



Roj: **STS 1622/2021 - ECLI:ES:TS:2021:1622**

Id Cendoj: **28079110012021100246**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **04/05/2021**

Nº de Recurso: **701/2017**

Nº de Resolución: **243/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JUAN MARIA DIAZ FRAILE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP Z 2017/2016,**
STS 1622/2021

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 243/2021

Fecha de sentencia: 04/05/2021

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 701/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 28/04/2021

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

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: COT

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 701/2017

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

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 243/2021

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

D. Juan María Díaz Fraile



En Madrid, a 4 de mayo de 2021.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación respecto de la sentencia n.º 588/2016, de 5 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 390/2016 del Juzgado de Primera Instancia n.º 21 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.ª Amalia y D. Rogelio, representados por el procurador D.ª Susana Hernández Hernández y bajo la dirección letrada de D. Javier de la Torre García.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- La procuradora D.ª Susana Hernández Hernández, en nombre y representación de D.ª Amalia y D. Rogelio interpuso demanda de juicio ordinario contra Ibercaja SAU, en la que solicitaba se dictara sentencia:

"[...] en la que se declare nulidad por falta de transparencia de

"1.- La cláusula suelo-techo que obra en la Escritura de fecha de 28 de febrero de 2006, ante el Notario D. José Gómez Pascual, n.º de protocolo 799, así como la posterior rebaja operada mediante documento privado.

"2.- El instrumento de cobertura de tipos de interés insertado en la Escritura de 12 de septiembre de 2007, otorgada ante el Notario D. José María Navarro Viñuales, n.º de protocolo 1.629, así como la posterior rebaja operada mediante documento privado.

"Y, en ambos casos, se condene a la entidad demandada a restituir a nuestros representados la cantidad que se determine en ejecución de sentencia con arreglo a las siguientes bases: La suma, a partir del 9 de mayo de 2.013, de las diferencias entre la cantidad liquidada por la entidad financiera efectivamente abonada por el prestatario en cada periodo mensual de amortización y la cantidad que debería haber pagado en dichos periodos mensuales sin tener en cuenta la cláusula suelo-techo y el instrumento de cobertura de tipos de interés declarados nulos ni la rebajas posteriores, más los intereses legales desde la interpelación judicial, de conformidad con el resto de cláusulas financieras del contrato y con imposición de costas a la demandada".

2.- La demanda fue presentada el 2 de mayo de 2016 y, repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 21 de Zaragoza, fue registrada con el n.º 390/2016. 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, SAU, 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/a-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 21 de Zaragoza dictó sentencia n.º 193/2016 de 26 de septiembre, con la siguiente parte dispositiva:

"Que estimando la demanda interpuesta por la Procuradora D.ª Susana Hernández Hernández, en representación de Amalia y Rogelio, contra Ibercaja Banco SAU, representado por la Procuradora D.ª Sonia Peire Blasco, debo declarar y declaro la nulidad por falta de transparencia de 1.- La cláusula suelo-techo que obra en la escritura de fecha 28 de febrero de 2006, ante el notario D. José Gómez Pascual, n.º de protocolo 799, así como la posterior rebaja operada en documento privado. 2.- El instrumento de cobertura de tipos de interés insertado en la escritura de 12 de septiembre de 2007, otorgada ante Notario D. José M.ª Navarro Viñuales, de Protocolo 1.629, así como la posterior rebaja operada mediante documento privado. En ambos casos, debo condenar y condeno a la demandada a restituir a los actores la cantidad que se determine en ejecución de sentencia con arreglo a las siguientes bases. La suma a partir de la publicación de la sentencia del TS de fecha 9 de mayo de 2013, de las diferencias entre la cantidad liquidada por la entidad financiera efectivamente abonada por el prestatario en cada periodo mensual, de amortización y la cantidad que debería haber pagado en dichos periodos mensuales sin tener en cuenta cláusula- suelo-techo y el instrumento de cobertura de tipos de interés declarados nulos ni las rebajas posteriores, más los intereses legales desde la interpelación judicial, de conformidad con el resto de cláusulas financieras del contrato y con imposición de las costas procesales a la demandada".

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*



1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Ibercaja Banco SAU. La representación de D.^a Amalia y D. Rogelio 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 565/2016 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia 588/2016, de 5 de diciembre, cuyo fallo dispone:

"Que, desestimando el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Sra. Peiré Blasco, en la representación que tiene acreditada; contra la Sentencia dictada el pasado día 26 de septiembre del 2016, por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 21 de Zaragoza, cuya parte dispositiva ya ha sido transcrita, la confirmamos íntegramente, imponiendo a la recurrente las costas de esta alzada".

TERCERO.- Interposición y tramitación 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.1816c.c).

"Motivo 3º.- Infracción del artículo 6 del Código Civil - Inexistencia de acción de los actores - renuncia valida y eficaz

"Motivo 4º.- Infracción del 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.

"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.

Por decreto de 30 de mayo de 2018 se declaró desistido el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la procuradora D.^a Sonia Peire Blasco, en representación de Ibercaja Banco, S.A. y se acordó continuar el trámite respecto del recurso de casación.

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 20 de febrero de 2019, que admitió el recurso y acordó dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición.

3.- La representación de D.^a Amalia y D. Rogelio se opuso al recurso.

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 28 de abril de 2021, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen de antecedentes

1.- El 28 de febrero de 2006, D.^a Amalia y D. Rogelio, suscribieron un préstamo hipotecario con Caja de Ahorros de la Inmaculada (ahora Ibercaja), que tenía una cláusula suelo del 3,25% y un techo del 8,50%.

El 12 de septiembre de 2007, las mismas partes suscribieron otro préstamo hipotecario que tenía también una cláusula suelo del 4,50% y un techo del 9,75%.

2.- El 13 de octubre de 2015, después de que esta Sala Primera hubiera dictado su sentencia 241/2013, de 9 de mayo, Ibercaja concertó con los prestatarios sendos contratos privados que modificaban el anterior, en el sentido de reducir el tipo de interés mínimo al 2,25%, en el primer préstamo, y al 2,75%, en el segundo. En la estipulación tercera de estos contratos se dispone lo siguiente:

"Las PARTES ratifican la validez y vigor del préstamo, consideran adecuadas sus condiciones y las liquidaciones y pagos realizados hasta la fecha, cuya corrección reconocen".

El primero de estos documentos, de cuatro hojas, contiene en una de ellas la transcripción a mano por los prestatarios, junto con sus firmas, del siguiente texto:

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

Igual transcripción manuscrita se contiene en el segundo documento, con la única diferencia de que el suelo en ese caso es del 2,75%.

Ambos documentos contienen un anexo con los dos gráficos correspondientes a la evolución seguida en los años precedentes por el Euribor y el IRPH-Cajas.

3.- Los Sres. Amalia y Rogelio presentaron una demanda en la que pidieron la nulidad de la cláusula suelo-techo incluida en los contratos formalizados en las escrituras de 28 de febrero de 2006 y 12 de septiembre de 2007, así como su posterior rebaja al 2,25% y al 2,75%, respectivamente. La nulidad se fundaba en la falta de transparencia de dichas 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 al apreciar la falta de transparencia en las cláusulas suelo iniciales, y consideró que los contratos privados de novación posteriores carecían de cualquier virtualidad, por ser nulos en tanto que novación de una cláusula nula.

5.- Recurrida la sentencia en apelación por Ibercaja, la Audiencia desestimó el recurso. En lo que ahora interesa, argumentó: (i) la cláusula suelo del préstamo hipotecario no supera el control de transparencia; (ii) no es posible convalidar la cláusula nula mediante su sustitución por otra más favorable a los intereses del consumidor; (iii) los documentos privados no contienen una renuncia válida a la acción de nulidad que pudiera corresponder a los prestatarios.

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.

SEGUNDO.- Alegaciones del escrito de oposición al recurso

1.- Las objeciones a la admisión del recurso formuladas por los recurridos no pueden ser estimadas. El escrito de interposición del recurso de casación reúne los requisitos exigidos en los arts. 477 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

2.- Es improcedente "estudiar, de oficio" la abusividad de la cláusula cuarta del documento privado de 13 de octubre de 2015, como piden los recurridos en su escrito de oposición al recurso, pues carece de cualquier relevancia para la resolución del recurso y para decidir sobre las pretensiones que los propios recurridos formularon en su demanda. El TJUE, en su sentencia de 11 de marzo de 2020, asunto C-511/17, declaró:

i) El examen de oficio "debe respetar los límites del objeto del litigio, entendido como el resultado que una parte persigue con sus pretensiones, tal como hayan sido formuladas y a la luz de los motivos invocados en apoyo de las mismas" (apartado 28).

ii) La protección que supone el control de oficio "no puede llegar hasta el punto de que se ignoren o sobrepasen los límites del objeto del litigio tal como las partes lo hayan definido en sus pretensiones, interpretadas a la luz de los motivos que hayan invocado, de modo que el juez nacional no está obligado a ampliar el litigio más allá de las pretensiones formuladas y de los motivos invocados ante él, analizando de manera individual, con el fin de verificar su carácter eventualmente abusivo, todas las demás cláusulas de un contrato en el que solo algunas de ellas son objeto de la demanda de que conoce" (apartado 30).

TERCERO.- Formulación del primer motivo.

1.- 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".

2.- En el desarrollo del motivo denuncia que al contestar a la demanda aportó los documentos privados de 13 de octubre de 2015, 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.

CUARTO.- *Decisión del tribunal: inadmisibilidad del motivo por referirse a cuestiones procesales.*

1.- 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.

2.- 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.

QUINTO.- *Formulación del segundo motivo*

1.- 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)".

2.- En el desarrollo del motivo, la parte recurrente alega, resumidamente, que la sentencia recurrida pasa por alto los efectos de la transacción y la renuncia de acciones que contiene el documento suscrito por las partes, sin hacer mención alguna a la misma.

SEXTO.- *Decisión del tribunal: transacción que contiene una cláusula de novación*

1.- Los documentos privados de 13 de octubre de 2015, en lo que ahora interesa, contienen dos estipulaciones relevantes: en la estipulación primera se pacta que a partir de entonces y para el resto de los contratos de préstamos el tipo de interés mínimo aplicable será el 2,25% y del 2,75%, respectivamente; y en la estipulación tercera las partes ratifican la validez del préstamo originario, y "consideran adecuadas sus condiciones y las liquidaciones y pagos realizados hasta la fecha", que, en la tesis de la recurrente, podría interpretarse como una renuncia al ejercicio de acciones relativas a dichas cláusulas.

2.- Desde esta perspectiva, la cláusula primera, por sí sola, y al margen de la tercera, constituiría una modificación o novación de la cláusula suelo. Y la tercera, en cuanto pudiera interpretarse como 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 constituirían 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 podía ser declarada nula por abusiva, si no pasaba el control de transparencia, no podía ser objeto de novación y de que la estipulación tercera, antes transcrita, no puede interpretarse como una renuncia válida.

4.- La sentencia TJUE de 9 de julio de 2020, asunto C-452/18, resolvió esta cuestión en un sentido distinto al recogido en la sentencia de la Audiencia Provincial recurrida. En esa sentencia, así como en el posterior auto de 3 de marzo de 2021, asunto C-13/19, el TJUE declaró que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que una cláusula de un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, cuyo carácter abusivo puede ser declarado judicialmente, pueda ser objeto de un acuerdo de novación entre ese profesional y ese consumidor.

5.- Con ello admite la posibilidad de que una cláusula potencialmente nula, como la cláusula suelo, pueda ser modificada por las partes con posterioridad.

6.- Pero si esta modificación, que en el caso objeto del recurso reduce el suelo inicialmente pactado del 3,25% al 2,25% en el primer préstamo, y del 4,50% al 2,75% en el segundo, no ha sido negociada individualmente, sino que la cláusula ha sido predispuesta por el empresario, como ocurre en este caso, deberá cumplir, entre otras exigencias, con las de transparencia, que la sentencia desarrolla en los apartados 40 y siguientes. El TJUE entiende que 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 2,25% y 2,75%, respectivamente.

7.- Como hicimos en nuestras anteriores sentencias, para realizar este control de transparencia, hemos de partir de las 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, provocara



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.

8.- Sin obviar que los prestatarios conocían cómo había repercutido la originaria cláusula suelo en su préstamo en los meses anteriores, consta también la puesta a disposición de la información sobre la evolución del valor del índice a partir del cual se calcula el tipo de interés en los años anteriores (desde 1999 hasta 2015).

9.- Además, la 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.

10.- Otro elemento relevante es la transcripción manuscrita de los prestatarios, junto a sus firmas estampadas en los dos documentos privados, en que se afirma ser conscientes y entender que el tipo de interés de su préstamo nunca bajará del 2,25% y del 2,75%, respectivamente. Si bien, como afirma el TJUE, 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. Así lo entendimos en la sentencia 205/2018, de 11 de abril:

"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".

11.- De este modo, cuando se novó la cláusula, los prestatarios conocían la existencia de la cláusula suelo, que era potencialmente nula por falta de transparencia, la incidencia que había tenido en su préstamo, y la incidencia que tendría la nueva cláusula suelo en sus préstamos, cuyo interés nunca bajaría del 2,25% y del 2,75% respectivamente. 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 2,25% y del 2,75% en los dos préstamos hipotecarios que tenía contratados, por lo que hemos de concluir que la cláusula novatoria cumplía con las exigencias de transparencia.

12.- 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 y el auto de 3 de marzo de 2021 admiten su validez siempre que no se refiera a controversias futuras. En caso de no haber sido individualmente negociada, la cláusula de renuncia debería cumplir con las exigencias de transparencia, consistentes en que el consumidor dispusiera de la información pertinente que le permitiera comprender las consecuencias jurídicas que se derivaban para él de tal cláusula.

13.- En este sentido, el TJUE concluye, en primer lugar, 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 en segundo lugar, 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.

14.- Al examinar el tenor la estipulación tercera de los contratos privados de 13 de octubre de 2015 se advierte que, incluso en caso de aceptarse la tesis postulada por la recurrente en el sentido de que pudiera comprender una renuncia de acciones (que, en todo caso, carecería de los requisitos de ser "inequívoca e indudable", como afirmó la Audiencia), por los términos en que está redactada, iría más allá de la controversia suscitada en torno a la cláusula suelo, ya que se refiere genéricamente a la totalidad del "préstamo" y sus "condiciones". Lo que supone que la renuncia alcanzaría a cualquier acción que traiga causa de los contratos de préstamo, así como por las liquidaciones y pagos realizados hasta la fecha.

15.- En la medida en que esa cláusula tercera pueda interpretarse como una renuncia, ésta abarca cuestiones ajenas a la controversia que subyace al pretendido acuerdo transaccional, por lo que no puede reconocerse su validez.

16.- La consecuencia de lo expuesto es que apreciamos la validez de la estipulación primera de los contratos privados de 13 de octubre de 2015 que modifican las originarias cláusulas suelo, en el sentido de situarlas a partir de entonces en el 2,25% y en el 2,75%, respectivamente, y la nulidad de la cláusula tercera, que ha de ser removida del contrato transaccional.

17.- La parte de los contratos que subsiste, 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 tercera, gira esencialmente en torno a las cláusulas que reducen el suelo al 2,25% y 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 13 de octubre de 2015.

18.- Se mantiene la declaración de nulidad de la cláusula suelo establecida en las escrituras de préstamo hipotecario de 28 de febrero de 2006 y 12 de septiembre de 2007, que se tienen por no puestas y en su consecuencia procede la restitución de las cantidades indebidamente cobradas en aplicación de esas iniciales cláusulas suelo.

SÉPTIMO. *Desestimación del tercer motivo*

1.- El tercer motivo denuncia la infracción del art. 6 del Código Civil. Al desarrollar el motivo, la recurrente aduce, sintéticamente, que el del Código Civil reconoce la posibilidad de renuncia y que, al ser la misma válida y eficaz, la demandante carece de acción.

2.- El motivo debe ser desestimado sin mayor argumentación, porque presupone la existencia de una renuncia en la estipulación tercera de los documentos privados de 13 de octubre de 2015 válida y eficaz, y ya hemos declarado en el fundamento jurídico anterior que no lo es.

OCTAVO. *Formulación del cuarto motivo*

1.- El encabezamiento del cuarto motivo de casación denuncia la infracción de los arts. 1309 y 1313 del Código Civil.

2.- En el desarrollo del motivo, la parte recurrente alega, resumidamente, que la acción de nulidad quedó extinguida desde el momento en que el contrato ha sido ratificado válidamente por la prestataria.

NOVENO. - *Decisión del tribunal: las normas sobre confirmación de los contratos anulables no son aplicables a los casos de nulidad de las cláusulas abusivas*

1.- Las normas cuya infracción se denuncia, 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 la sentencia 454/2020, de 23 de julio, hemos declarado:

"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)".

3.- Razones por las cuales este motivo de casación debe ser desestimado.

DÉCIMO. - *Formulación del quinto motivo*

1.- En el encabezamiento del quinto motivo, la recurrente denuncia la infracción de los arts. 1 de la Ley 7/1988 de 18 de abril sobre Condiciones Generales de Contratación), 3.2 de la Directiva 93/13 CEE y 82.1 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

2.- Al desarrollar el motivo, aduce la recurrente que no se cumple el requisito de que las cláusulas del contrato se hubieran impuesto por el banco, ya que fueron objeto de una negociación individual.

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

1.- Al resolver el segundo motivo de casación, hemos partido de la consideración de que, tanto la cláusula de modificación del 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 la demandante lo que con carácter general venía ofreciendo a los clientes prestatarios de otros préstamos hipotecarios con cláusula suelo, y los demandantes lo aceptaron, sin que propiamente hubieran negociado los términos del acuerdo.

2.- 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, ?iba, C-537/13, EU:C:2015:14, apartado 31)". Después, el TJUE 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 le 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. Por tales razones, el motivo debe ser desestimado.

DECIMOSEGUNDO.- Costas y depósitos

1.- No procede hacer expresa imposición de las costas del recurso de casación que ha sido estimado en parte, de conformidad con los artículos 394 y 398, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

2.- Procede mantener el pronunciamiento de no imposición de costas en el recurso de apelación, pues el recurso de apelación de la demandada resulta estimado en parte.

3.- Estimada la acción de nulidad por abusiva de la cláusula suelo, aunque los efectos restitutorios pretendidos por los demandantes hayan quedado limitados por la validez de la novación de la cláusula que regula el tipo de interés, procede mantener la condena en costas en primera instancia, 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 (sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo 34/2021, de 26 de enero, y 48 y 49/2021, de 4 de febrero).

4.- Procédase a la devolución del depósito constituido de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 8, 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.U. contra la sentencia n.º 588/2016, de 5 de diciembre, dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza, en el recurso de apelación núm. 565/2016, 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. 21 de Zaragoza de 26 de septiembre de 2016 (juicio ordinario 390/2016), cuyo fallo modificamos y pasa a tener el siguiente tenor.

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

i) Se declara la nulidad de la cláusula establecida en las escrituras de préstamo hipotecario de fecha 28 de febrero de 2006 y 12 de septiembre de 2007 suscritos por las partes, que fijaban el tipo de interés mínimo en el 4,5 y en el 3,25 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 en la sentencia de instancia hasta el 13 de octubre de 2015, 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 de los contratos privados de 13 de octubre de 2015.

iv) Se declara la nulidad de la estipulación tercera de los contratos privados de 13 de octubre de 2015.

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

5.º Mantener la imposición a la demandada de 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ