letrada de D. Diego Jaime Segura Arazuri.

Es parte recurrida D. Dimas y D.ª Esmeralda, representados por el procurador D. Pedro Bañeres Trueba y bajo la dirección letrada de D. Rafael López Garbayo.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- El procurador D. Pedro Bañeres Trueba, en nombre y representación de D. Dimas y D.ª Esmeralda, interpuso demanda de juicio ordinario contra Ibercaja Banco, S.A., en la que solicitaba se dictara sentencia:

"[...] por la que declare la nulidad de la cláusula suelo-techo del contrato de compraventa y subrogación en préstamo con garantía hipotecaria de fecha 30 de marzo de 2010 formalizado en escritura pública autorizada por el Notario D. Adolfo Calatayud Sierra, con el nº 607 de su protocolo; manteniéndose la vigencia del contrato sin la aplicación de los límites de suelo de techo, fijados en aquella y en su posterior novación. Y condene a la entidad demandada, previo recálculo de las cuotas, a 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 se insta. Todo ello, con imposición de las costas generadas a la parte demandada".

2.- La demanda fue presentada el 6 de abril del 2016 y, repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Zaragoza, fue registrada con el n.º 304/2016. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- La procuradora D.ª Sonia Freire Blasco, en representación de Ibercaja Banco, S.A., contestó a la demanda, solicitando su desestimación y la expresa condena en costas a la parte actora.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Zaragoza dictó sentencia de 7 de octubre de 2016, con la siguiente parte dispositiva:

"Que debo estimar la demanda interpuesta por D. Dimas y D.ª Esmeralda contra Ibercaja Banco, S.A. y declaro la nulidad de la cláusula suelo-techo del contrato de compraventa y subrogación en préstamo con garantía hipotecaria de fecha 30 de marzo de 2010 formalizado en escritura pública autorizada por el Notario D. Adolfo Calatayud Sierra, con el nº 607 de su protocolo; manteniéndose la vigencia del contrato sin la aplicación de los límites de suelo de techo, fijados en aquella y en su posterior novación. Condeno a la entidad demandada, previo recálculo de las cuotas, a 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 se insta. Todo ello, con imposición de las costas a la parte demandada".

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Ibercaja Banco, S.A. La representación de D. Dimas y D.ª Esmeralda se opuso al recurso.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza, que lo tramitó con el número de rollo 616/2016 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia 620/2016, de 15 de diciembre, cuyo fallo dispone:

"La Sala acuerda desestimar el recurso de apelación interpuesto por Ibercaja Banco S.A.U. contra la sentencia de 7 de octubre de 2016 dictada por la Ilma. Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de lo Primera Instancia Nº 8 de Zaragoza al que el presente rollo se contrae, confirmando la resolución recurrida en todos sus extremos con imposición de las costas a la recurrente".

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

1.- La procuradora D.ª Sonia Peire Blasco, en representación de Ibercaja Banco, S.A., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

El motivo del recurso extraordinario por infracción procesal fue:



"Motivo.- Infracción del artículo 216 y 218,1 de la LECIV que regulan el principio de justicia rogada y la motivación, exhaustividad y congruencia de las sentencias. Alegamos la infracción de los citados artículos con base a la concurrencia en las Resoluciones de: Error en la valoración de la prueba; al amparo del art 469,1, 4º por errónea valoración de la prueba".

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Motivo 1º: infracción de los artículos 326 LEC (en relación con los arts. 1.225 y 1.227 a 1.230 del Código Civil) que recoge el valor probatorio de los documentos privados

"Motivo 2º: infracción del principio de libertad contractual, y la regulación de la transacción prevista en los arts.1809 a 1819 del mismo Código Civil que otorga para las partes a lo transaccionado la autoridad de cosa juzgada (art.1816 C.C)

"Motivo 3º.- infracción del artículo 6 del código civil - inexistencia de acción de los actores - renuncia valida y eficaz

"Motivo 4º.- infracción de articulo 1309 y 1313 del Código Civil- extinción de la acción de nulidad desde el momento en que el contrato ha sido ratificado válidamente por la parte

"Motivo 5º. infracción del artículo 1 de la ley 7/1988 de 18 de abril sobre condiciones generales de contratación, artículo 3.2 de la directiva 93/13 CEE y artículo 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 decreto de 31 de mayo de 2018, se declaró el desistimiento del recurso por infracción procesal.

3.- 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 30 de enero de 2019, que admitió el recurso de casación y acordó dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición.

4.- El procurador D. Pedro Bañeres Trueba, en representación de D. Dimas y D.ª Esmeralda , presentó el día 6 de febrero de 2019 escrito en que solicitaba la suspensión del presente procedimiento por la pendencia de cuestiones prejudiciales planteadas respecto a los denominados documentos de novación-transacción.

5.- La procuradora D.ª Sonia Peire Blasco, en representación de Ibercaja Banco, S.A. se opuso a solicitud de suspensión efectuada por la actora.

6.- D. Dimas y D.ª Esmeralda se opusieron al recurso interpuesto de contrario.

7.- Por providencia de 22 de diciembre de 2020 se acordó no haber lugar a la suspensión solicitada, sin perjuicio de lo que pueda acordarse en la deliberación del recurso.

8.- 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

Para la resolución del presente recurso resultan relevantes los siguientes antecedentes de hecho acreditados en la instancia.

1. El 30 de marzo de 2010, D. Dimas y D.ª Esmeralda concertaron, en escritura pública, con la entidad Construcciones Castillo Balduz la compra de una vivienda en Cuarte de Huerva (Zaragoza), C/ DIRECCION000 nº NUM000 ; y se subrogaron en el préstamo hipotecario previamente suscrito por la promotora con la Caja de Ahorros de la Inmaculada (ahora, Ibercaja Banco, S.A.U.).

El préstamo hipotecario en que se subrogaron los demandantes contenía una cláusula de limitación a la variabilidad del tipo de interés del siguiente tenor:

"En ningún caso el tipo de interés será superior al resultante de incrementar en 6 puntos porcentuales el tipo de interés, definido anteriormente, a aplicar en el momento de la subrogación, con un máximo de 9,75 por ciento nominal anual ni inferior a disminuir en 0,25 puntos porcentuales dicho tipo de interés a aplicar en el momento de la subrogación, con un mínimo de 4,25 por ciento nominal anual".



2.- El 24 de marzo de 2014, después de que esta Sala Primera hubiera dictado su sentencia 241/2013, de 9 de mayo, Caja Inmaculada (CAI) concertó con D. Dimas y D.^a 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 2,75%, 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 2,75%, 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 2,75% nominal anual".

3. Los Sres. Dimas y Esmeralda presentaron una demanda en la que pidieron la nulidad de la cláusula suelo incluida en el contrato de préstamo hipotecario de 30 de marzo de 2010, así como su posterior rebaja al 2,75% mediante documento privado. La nulidad se fundaba en la falta de transparencia de ambas cláusulas. Además, se pidió la restitución de las cantidades indebidamente cobradas en aplicación de esa cláusula desde el 9 de mayo de 2013.

4. El juzgado de primera instancia estimó la demanda. Apreció falta de transparencia en la cláusula suelo y consideró que no era admisible la renuncia a la acción de impugnación contra dicha cláusula ni su novación por otra más con un suelo más reducido.

5. Recurrida la sentencia de primera instancia en apelación por la demanda, la Audiencia estimó el recurso. Parte de la nulidad de la cláusula suelo inicial, la del contrato de préstamo hipotecario en el que se subrogaron los demandantes mediante escritura pública de 30 de marzo de 2010, y argumentó por qué también es ineficaz la reducción de la cláusula suelo al 2,75% y la renuncia al ejercicio de las eventuales acciones de nulidad.

6. 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.

El recurso de casación es similar a los que planteó el mismo recurrente, Ibercaja, en otros casos anteriores muy semejantes. En la medida en que el supuesto de hecho, el contenido de la sentencia recurrida y los motivos de casación son muy similares, nos guiaremos por esos dos precedentes, entre los que figuran las sentencias del Pleno de esta Sala Primera 580/2020 y 581/2020, ambas de 5 de noviembre.

SEGUNDO.- *Sobre la petición de suspensión hasta que se resuelvan unas cuestiones prejudiciales planteadas por la Audiencia Provincial de Zaragoza*

1.- Cuando se notificó a las partes el señalamiento de la fecha para la deliberación, votación y fallo del recurso, la parte recurrida presentó escrito solicitando que se suspendiera el trámite hasta que por el TJUE se resolviera la petición de decisión prejudicial formulada por la Sección 5^a de la Audiencia Provincial de Zaragoza, que ha dado lugar al asunto C-13/19.

2.- Ante una petición idéntica, la sentencia de pleno 581/2020, de 5 de noviembre, decidió:

"La Sala no considera procedente la suspensión de la resolución del recurso hasta que se pronuncie de nuevo el TJUE sobre otra u otras cuestiones prejudiciales planteadas con relación a negocios jurídicos similares al que es objeto de este recurso.

"En primer lugar, varias de las premisas fácticas a que se hace referencia en la parte dispositiva del auto de planteamiento de la cuestión prejudicial a que hace referencia la solicitud (auto de 12 de diciembre de 2018 de la Sección 5^a de la Audiencia Provincial de Zaragoza, registrada por TJUE con número de asunto C-13/19) no coinciden con las del supuesto objeto de este recurso. De hecho, en alguna de las preguntas formuladas no se pretende tanto la interpretación de una norma de Derecho de la UE como la resolución directa del litigio



a la vista de las circunstancias fácticas que en el mismo concurren (por ejemplo, cuestión planteada en el apartado 3º de la parte dispositiva).

"Además, alguna de las cuestiones jurídicas planteadas (como por ejemplo la relativa a la práctica concurrencial desleal) tampoco son objeto de este recurso.

"Y finalmente, las cuestiones sustanciales que se plantean en esa cuestión prejudicial están, a juicio de esta Sala, resueltas en la STJUE de 9 de julio 2020 (C-452/18), sobre las que se ha dado audiencia a las partes. O incluso el planteamiento del tribunal que formula la cuestión prejudicial coincide con lo ya afirmado por esta Sala: insuficiencia, por sí sola, de la redacción manuscrita del cliente para superar el control de transparencia; improcedencia de moderar las cláusulas abusivas; requisitos de validez de la renuncia de acciones por parte del consumidor; consideración como condiciones generales de la contratación de las cláusulas de novación y renuncia de acciones predispuestas por la entidad financiera, a las que se adhiere el consumidor, etc.

"La simple pendencia de alguna cuestión prejudicial ante el TJUE no puede impedir que este tribunal se pronuncie, salvo que el objeto de esa cuestión prejudicial sea verdaderamente relevante y no concurren los requisitos de la doctrina del acto claro o acto aclarado, puesto que, de lo contrario, el continuo planteamiento de cuestiones prejudiciales impediría que pudieran resolverse los recursos de casación en asuntos en los que es importante la fijación de doctrina jurisprudencial".

3.- No se aprecia motivo alguno para no resolver en el mismo sentido.

TERCERO. *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 24 de marzo de 2014, 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 supone 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.

CUARTO.- *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 a 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. El documento privado de 27 de marzo de 2014, 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 2,75%; 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 predispuesta 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 27 de marzo de 2014 que reduce el suelo inicialmente pactado del 4,25% al 2,75%, 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 2,75% 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 2,75%, 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 (0,583%).

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 haya sido individualmente negociada y libremente aceptada. 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 27 de marzo de 2014, 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 pago 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 27 de marzo de 2014 que modifica la originaria cláusula suelo (4,25%), en el sentido de situarla a partir de entonces en el 2,75%; 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 primera que reduce el suelo al 2,75%: 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 27 de marzo de 2014.

Se declara la nulidad de la cláusula suelo establecida en el préstamo hipotecario en el que se subrogaron los demandantes mediante escritura pública de 30 de marzo de 2010, 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.

QUINTO.- *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 27 de marzo de 2014 era válida y eficaz, y ya hemos declarado en el fundamento jurídico anterior que no lo es.

SEXTO.- *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)".

SÉPTIMO.- *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, S. Iba, 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.

OCTAVO.- Costas y depósito

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. contra la sentencia n.º 620/2016, de 15 de diciembre, dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza, en el recurso de apelación núm. 616/2016, 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. 8 de Zaragoza de 30 de mayo de 2016 (juicio ordinario 304/2016), cuyo fallo modificamos en el siguiente sentido.

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

i) Se declara la nulidad de la cláusula establecida en el contrato de subrogación en el préstamo hipotecario de fecha 30 de marzo de 2010 suscrito por las partes, que fija el tipo de interés mínimo en el 4,25 por ciento nominal anual.

ii) Se condena a la entidad bancaria Ibercaja Banco S.A. a devolver a la demandante las cantidades cobradas indebidamente en aplicación de dicha cláusula desde la fecha establecida por la Audiencia hasta el 27 de marzo de 2014, 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 27 de marzo de 2014.

iv) Se declara la nulidad de la cláusula de renuncia de acciones contenida en la estipulación tercera del contrato privado de 27 de marzo de 2014.

4.º No hacer expresa condena de las costas de casación y apelación.

5.º Imponer a la demandada las costas de la primera instancia.

6.º Acordar la devolución del depósito constituido para la interposición de los recursos de apelación y 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.