



Roj: **STS 125/2021 - ECLI:ES:TS:2021:125**

Id Cendoj: **28079110012021100028**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **26/01/2021**

Nº de Recurso: **288/2017**

Nº de Resolución: **32/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **RAFAEL SARAZA JIMENA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 32/2021

Fecha de sentencia: 26/01/2021

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 288/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 21/01/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena

Procedencia: Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Quinta

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

Transcrito por: ACS

Nota:

CASACIÓN núm.: 288/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 32/2021

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

D. Juan María Díaz Fraile

En Madrid, a 26 de enero de 2021.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación respecto de la sentencia de 27 de diciembre de 2016, dictada en grado de apelación por la Sección Quinta de la Audiencia



Provincial de Zaragoza, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 365/2016 del Juzgado de Primera Instancia núm. 21 de Zaragoza, sobre nulidad de cláusula suelo.

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

Son parte recurrida D. Gervasio y D.^a Felisa, representados por el procurador D. Argimiro Vázquez Senin y bajo la dirección letrada de D. Alberto Sanjuan Bermejo.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- La procuradora D.^a Ivana Dehesa Ibarra, en nombre y representación de D. Gervasio y D.^a Felisa, interpuso demanda de juicio ordinario contra la Caja de Ahorros de la Inmaculada de Aragón (CAI), en la que solicitaba se dictara sentencia:

"[...] por la que:

" A) Se declare la nulidad de la citada cláusula contractual de interés mínimo y se tenga esta por no incorporada en el contrato de préstamo suscrito por los actores.

" Se declare nulo el contrato de novación aportado como documento 2.

" Se condene a CAI al pago de las cantidades cobradas indebidamente en aplicación de la cláusula suelo desde el 9 de mayo de 2013 hasta el 27 de marzo de 2015, más los intereses legales de dichas cantidades".

2.- La demanda fue presentada el 22 de abril de 2016 y, repartida al Juzgado de Primera Instancia núm. 21 de Zaragoza, fue registrada con el núm. 365/2016. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- La procuradora D.^a Sonia Peire Blasco, en representación de Ibercaja Banco S.A. (sucesora por absorción de Caja de Ahorros de la Inmaculada de Aragón CAI), contestó a la demanda, solicitando su desestimación y la expresa condena en costas a la parte actora.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 21 de Zaragoza, dictó sentencia 160/2016, de 13 de julio, cuyo fallo dispone:

"Que estimando la demanda interpuesta por la Procuradora D.^a M.^a Ivana Dehesa Ibarra, en representación de Gervasio y Felisa, contra Ibercaja Banco SAU, representado por la Procuradora D.^a Sonia Peire Blasco, debo declarar y declaro la nulidad de la cláusula contractual de interés mínimo y que se tenga ésta por no incorporada en el contrato de préstamo suscrito por las partes, se declare nulo el contrato de novación y, en consecuencia, debo condenar y condeno a la demandada al pago de las cantidades cobradas indebidamente en aplicación de la cláusula suelo desde el 9 de mayo de 2013 hasta el 27 de marzo de 2015, más los intereses legales y las costas procesales".

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Ibercaja Banco S.A. y la representación de D. Gervasio y D.^a Felisa se opusieron 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 527/2016, y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia de 27 de diciembre de 2016, que acordó desestimar el recurso con imposición de costas al apelante y pérdida del depósito constituido para recurrir.

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

"Único.- 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".



El motivo del recurso de casación fue:

"Primero.- 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".

"Segundo.- 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 CC)".

"Tercero.- Infracción del artículo 6 del Código Civil - inexistencia de acción de los actores - renuncia válida y eficaz".

"Cuarto.- Infracción de artículo 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".

"Quinto.- 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.- La representación de Ibercaja Banco S.A. con fecha 28 de mayo de 2018 presentó escrito desistiendo del recurso extraordinario por infracción procesal. Por decreto de fecha 8 de junio de 2018 se acordó declarar desistido del recurso de infracción procesal a la representación de Ibercaja Banco S.A., con imposición de costas y pérdida del depósito constituido; continuando el trámite respecto del recurso de casación interpuesto.

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.- D. Gervasio y D.^a Felisa se opusieron al recurso de casación interpuesto.

5.- 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.- *Antecedentes del caso*

1.- D. Gervasio y D.^a Felisa celebraron un contrato de préstamo hipotecario con la Caja de Ahorros de la Inmaculada de Aragón (actualmente, Ibercaja Banco S.A., en lo sucesivo, Ibercaja), en escritura pública firmada el 5 de julio de 2006, por importe de 235.000 euros, a devolver en 25 años, a un tipo inicial del 4,25% anual durante el primer año y, con posterioridad, el resultante de aplicar el diferencial del 1,15 al Euribor a un año. En el contrato se incluyó una "cláusula suelo" del 3,75%.

2.- Con posterioridad a que fuera dictada la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo 241/2013, de 9 de mayo, los prestatarios reclamaron a la caja de ahorros prestamista la eliminación de la cláusula suelo. El 13 de febrero de 2014, la prestamista y los prestatarios firmaron un "contrato de novación modificativa" del contrato de préstamo hipotecario firmado anteriormente.

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 cada uno de los 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".

3.- D. Gervasio y D.^a Felisa presentaron una demanda en la que pidieron la nulidad de la cláusula suelo incluida en el contrato de préstamo hipotecario de 5 de julio de 2006, así como del contrato de novación que la rebajó al 2,25% mediante documento privado y la restitución de las cantidades indebidamente cobradas en aplicación de esa cláusula desde el 9 de mayo de 2013.

4.- La sentencia del Juzgado de Primera Instancia estimó plenamente la demanda. Ibercaja interpuso un recurso de apelación contra la sentencia.

5.- La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación. Afirmó la nulidad de la cláusula suelo inicial, la del contrato de préstamo hipotecario de 5 de julio de 2006, y argumentó 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. Al respecto, la sentencia de apelación declara "la imposibilidad de convalidar la cláusula nula mediante su sustitución por otra que sea más favorable a los intereses del consumidor incluso aunque contenga una renuncia a la acción de nulidad que pudiera corresponderle".

6.- Ibercaja interpuso un recurso extraordinario por infracción procesal y un recurso de casación contra dicha sentencia. Con posterioridad, se desistió del recurso extraordinario por infracción procesal.

7.- Los demandantes solicitaron que se desestime el recurso de casación y se dicte sentencia "en la que se confirme íntegramente la sentencia recurrida, con expresa condena en costas de la casación a la recurrente". También solicitaron que se suspenda la resolución del recurso hasta que se resuelva la cuestión prejudicial C-452/18, que fue finalmente resuelta por la sentencia del TJUE de 9 de julio de 2020. Asimismo, aportaron el escrito presentado por la Comisión Europea en la tramitación de la cuestión prejudicial. Estando ya finalizado dicho procedimiento de cuestión prejudicial ante el TJUE y dictada sentencia, no procede acceder a la suspensión del recurso solicitada por los recurridos.

8.- Esta sala ha resuelto la cuestión objeto de este recurso en anteriores sentencias, en las que aplica la doctrina contenida en la sentencia del TJUE de 9 de julio de 2020, asunto C-452/18. Algunas de estas van referidas a un contrato novatorio celebrado por Ibercaja con sus clientes en los mismos términos que el suscrito en el caso objeto de este recurso. Dado que el recurso de casación es práctica reiteración de los recursos resueltos en esas sentencias, reiteraremos lo ya declarado en ellas.

9.- El documento aportado por los recurridos con su escrito de oposición al recurso carece de relevancia, pues ya ha sido dictada sentencia en la cuestión prejudicial en cuya tramitación fue aportado el escrito de la Comisión Europea. Lo relevante es la sentencia dictada por el TJUE, cuya doctrina aplica esta sala.

SEGUNDO.- *Formulación del motivo primero.*

1.- El encabezamiento del 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".

2.- En el desarrollo del motivo, la recurrente denuncia que al contestar a la demanda aportó el documento privado de 13 de febrero de 2014, en el que se instrumentó la novación del préstamo hipotecario, en lo que respecta a la cláusula suelo, y su autenticidad no fue negada. Según la 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 y comprendieron sus consecuencias económicas. Según la 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.

TERCERO.- *Desestimación del motivo primero*

1.- Procede desestimar el motivo porque en su formulación se denuncia la infracción de un precepto procesal, el art. 326 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que se refiere a que los documentos privados harán prueba plena en el proceso. Este tipo de infracciones procesales no tienen cabida en casación.

2.- Además, lo que se denuncia en el desarrollo del motivo es que a este documento privado no se le haya dado la valoración jurídica que la recurrente pretendía, lo que no guarda relación con la denunciada infracción del art. 326 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y sí con lo que es objeto de los siguientes motivos de casación.

CUARTO.- *Formulación del motivo segundo*

1.- En el encabezamiento del motivo se 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)".



2.- La infracción se habría cometido al declarar la Audiencia Provincial que la transacción contenida en el contrato privado de 13 de febrero de 2014 era nula.

QUINTO.- *Decisión del tribunal: validez de la novación de la cláusula suelo y nulidad de la renuncia genérica al ejercicio de cualesquiera acciones relativas al contrato de préstamo hipotecario*

1.- El documento privado de 13 de febrero de 2014 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".

2.- La primera estipulación, 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.

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

4.- Tal y como expusimos en las sentencias 580/2020 y 581/2020, de 5 de noviembre, y 676/2020, de 15 de diciembre, la sentencia del 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. Si esta modificación no ha sido negociada individualmente, sino que la cláusula ha sido predispuesta por el empresario, deberá cumplir, entre otras exigencias, con las de transparencia.

5.- 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".

6.- Al aplicar esta doctrina al enjuiciamiento de la validez de la estipulación primera del contrato privado de 13 de febrero de 2014, que reduce el suelo inicialmente pactado del 3,75% al 2,25%, advertimos que esa cláusula no está negociada individualmente, y por lo tanto debe ser objeto de un control de transparencia.

7.- 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.

8.- Para realizar el control de transparencia, hemos de partir de las concretas circunstancias concurrentes. A estos efectos, tiene especial importancia 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. En la propia demanda se alega que los prestatarios, tras la sentencia de esta sala 241/2013, formularon diversas reclamaciones a Ibercaja para que dejara de aplicar la cláusula suelo, y que la propuesta del contrato transaccional fue la respuesta de Ibercaja a estas reclamaciones.

9.- 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.

10.- 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

11.- Este criterio de transparencia se habría cumplido en este caso, pues consta el conocimiento por los prestatarios 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 habían venido pagando. En el propio documento se especifica el valor del índice de referencia en ese momento (0,491%).

12.- 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.

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

14.- En cuanto a la cláusula de renuncia al ejercicio de acciones, dentro de un acuerdo transaccional, la sentencia del TJUE 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.

15.- En este sentido, la sentencia del TJUE de 9 de julio de 2020 concluye en el apartado cuarto del fallo:

"- 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;

" - la cláusula mediante la que el mismo consumidor 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".



16.- La renuncia de acciones contenida en la estipulación tercera del contrato privado de 13 de febrero de 2014, por los términos en que está redactada, 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". Dado que esta cláusula de renuncia abarca cuestiones ajenas a la controversia que subyace al pretendido acuerdo transaccional, no puede reconocerse su validez.

17.- Si la cláusula se hubiera limitado a la renuncia a las acciones relativas a la validez de la cláusula suelo y a las liquidaciones y pagos realizados hasta la fecha, 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, como efectivamente hicimos en la sentencia 675/2020, de 15 de diciembre. En la medida en que la cláusula de renuncia del contrato objeto de este recurso abarca cuestiones ajenas a la controversia que subyace al pretendido acuerdo transaccional, la cláusula es abusiva y, por tanto, nula.

18.- En consecuencia, apreciamos la validez de la estipulación primera del contrato privado de 13 de febrero de 2014 que modifica la originaria cláusula suelo (3,75%), en el sentido de situar el "suelo" a partir de entonces en el 2,55%; y confirmamos 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 los efectos de una posible nulidad), y una vez suprimida la cláusula de renuncia de acciones, gira esencialmente en torno a la cláusula primera 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 13 de febrero de 2014.

19.- Se confirma la nulidad de la cláusula suelo establecida en la escritura de préstamo hipotecario de 5 de julio de 2006, declarada por los tribunales de instancia, 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 con el alcance y en los términos solicitados por los demandantes y acordados en las sentencias de instancia, cuya confirmación también se solicitó en el escrito de oposición al recurso de casación.

SEXTO.- *Formulación del tercer 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.

SÉPTIMO.- *Decisión del tribunal: desestimación del motivo*

Procede desestimar el motivo porque presupone que la renuncia contenida en la estipulación tercera del documento privado de 13 de febrero de 2014 era válida y eficaz, y ya hemos declarado, al resolver el motivo anterior, que no lo es.

OCTAVO.- *Formulación del cuarto motivo de casación*

1. - El encabezamiento del motivo denuncia la infracción del art. 1309 y 1313 del Código Civil.
- 2.- En el desarrollo del motivo se argumenta que la acción de nulidad se extinguió porque el contrato ha sido ratificado válidamente por los prestatarios en el contrato de 13 de febrero de 2014.

NOVENO.- *Decisión del tribunal: desestimación del motivo*

1.- 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.

2.- 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)".

**DÉCIMO.-** *Formulación del quinto motivo de casación*

1.- En el encabezamiento del motivo, la recurrente 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.

2.- 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.

UNDÉCIMO.- *Decisión del tribunal: desestimación del motivo*

1.- 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 predisuestas 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.

2.- Sobre esta cuestión también se pronunció la sentencia del TJUE 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".

3.- Estas consideraciones ratifican la conclusión anterior de que los prestatarios demandantes no influyeron en el contenido de la nueva cláusula suelo, pues el banco hizo su oferta de reducción de la cláusula suelo en un documento que contenía la reglamentación contractual que con carácter general estaba ofreciendo a los clientes que acudían a la entidad para pedir la supresión o reducción de la inicial cláusula suelo, sin perjuicio de que el tipo del nuevo suelo ofrecido pudiera variar de un cliente a otro.

DUODÉCIMO.- *Costas y depósitos*

1.- Estimado en parte el recurso de casación, no procede hacer expresa condena en costas (art. 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

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 en este último recurso (art. 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

3. La estimación en parte del recurso de apelación ha supuesto la estimación de 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, por lo que 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.

4.- Procede acordar la 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.

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 de 27 de diciembre de 2016, dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza, en el recurso de apelación núm. 527/2016.



2.º Estimar en parte el recurso de apelación interpuesto por Ibercaja Banco, S.A.U. contra la sentencia 160/2016, de 13 de julio, del Juzgado de Primera Instancia núm. 21 de Zaragoza, dictada en el juicio ordinario 365/2016, cuyo fallo modificamos en el sentido de desestimar 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 13 de febrero de 2014, por lo que la restitución de cantidades solo procederá respecto de las devengadas desde la fecha fijada en la sentencia de primera instancia hasta el 13 de febrero de 2014, y dejar sin efecto la condena en costas de la apelación, confirmando la sentencia del Juzgado de Primera Instancia en los demás extremos.

3.º No hacer expresa condena de las costas de los recursos de apelación y de casación y 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ