



Roj: **STS 4290/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:4290**

Id Cendoj: **28079110012020100649**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **15/12/2020**

Nº de Recurso: **496/2017**

Nº de Resolución: **676/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 676/2020

Fecha de sentencia: 15/12/2020

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 496/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 03/12/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Procedencia: Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 5.ª

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

Transcrito por: RSJ

Nota:

CASACIÓN núm.: 496/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 676/2020

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

D. Juan María Díaz Fraile

En Madrid, a 15 de diciembre de 2020.

Esta sala ha visto los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuesto 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. 20 de Zaragoza.



Los recursos fueron interpuestos por 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 Cipriano y Delfina, representados por el procurador Juan Antonio Aznar Ubieto y bajo la dirección letrada de Javier Arias Herrer.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. *Tramitación en primera instancia*

1. El procurador Juan Antonio Aznar Ubieto, en nombre y representación de Cipriano y Delfina, interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 20 de Zaragoza, contra Ibercaja Banco S.A., para que dictase sentencia:

"estimatoria declarando la nulidad por abusiva de la cláusula suelo existente en la escritura de préstamo hipotecario formalizado entre las partes el 24-01-2008 que contiene la limitación del 4% a la variación del tipo de interés nominal. así como la limitación del 2,55 % a la variación del tipo de interés contenido en el contrato privado de novación modificativa del referido préstamo, formalizado entre las partes el 14-11-2013. que la demandada ha venido aplicando al préstamo hipotecario, condenando a la entidad financiera demandada a eliminar dicha condición general del contrato de préstamo hipotecario y restituir a los actores las cantidades que han sido cobradas indebidamente en aplicación de la referida cláusula nula desde el 9 de mayo de 2013, además de condenar a la demandada a pagar las costas procesales".

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

"tenga por contestada la demanda formulada por la parte actora, resuelva desestimarla, con expresa imposición de costas a la parte actora".

3. El Juzgado de Primera Instancia núm. 20 de Zaragoza dictó sentencia con fecha 30 de mayo de 2016 cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallo: 1º) Se desestima la demanda interpuesta por Cipriano y Delfina .

" 2º) Se absuelve a Ibercaja Banco S.A.

" 3º) Se imponen las costas a la parte actora".

SEGUNDO. *Tramitación en segunda instancia*

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Cipriano y Delfina . La representación de Ibercaja Banco S.A. se opuso al recurso interpuesto de contrario.

2. La resolución de este recurso correspondió a la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza, mediante sentencia de 10 de noviembre de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallo: La Sala acuerda estimar el recurso de apelación interpuesto por D. Cipriano y Doña Delfina contra la sentencia de 30 de mayo de 2016 dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 20 de Zaragoza al que el presente rollo se contrae, revocando la resolución recurrida en el sentido de estimar íntegramente la demanda y, en consecuencia, declaramos la nulidad por abusiva de la cláusula suelo existente en la escritura pública de préstamo hipotecario formalizado entre las partes en fecha 24 de enero de 2008 que contiene la limitación al 4 por ciento de la variación del interés nominal, así como la limitación del 2,55 por ciento a la variación del tipo de interés contenida en el contrato privado de novación modificativa del referido préstamo formalizado entre las partes el 14 de noviembre de 2013, que la demandada ha venido aplicando al préstamo hipotecario, condenando a la entidad financiera demandada a eliminar esa condición general del contrato de préstamo hipotecario y a restituir a los actores las cantidades que han sido cobradas indebidamente en aplicación de la referida cláusula nula desde el 9 de mayo de 2013, condenando al demandado al abono de las costas de la instancia. No se hace especial declaración de las costas del recurso.

" Se acuerda la pérdida del depósito constituido para recurrir dada la desestimación del mismo".

Instada la aclaración de la anterior resolución, la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 5.ª, dictó auto de fecha 12 de diciembre de 2016, con la siguiente parte dispositiva:

"Fallo: La Sala acuerda estimar el recurso de apelación interpuesto por D. Cipriano y Doña Delfina contra la sentencia de 30 de mayo de 2016 dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 20 de Zaragoza al que el presente rollo se contrae, revocando la resolución recurrida en el sentido de



estimar íntegramente la demanda y, en consecuencia, declaramos la nulidad por abusiva de la cláusula suelo existente en la escritura pública de préstamo hipotecario formalizado entre las partes en fecha 24 de enero de 2008 que contiene la limitación al 4 por ciento de la variación del interés nominal, así como la limitación del 2,55 por ciento a la variación del tipo de interés contenida en el contrato privado de novación modificativa del referido préstamo formalizado entre las partes el 14 de noviembre de 2013, que la demandada ha venido aplicando al préstamo hipotecario, condenando a la entidad financiera demandada a eliminar esa condición general del contrato de préstamo hipotecario y a restituir a los actores las cantidades que han sido cobradas indebidamente en aplicación de la referida cláusula nula desde la publicación de la sentencia de Pleno del TS de 9 de mayo de 2013, condenando al demandado al abono de las costas de la instancia. No se hace especial declaración de las costas del recurso".

TERCERO. *Tramitación e interposición del recurso extraordinario por infracción procesal y del recurso de casación*

1. El procurador Juan Manuel Andrés Alamán, en representación de 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:

"Único.- Infracción de los artículos 216 y 218.1 de la LEC 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".

Los motivos del recurso de casación fueron:

"1º) Infracción del artículo 326 LEC (en relación con los arts. 1225 y 1227 a 1230 del Código Civil) que recoge el valor probatorio de los documentos privados".

"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 transigido la autoridad de cosa juzgada (art. 1816 CC)".

"3º) Infracción del artículo 6 del Código Civil - inexistencia de acción de los actores - renuncia válida y eficaz".

"4º) Infracción de los artículos 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.

"5º) Infracción del art. 1 de la Ley 7/1988 de 19 de abril, de Condiciones Generales de Contratación, art. 3.2 de la Directiva 93/13 CEE y artículo 82.1 de la Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre".

2. Por diligencia de ordenación de 31 de enero de 2017, la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 5.ª) tuvo por interpuestos el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso 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 Ibercaja Banco S.A., representada por el procurador Juan Manuel Andrés Alamán; y como parte recurrida Cipriano y Delfina representados por el procurador Juan Antonio Aznar Ubieta.

4. El procurador Juan Manuel Andrés Alamán, en representación de la entidad Ibercaja Banco S.A.U., presentó escrito por el que desistía del recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto.

Por decreto de 30 de julio de 2018 se declaró el desistimiento solicitado, con imposición de costas y pérdida del depósito constituido para recurrir.

5. Esta sala dictó auto de fecha 6 de febrero de 2019, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Ibercaja Banco S.A. contra la sentencia dictada, el día 10 de noviembre de 2016 por la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 5ª), en el rollo de apelación n.º 517/2016, dimanante del juicio ordinario n.º 201/2016, del Juzgado de Primera Instancia n.º 20 de Zaragoza".

6. Dado traslado, la representación procesal de Cipriano y Delfina 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 10 de abril de 2019. Por providencia 11 de abril de 2019 se consideró por la sala la pertinencia de formular petición



de decisión prejudicial al Tribunal Justicia de la Unión Europea y se dio traslado a las partes para formular alegaciones por un plazo de 10 días

8. Las respectivas representaciones procesales de la entidad Ibercaja Banco S.A y Cipriano y Delfina , presentaron escritos mostrando su conformidad en formular la petición de decisión prejudicial mencionada.

9. Por providencia de fecha 13 de junio de 2019 se puso en conocimiento de las partes que el Tribunal de Justicia de Unión Europea había señalado vista para la resolución del asunto C-452/18, por ello se estimó que procedía esperar a la resolución de la mencionada cuestión prejudicial y suspender el trámite del presente recurso.

10. Por providencia de 10 de septiembre de 2020, se puso de manifiesto a las partes que Tribunal de Justicia de la Unión Europea hizo pública, con fecha 9 de julio de 2020, la sentencia del asunto C-452/18 y se concedió a las partes un plazo de 10 días para realizar las alegaciones que consideraran necesarias.

11. Las representaciones procesales de la entidad Ibercaja Banco S.A y Cipriano y Delfina , presentaron escritos realizando las alegaciones que estimaron oportunas.

12. Por providencia de fecha 5 de noviembre de 2020, se señaló para la votación y fallo del presente recurso el día 3 de diciembre de 2020, 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 24 de enero de 2008, Delfina y Cipriano concertaron con Caja Inmaculada (CAI) un préstamo hipotecario de 400.000 euros, para la compra de una vivienda. El plazo de amortización era de 30 años.

La cláusula financiera quinta se refería a los intereses. Preveía que durante el primer año el interés fuera fijo del 5,45%, y para después, un tipo variable referido al Euribor más un diferencial del 1,10%. En la página 22 de la escritura, bajo la rúbrica "instrumento de cobertura de tipos de interés", se establecían un límite inferior a la variabilidad del interés de 4,00% (suelo) y un límite superior de 9,75% (techo).

El 14 de noviembre de 2013, después de que esta Sala Primera hubiera dictado su sentencia 241/2013, de 9 de mayo, Caja Inmaculada (CAI) concertó con Delfina y Cipriano un contrato privado que modificaba el anterior.

En la estipulación primera se incluyó la siguiente cláusula:

"PRIMERO.- Con efecto desde la próxima cuota de préstamo pactada y para toda la vida del préstamo, el tipo mínimo aplicable de interés será el 2,55%, 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 2,55%, ahora convenido, se aplicará de forma preferente este último".

Y la estipulación tercera es del siguiente tenor:

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

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

"Soy consciente y entiendo que el tipo de interés de mi préstamo nunca bajará del 2,55% nominal anual".

2. Delfina y Cipriano presentaron una demanda en la que pidieron la nulidad de la cláusula suelo incluida en el contrato de préstamo hipotecario de 24 de enero de 2008, así como su posterior rebaja al 2,55% mediante documento privado. La nulidad se fundaba en la falta de transparencia de ambas cláusulas. Además se pidió la restitución de las cantidades indebidamente cobradas en aplicación de esa cláusula desde el 9 de mayo de 2013.

3. El juzgado de primera instancia desestimó la demanda, al apreciar que cuando se firmó el "documento novatorio", los prestatarios sabían que el préstamo originario tenía cláusula suelo, y decidieron solicitar del



banco su rebaja a cambio de renunciar a cualquier reclamación posterior derivada de aquella cláusula que modificaba.

4. Recurrída la sentencia de primera instancia en apelación por los demandantes, la Audiencia estima el recurso. Parte de la nulidad de la cláusula suelo inicial, la del contrato de préstamo hipotecario de 24 de enero de 2008, y argumenta con mayor detenimiento por qué también es ineficaz la reducción de la cláusula suelo al 2,55% y la renuncia al ejercicio de las eventuales acciones de nulidad. Al respecto, la sentencia de apelación concluye:

"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".

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.

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

SEGUNDO. Motivo primero del recurso de casación

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

En el desarrollo del motivo denuncia que al contestar a la demanda aportó el documento privado de 14 de noviembre de 2013, en que se instrumentó la novación del préstamo hipotecario, en lo que respecta a la cláusula suelo, y su autenticidad no fue negada. Según el recurrente este último documento tiene gran relevancia porque supone el reconocimiento de los demandantes de que en su día conocieron la limitación de variabilidad de los intereses, comprendiendo además sus consecuencias económicas. Esto es, a juicio del recurrente, el documento acredita que se cumplió con el requisito de transparencia. Sin embargo, esta prueba documental no fue valorada por los tribunales de instancia.

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

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

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

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 a 1819 del mismo Código Civil que otorga para las partes a lo transigido la autoridad de cosa juzgada (art. 1816 CC)".

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

2. *Estimación del motivo segundo.* El documento privado de 14 de noviembre de 2013, en lo que ahora interesa, contiene dos estipulaciones relevantes: en la estipulación primera se pacta que a partir de entonces y para el resto del contrato de préstamo el tipo de interés mínimo aplicable será el 2,55%; y en la estipulación tercera las partes ratifican la validez del préstamo originario y renuncian a ejercitar cualquier acción que traiga causa en su formalización y clausulado, "así como por las liquidaciones y pagos realizados hasta la fecha".

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

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



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

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

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

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

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

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

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

Y a la vista de lo anterior, concluye:

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

4. Al proyectar esta doctrina sobre la estipulación primera del contrato privado de 14 de noviembre de 2013 que reduce el suelo inicialmente pactado del 4,00% al 2,55%, advertimos que esa cláusula no está negociada individualmente, y por lo tanto debe ser objeto de un control de transparencia.

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

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



Por otra parte, como afirma el TJUE, la transcripción manuscrita en la que los prestatarios afirman ser conscientes y entender que el tipo de interés de su préstamo nunca bajará del 2,55% no es suficiente por sí sola para afirmar que el contrato fue negociado individualmente, pero sí puede contribuir, junto con otros elementos, a apreciar la transparencia. Aunque no necesariamente la transcripción manuscrita de la cláusula equivale a su comprensibilidad real por el consumidor que la transcribe, es indudable que contribuye a resaltar su existencia y contenido.

Al margen de lo anterior, el TJUE entiende que la información que debía suministrarse al prestatario consumidor debía permitirle conocer las consecuencias económicas derivadas del mantenimiento de la cláusula suelo en el 2,55%, y menciona expresamente la relativa a la evolución pasada del índice a partir del cual se calcula el tipo de interés

Este criterio de transparencia se habría cumplido en este caso, pues consta el conocimiento de esta evolución del índice y sus concretas consecuencias económicas, por la incidencia práctica que había tenido esta evolución en la concreción de la cuantía de la cuota periódica que había venido pagando, y en el propio documento se especifica el valor del índice en ese momento (0,596%).

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

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

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

En este sentido, la sentencia concluye: primero, que "la cláusula estipulada en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor para la solución de una controversia existente, mediante la que el consumidor renuncia a hacer valer ante el juez nacional las pretensiones que hubiera podido hacer valer en ausencia de esta cláusula, puede ser calificada como "abusiva" cuando, en particular, el consumidor no haya podido disponer de la información pertinente que le hubiera permitido comprender las consecuencias jurídicas que se derivaban para él de tal cláusula; y segundo, que la "renuncia, en lo referente a controversias futuras, a las acciones judiciales basadas en los derechos que le reconoce la Directiva 93/13 no vincula al consumidor".

Al examinar el tenor la estipulación tercera del contrato privado de 14 de noviembre de 2013, se advierte que la renuncia de acciones, por los términos en que está escrita, va más allá de la controversia suscitada en torno a la cláusula suelo, ya que se refiere genéricamente a "cualquier acción que traiga causa de su formalización y clausulado -del contrato de préstamo-, así como por las liquidaciones y 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 14 de noviembre de 2013 que modifica la originaria cláusula suelo (4,00%), en el sentido de situarla a partir de entonces en el 2,55%; y la nulidad de la cláusula tercera de renuncia de acciones. Esta última cláusula, que ha sido incluida por el banco en su propio interés, se debe tener por no puesta y por ello ha de ser removida del contrato transaccional. Subsiste el resto del acuerdo que, situados en el momento en que fue alcanzado (con las incertidumbres de entonces sobre la validez de la cláusula suelo y la limitación de efectos retroactivos si se declarara nula), y una vez suprimida la cláusula de renuncia de acciones, gira esencialmente en torno a la cláusula primera que reduce el suelo al 2,55%: 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 14 de noviembre de 2013.



Se declara la nulidad de la cláusula suelo establecida en la escritura de préstamo hipotecario de 24 de enero de 2008, que se tiene por no puesta y en su consecuencia procede la restitución de las cantidades indebidamente cobradas en aplicación de esa inicial cláusula suelo.

CUARTO. Motivo tercero de casación

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

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

2. Desestimación del motivo. Procede desestimar el motivo porque presupone que la renuncia contenida en la estipulación tercera del documento privado de 14 de noviembre de 2013 era válida y eficaz, y ya hemos declarado en el fundamento jurídico anterior que no lo es.

QUINTO. Motivo cuarto de casación

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

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

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

"La consecuencia de la declaración de abusividad de una cláusula es su nulidad de pleno derecho, como establecen inequívocamente los arts. 8.2 LCGC y 83 TRLCU. Y esta nulidad de pleno derecho es insubsanable, porque el consumidor no puede quedar vinculado por la cláusula abusiva, según determina el art. 6.1 de la Directiva 93/13. No es posible otorgar al consumidor una protección menor que la que otorga la institución de la nulidad de pleno derecho en otros campos del ordenamiento jurídico pues, de otorgar una protección inferior, se infringiría el principio de equivalencia del Derecho de la Unión Europea (por todas, sentencias 654/2015, de 19 de noviembre, y 558/2017, de 16 de octubre, y las que en ellas se citan, tanto de esta sala como del TJUE)".

SEXTO. Motivo quinto de casación

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

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

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

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

Sobre esta cuestión también se pronunció la STJUE de 9 de julio de 2020. Primero recuerda que conforme al art. 3.2 Directiva 93/13, debe entenderse que "una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente por el profesional y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, tal como sucede, en particular, en el caso de los contratos de adhesión. A este respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado que es una cláusula no negociada individualmente aquella que está redactada con vistas a una utilización generalizada (sentencia de 15 de enero de 2015, Siba, C-537/13, EU:C:2015:14, apartado 31)". Después advierte que "estos requisitos pueden también concurrir respecto de una cláusula que tiene por objeto modificar una cláusula potencialmente abusiva de un contrato anterior celebrado entre las mismas partes o determinar las consecuencias del carácter abusivo de esa otra cláusula (...). Y, en relación con las circunstancias propias de este caso, similar al que motivó el pronunciamiento del TJUE, afirma que "la circunstancia de que la celebración del contrato de novación al que se refiere al litigio principal se enmarque dentro de la política general de renegociación de los contratos de préstamo hipotecario de tipo variable que incluían una cláusula "suelo", iniciada por Ibercaja Banco a raíz de la sentencia 241/2013 del Tribunal Supremo,



de 9 de mayo de 2013, podría constituir un indicio de que XZ no pudo influir en el contenido de la nueva cláusula "suelo".

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

SÉPTIMO. Costas

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

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

3. La estimación en parte del recurso de apelación ha supuesto la estimación en parte de la demanda, razón por la cual no procede hacer expresa condena en costas (art. 394 LEC).

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 10 de noviembre de 2016 (rollo núm. 517/2016), 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. 20 de Zaragoza de 30 de mayo de 2016 (juicio ordinario 201/2016), cuyo fallo modificamos y pasa a tener el siguiente tenor.

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

i) Se declara la nulidad de la cláusula establecida en el contrato de préstamo hipotecario de fecha 24 de enero de 2008 suscrito por las partes, denominada "Instrumento de cobertura del tipo de interés" que "fija el tipo de interés mínimo en el 4,00 por ciento nominal anual".

ii) Se condena a la entidad bancaria Ibercaja Banco S.A. a devolver a la demandante las cantidades cobradas indebidamente en aplicación de dicha cláusula desde la fecha establecida por la Audiencia hasta el 14 de noviembre de 2013, en que se novó la cláusula.

iii) Se desestima la petición de nulidad de la cláusula de limitación a la variabilidad del tipo de interés introducida en la estipulación primera del contrato privado de 14 de noviembre de 2013.

iv) Se declara la nulidad de la cláusula de renuncia de acciones contenida en la estipulación tercera del contrato privado de 14 de noviembre de 2013.

4.º No hacer expresa condena de las costas de casación y apelación, ni tampoco de las generadas en primera instancia.

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

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

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

Así se acuerda y firma.