



Roj: **STS 2163/2022 - ECLI:ES:TS:2022:2163**

Id Cendoj: **28079110012022100450**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **31/05/2022**

Nº de Recurso: **4946/2017**

Nº de Resolución: **438/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP Z 2163/2017,**  
**STS 2163/2022**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 438/2022**

Fecha de sentencia: 31/05/2022

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 4946/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 25/05/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Procedencia: Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 5.ª)

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Andres Sanchez Guiu

Sentencia de señalamiento adicional

Transcrito por: RSJ

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 4946/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Andres Sanchez Guiu

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 438/2022**

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

D. Juan María Díaz Fraile

En Madrid, a 31 de mayo de 2022.

Esta Sala ha visto los recursos extraordinario por infracción procesal y 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. 2 de Zaragoza. Es parte recurrente la entidad Ibercaja Banco S.A., representada por el procurador Juan Manuel Andrés Alamán y bajo la dirección letrada de Jesús Nieto Avellaned. Es parte recurrida Sara , representada 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 Sara , interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Zaragoza, contra la entidad Ibercaja SAU, para que se dictase sentencia por la que:

"se declare la nulidad de la cláusula suelo-techo del contrato de préstamo con garantía hipotecaria de fecha 29 de marzo de 2004 formalizado en escritura pública autorizada por el Notario D. Emilio Latorre Martínez de Baroja, con el nº 973 de su protocolo, novada por escritura de 22 de marzo de 2007 autorizada por el notario D. Gonzalo Dívar de Loyola con número se su protocolo 979 y su posterior novación en documento privado; manteniéndose la vigencia de los contratos sin la aplicación de los límites de suelo de techo, fijados en aquella. Y condene a la entidad demandada, previo recálculo de las cuotas, a la devolución de las cantidades indebidamente abonadas por la parte demandante como consecuencia de la aplicación de las cláusulas suelo cuya nulidad se insta.

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

2. El procurador Juan Manuel Andrés Alamán, en representación de la entidad Ibercaja Banco S.A., contestó a la demanda y pidió al Juzgado que dictase sentencia:

"por la que resuelva desestimarla, con expresa imposición de costas a dicha parte actora y subsidiariamente para el caso de estimar la nulidad de la cláusula inicial de 2004, limite los efectos de la restitución de intereses por aplicación de la cláusula suelo al periodo que media hasta la fecha en que se pacta el nuevo tipo de interés mínimo, y sin hacer expresa imposición de costas".

3. El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Zaragoza dictó sentencia con fecha 8 de marzo de 2017, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallo: Estimando la demanda interpuesta por D.ª Sara , representada por el procurador de los Tribunales D. Pedro Bañeres Trueba y bajo la dirección letrada de D. Rafael López Garbayo, siendo parte demandada la entidad Ibercaja Banco, S.A. (antes, Caja de Ahorros de la Inmaculada), con CIF A99319030, representada por el procurador de los Tribunales D. Juan Manuel Andrés Alamán y asistida por el letrado D. Jesús Nieto Avellaned, debo:

"1º.- Declarar y declaro la nulidad, por su carácter abusivo, de la cláusula suelo-techo del contrato de préstamo con garantía hipotecaria de fecha 29 de marzo de 2004 formalizado en escritura pública autorizada por el Notario D. Emilio Latorre Martínez de Baroja, con el nº 973 de su protocolo, novada por escritura de 22 de marzo de 2007 autorizada por el notario D. Gonzalo Dívar de Loyola con número de su protocolo 979 y su posterior novación en documento privado en fecha 23 de julio de 2015; manteniéndose la vigencia del contrato sin la aplicación de los límites de suelo-techo, fijados en aquella.

"2º.- Condenar y condeno a la entidad demandada a eliminar dicha condición general -cláusula limitativa del tipo de interés- de la contratación del contrato de préstamo hipotecario.

"3º.- Condenar y condeno a la entidad demandada, previo recálculo de las cuotas, a la devolución de las cantidades indebidamente abonadas por la parte demandante como consecuencia de la aplicación de las cláusulas suelo cuya nulidad ahora se declara, así como al pago de los intereses legales de dichas cantidades, desde la fecha de cada cobro, incrementadas en dos puntos desde la fecha de la presente resolución conforme a lo establecido en el artículo 576 LEC.

"4º.- Condenar y condeno en costas a la parte demandada con expresa imposición".

**SEGUNDO.** *Tramitación en segunda instancia*

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

2. La resolución de este recurso correspondió a la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza mediante sentencia de 16 de octubre de 2017, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallamos: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la legal representación de IBERCAJA SAU, debemos confirmar la sentencia apelada. Con condena en costas a la parte apelante. Dese al depósito el destino legal".

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

1. El procurador Juan Manuel Andrés Alamán, en representación de la entidad Ibercaja Banco S.A., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación 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 de 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 de la 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 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., representada por el procurador Juan Manuel Andrés Alamán; y como parte recurrida Sara , representada por el procurador Pedro Bañeres Trueba.

4. La representación procesal de la parte recurrente presentó escrito en el que desistía del recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto.

5. Esta sala dictó auto de fecha 15 de julio de 2020, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Ibercaja Banco S.A. contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección Quinta) de 16 de octubre de 2017, dictada en el rollo de apelación 419/2017 y dimanante del procedimiento ordinario 28/2017 del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Zaragoza".

6. Dado traslado, la representación procesal de Sara 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 25 de mayo de 2022, 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 29 de marzo de 2004, Sara , para financiar la adquisición de una vivienda, suscribió una póliza de préstamo con Caja de Ahorros de la Inmaculada (CAI), más tarde absorbida por Ibercaja Banco, S.A. (Ibercaja). Este



préstamo fue novado más tarde, mediante escritura de 22 de marzo de 2007. En ambas escrituras, había una cláusula que limitaba la variabilidad a la baja en el 3,5%.

El 23 de julio de 2015, después de que esta Sala Primera hubiera dictado su sentencia 241/2013, de 9 de mayo, CAI concertó con la prestataria un contrato privado que modificaba las escrituras anteriores, en el sentido de reducir el tipo de interés mínimo al 2,50%. Y en la estipulación tercera se dispone lo siguiente:

"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".

El documento contiene la transcripción a mano por la prestataria, junto con su firma, del siguiente texto:

"Soy consciente y entiendo que el tipo de interés de mi préstamo nunca bajará del 2,50% nominal anual".

2. Sara presentó una demanda en la que pedía la nulidad de la cláusula suelo incluida en la escritura de préstamo de 29 de marzo de 2004 y en la de novación de 22 de marzo de 2007. La nulidad se fundaba en la falta de transparencia. Además se pidió la restitución de las cantidades indebidamente cobradas en aplicación de esa cláusula, más los intereses legales.

3. La sentencia de primera instancia estimó la demanda. Primero, consideró que la cláusula suelo establecida en la escritura de préstamo de 29 de marzo de 2004 y en la de novación de 22 de marzo de 2007 no superaba el control de transparencia exigido jurisprudencialmente. Y restó eficacia a la novación y a la renuncia al ejercicio de acciones contenida en el documento privado de 23 de julio de 2015. En consecuencia, el juzgado declaró la nulidad de la cláusula suelo establecida en la escritura de préstamo de 29 de marzo de 2004 y en la de novación de 22 de marzo de 2007 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.

4. La sentencia fue recurrida en apelación por el banco demandado. La Audiencia desestima el recurso: parte de la nulidad de la cláusula suelo inicial contenida en las escrituras préstamo hipotecario de 29 de marzo de 2004 y en la de novación de 22 de marzo de 2007, y argumenta con mayor detenimiento por qué también es ineficaz la reducción de la cláusula suelo al 2,50% y la renuncia al ejercicio de las eventuales acciones de nulidad. Además reitera que la devolución de las cantidades cobradas indebidamente en aplicación de dicha cláusula debe operar desde la firma de del contrato.

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 formula dos objeciones a la admisión del recurso. En cuanto a la primera, basta advertir que el interés casacional queda constatado no sólo por la existencia de resoluciones contradictorias dictadas por distintas audiencias, sino también porque, con posterioridad, esta Sala del Tribunal Supremo se pronunció en un sentido contrario al seguido por la sentencia recurrida (sentencia del Pleno 205/2018, de 11 de abril). También rechazamos la segunda objeción, relacionada con el margen de revisión de la calificación del contrato realizada en la instancia, porque, al no constituir una causa objetiva que requiera un pronunciamiento previo a la resolución del motivo, será tenido en consideración, en su caso, al resolver sobre el fondo.

6. El recurso de casación es similar a los que planteó el mismo recurrente, Ibercaja, en dos casos anteriores muy semejantes resueltos por el pleno de esta sala. 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, las sentencias 580/2020 y 581/2020, ambas de 5 de noviembre, que siguen la doctrina del Tribunal de Justicia contenida en la Sentencia del TJUE de 9 de julio de 2020 y reiterada en el Auto del TJUE de 3 de marzo de 2021.

#### **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 fue aportado el documento privado de 23 de julio de 2015, en el que se instrumentó la novación de los préstamos, en lo que respecta a la cláusula suelo, y su autenticidad no ha sido negada. Según el recurrente este documento tiene gran relevancia porque supone el reconocimiento del demandante de que en su día conoció la limitación de variabilidad del interés, 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 este documento privado no se le 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 encabezaba el documento, sino el contenido y validez de sus cláusulas.

El documento privado de 23 de julio de 2015, 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 del 2,50%; 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 el cliente, que en ese momento podía ejercitar la acción de nulidad de la originaria cláusula suelo, renuncia 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.** Sin embargo, 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.

**4.** En nuestro caso, como se constata que la estipulación primera del contrato privado de 23 de julio de 2015, que reduce el suelo inicialmente pactado al 2,50%, no fue negociada individualmente, 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 en los considerandos 40 y ss. de la reseñada sentencia: la información que debía suministrarse al prestatario consumidor debía permitirle conocer las consecuencias económicas derivadas de la reducción de la cláusula suelo, que en este caso se fija en el 2,50%.

Al llevar a cabo este análisis, 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 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, el prestatario sabía de la existencia de la cláusula suelo, que era potencialmente nula por falta de transparencia y de la incidencia que había tenido.

Si bien, 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 2,50%, no es suficiente por sí sola para afirmar que el contrato fue negociado individualmente, 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.

Sin obviar que la prestataria conocía cómo había repercutido la originaria cláusula suelo en su préstamo en los meses anteriores, y la puesta a su disposición de la información sobre evolución del índice a partir del cual se calcula el tipo de interés.

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.

De este modo, cuando se novó la cláusula, el prestatario conocía la existencia de la cláusula suelo, que era potencialmente nula por falta de transparencia, la incidencia que había tenido en su préstamo y la que tendría la nueva cláusula suelo, cuyo interés nunca bajaría del 2,50%. Todas estas circunstancias, tomadas en consideración conjuntamente, se consideran adecuadas para que el consumidor pueda valorar qué trascendencia tiene el mantenimiento de un suelo del 3,50% en su préstamo hipotecario, y por ende permiten concluir que la cláusula novatoria cumplía con las 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 23 de julio de 2015, 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 de 23 de julio de 2015, que modificaba la originaria cláusula suelo, en el sentido de situarla a partir del contrato privado en el 2,50%; 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 2,50%: 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 al 2,50% opera únicamente a partir de la fecha del contrato privado, de 23 de julio de 2015.

Se declara la nulidad de la cláusula suelo establecida en la escritura de préstamo de 29 de marzo de 2004 y en la de novación de 22 de marzo de 2007, 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, el demandante carecía 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 23 de julio de 2015 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.

#### **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 al demandante lo que con carácter general venía ofreciendo a los clientes prestatarios de otros préstamos hipotecarios con cláusula suelo, y el demandante lo aceptó, sin que propiamente hubieran negociado los términos del acuerdo.

#### **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 de Ibercaja, razón por la cual tampoco procede hacer expresa condena en costas ( art. 398.2 LEC).

3. Aunque la demanda ha sido estimada en parte, imponemos las costas de la primera instancia al banco demandado, de acuerdo con la sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de julio de 2020.

### **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 16 de octubre de 2017 (rollo 419/2017), 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. 2 de Zaragoza de 8 de marzo de 2017 (juicio ordinario 28/2017), cuyo fallo modificamos en el siguiente sentido:

i) Se declara la nulidad de la cláusula establecida en la escritura de préstamo de 29 de marzo de 2004 y en la de novación de 22 de marzo de 2007, que fijaba el tipo de interés mínimo en el 3,50 por ciento nominal anual.

ii) Se condena a la entidad bancaria Ibercaja Banco S.A. a devolver al demandante las cantidades cobradas indebidamente en aplicación de dicha cláusula desde la fecha establecida en la sentencia de instancia hasta el 23 de julio de 2015, en que se novó la cláusula.



iii) Se declara la validez de la cláusula de limitación a la variabilidad del tipo de interés introducida en la estipulación primera del contrato privado de 23 de julio de 2015.

iv) Se declara la nulidad de la cláusula de renuncia de acciones contenida en la estipulación tercera del contrato privado de 23 de julio de 2015.

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

**4.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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ