



Roj: **STS 3549/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:3549**

Id Cendoj: **28079119912020100022**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **05/11/2020**

Nº de Recurso: **4025/2016**

Nº de Resolución: **580/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

PLENO

Sentencia núm. 580/2020

Fecha de sentencia: 05/11/2020

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 4025/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 21/10/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Procedencia: Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 5.^a

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

Transcrito por: RSJ

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 4025/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

PLENO

Sentencia núm. 580/2020

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Eduardo Baena Ruiz

D. Pedro José Vela Torres

D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg

D. Juan María Díaz Fraile

En Madrid, a 5 de noviembre de 2020.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso 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. 1 de Zaragoza. Es parte recurrente la entidad Ibercaja Banco S.A., representada por la procuradora Sonia Peire Blasco y bajo la dirección letrada de Diego Segura Arazuri. Es parte recurrida Jenaro y Herminia, representados por la procuradora Isabel Artazos Herce y bajo la dirección letrada de Matías Forniés Abadía.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. *Tramitación en primera instancia*

1. La procuradora Isabel Artazos Herce, en nombre y representación de Jenaro y Herminia, interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Zaragoza, contra la entidad Ibercaja Banco S.A.U., para que se dictase sentencia por la que:

«1).- Declare la nulidad de la estipulación que establece en la Escritura de modificación de préstamo hipotecario de fecha 15 de noviembre de 2007, suscrita por mis representados con "Caja de Ahorros de la Inmaculada de Aragón" (ahora, "Ibercaja Banco, S.A.U.") ante el Notario de Zaragoza D. Fernando Gimeno Lázaro, bajo el número 2.587 de su protocolo, el límite a las revisiones del tipo de interés en un mínimo aplicable de un 3,25% -cuyo contenido literal se transcribe a continuación-, manteniéndose la vigencia del préstamo hipotecario suscrito por las partes sin la aplicación del límite de suelo fijado en aquella:

»"Instrumento de cobertura de tipo de interés.-

»(...) A estos efectos, se fija el tipo de interés máximo en el 9,00 por ciento nominal anual, y el tipo de interés mínimo en el 3,25 por ciento nominal anual. En consecuencia, los intereses remuneratorios del presente préstamo no podrán liquidarse a un tipo de interés superior o inferior a los tipos máximo o mínimo anteriormente indicados. (. . .)"

»2).- Condene a la entidad demandada a eliminar dicha cláusula suelo del préstamo hipotecario señalado con anterioridad. En consecuencia, declare aplicable al préstamo hipotecario suscrito por mis representados con Ibercaja Banco S.A.U., el tipo variable negociado y pactado por las partes en el mismo, consistente en el Euribor + 0,90 puntos porcentuales, con las bonificaciones aplicables.

»3).- Condene a la demandada a la devolución a la parte demandante de las cantidades cobradas indebidamente en aplicación de dicha cláusula, con los intereses legales desde la fecha de cada cobro, desde el 9 de mayo de 2013, que serán determinadas en ejecución de sentencia sobre la base de recalcular los pagos que hubiesen tenido que efectuar los demandantes en el caso de que la cláusula declarada nula no hubiese existido desde esa fecha, condenando a la demandada: (a) a reintegrar a los demandantes todo lo que hubiese obtenido en exceso en concepto de intereses, (b) a amortizar en el préstamo la cantidad que se determine y (c) a recalcular de forma efectiva el cuadro de amortización del préstamo hipotecario desde el 9 de mayo de 2013 y que regirá en lo sucesivo hasta el fin del préstamo.

»5).- (sic) Y condene a la demandada al pago de las costas causadas en este procedimiento.».

2. La procuradora Sonia Peire Blasco, en representación de la entidad Ibercaja Banco S.A., contestó a la demanda y pidió al Juzgado que dictase sentencia:

«por la que se desestime íntegramente la misma, con imposición de costas a la actora.».

3. El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Zaragoza, dictó sentencia con fecha 1 de julio de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:



«Fallo: Que debo estimar y estimo totalmente la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. Artazos Herce, en representación de D. Jenaro y D.ª Herminia, frente a la mercantil Ibercaja Banco SAU, realizándose los siguientes pronunciamientos:

»1º. Se declara la nulidad de la cláusula establecida en el contrato de préstamo hipotecario de fecha 15 de noviembre de 2007 suscrito por las partes, denominada "Instrumento de cobertura del tipo de interés" que "fija el tipo de interés mínimo en el 3,25 por ciento nominal anual".

»2º. Se condena a la entidad bancaria Ibercaja Banco S.A. a que elimine dicha cláusula del contrato de préstamo hipotecario suscrito con la demandante, debiendo liquidarse los intereses remuneratorios del préstamo al Euribor +0,90% (menos bonificaciones), manteniéndose la vigencia del préstamo hipotecario suscrito por las partes sin la aplicación del límite de suelo fijado en la misma.

»3º. 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 el 9 de mayo de 2013 hasta la efectiva eliminación de dicha cláusula, a determinar en ejecución de sentencia, sobre las bases de recalcular y aplicar el Euribor +0,90% (con la rebaja en su caso de las bonificaciones a las que tuviera derecho conforme a lo pactado) frente a los diferenciales y/o intereses realmente cargados. Igualmente, a amortizar en el préstamo la cantidad que se determine y a recalcular de forma efectiva el cuadro de amortización del préstamo hipotecario desde el 9 de mayo de 2013 y que registrará en lo sucesivo hasta el fin del préstamo.

»4º. En cuanto a las costas procesales, se imponen a la parte demandada.».

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 fecha 11 de octubre de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallamos: La Sala acuerda desestimar el recurso de apelación interpuesto por Ibercaja Banco S.A. contra la sentencia de 1 de julio de 2016 dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de lo Primera Instancia nº 1 de Zaragoza al que el presente rollo se contrae, confirmando la resolución recurrida en todos sus extremos con imposición de las costas a la recurrente.».

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

1. La procuradora Sonia Peire Blasco, en representación de la entidad Ibercaja Banco S.A., interpuso recurso extraordinario por infracción proceso 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 que regulan el principio de justicia rogada, motivación, exhaustividad y congruencia de la sentencia.».

Los motivos del recurso de casación fueron:

«1º) Infracción de los arts. 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 y art. 82.1 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios».

2. Por diligencia de ordenación de 28 de noviembre de 2016, la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 5.ª) tuvo por interpuesto 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 la entidad Ibercaja Banco S.A., representada por la procuradora Sonia Peire Blasco; y como parte recurrida Jenaro y Herminia, representados por la procuradora Isabel Artazos Herce.



4. La procuradora Sonia Peire Blasco, en representación de la entidad Ibercaja Banco S.A., presentó escrito en el que desistía del recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto. Por decreto de 28 de mayo de 2018 se declaró el mencionado desistimiento.
5. Esta sala dictó auto de fecha 23 de enero 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 11 de octubre de 2016 por la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 5.ª), en el rollo de apelación n.º 464/2016, dimanante del juicio ordinario n.º 1161/2015, del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Zaragoza.».
6. Dado traslado, la representación procesal de Jenaro y Herminia, 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 deliberación votación y fallo del pleno de la Sala el día 21 de octubre de 2020, y se concedió a las partes el plazo de 10 días para que pudieran formular alegaciones sobre la sentencia del TJUE de 9 de julio de 2020 (asunto C-452 /18).
8. Ambas partes presentaron escritos de alegaciones sobre dicha sentencia.
9. La deliberación, votación y fallo del recurso ha tenido lugar el día señalado, con la asistencia presencial de ocho magistrados y la asistencia mediante el sistema de videoconferencia habilitado por el Ministerio de Justicia del Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller y del Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.

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 28 de enero de 2005, Jenaro y Herminia concertaron, en escritura pública, con la entidad Marino López XXI, S.L, la compra de una vivienda en Zaragoza, en CALLE000 n° NUM000 ; y se subrogaron en el préstamo hipotecario suscrito por la promotora el 7 de diciembre de 2001 con Caja de Ahorros de la Inmaculada de Aragón (ahora, Ibercaja Banco, S.A.U.).

El 15 de noviembre de 2007 se modificó el préstamo hipotecario pactándose un tipo de interés fijo del 5,184% nominal hasta el 26 de enero de 2008 y, a partir de dicha fecha, un interés variable con referencia al Euribor más un diferencial de 0,90 puntos porcentuales bonificable si se contrataban determinados productos y servicios de la entidad prestataria. En dicha escritura de novación del préstamo se incluyó una cláusula que fijaba el tipo de interés máximo en el 9,00% nominal anual y el tipo de interés mínimo en el 3,25% nominal anual.

Después de que esta sala hubiera dictado su sentencia 241/2013, de 9 de mayo, Jenaro y Herminia acudieron a la oficina de la CAI para solicitar la eliminación de la cláusula suelo, lo que fue denegado por el director de la sucursal. Pero al día siguiente, se les ofreció la rebaja de la cláusula suelo al 2,25%, en los términos que aparecen en un documento privado que lleva fecha 19 de marzo de 2014, y que fue aceptado por los prestatarios.

En la primera estipulación de este documento privado se incluyó la siguiente cláusula:

«PRIMERO.- Con efecto desde la próxima cuota de préstamo pactada y para toda la vida del préstamo, el tipo mínimo aplicable de interés será el 2,25%, en sustitución del convenido inicialmente.

»En consecuencia, si el tipo de interés aplicable en cada momento, calculado en la forma estipulada en la escritura de préstamo reseñada, fuera inferior al tipo mínimo del 2,25%, ahora convenido, se aplicará de forma preferente este último».

Y la estipulación tercera es del siguiente tenor:

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

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

«Soy consciente y entiendo que el tipo de interés de mi préstamo nunca bajará del 2,25% nominal anual».



2. Jenaro y Herminia presentaron una demanda en la que pidieron la nulidad de la cláusula suelo incluida en la escritura de modificación de préstamo hipotecario de 15 de noviembre de 2007. La nulidad se fundaba en que la cláusula suelo era abusiva, no fue negociada individualmente y no se informó a las partes correctamente de su trascendencia económica. Además, pedían la restitución de las cantidades indebidamente cobradas en aplicación de esa cláusula desde el 9 de mayo de 2013.

3. La sentencia de primera instancia estimó la demanda. Primero, consideró que la cláusula suelo establecida en la escritura de modificación del préstamo hipotecario de fecha 15 de noviembre de 2007 no superaba el control de transparencia exigido jurisprudencialmente. Y, además, entendió que la renuncia expresada en el documento privado de novación de 19 de marzo de 2014 suscrito por los actores no impedía el ejercicio de acciones por los demandantes, ante la imposibilidad de convalidar la cláusula suelo nula mediante su sustitución por otra que sea más favorable a los intereses del consumidor.

En consecuencia, el juzgado declaró la nulidad de la cláusula establecida en el contrato de modificación del préstamo hipotecario de fecha 15 de noviembre 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 desde el 9 de mayo de 2013.

4. La sentencia fue recurrida en apelación por Ibercaja. La Audiencia desestima el recurso porque entiende que no está acreditado que los demandantes, al tiempo de subrogarse en la hipoteca mediante la escritura de 28 de enero de 2005, hubieran recibido la información necesaria para comprender las consecuencias económicas de la cláusula suelo inserta dentro del préstamo hipotecario a promotor. Tampoco considera probado que conocieran las características de la cláusula suelo litigiosa por las ulteriores novaciones realizadas; ni estima que estas tuvieran carácter confirmatorio de la validez y eficacia de la misma, ante la imposibilidad de convalidar las cláusulas nulas en su origen. En este sentido la sentencia concluye, como había hecho en otros casos similares: «En definitiva, no puede ser admitida la renuncia a la impugnación de la cláusula tachada de nula o la novación de la misma por otra más favorable al consumidor».

5. Frente a la sentencia de apelación, Ibercaja interpone un recurso extraordinario por infracción, del que ha desistido, y recurso de casación, articulado en cinco motivos.

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 19 de marzo de 2014, en que se instrumentó la novación del préstamo hipotecario, en lo que respecta a la cláusula suelo, y su autenticidad no fue negada. Según el recurrente este último documento tiene gran relevancia porque suponen el reconocimiento de los demandantes de que en su día conocieron 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 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)».

En el desarrollo del motivo se razona que la sentencia recurrida incurre en esta infracción, al pasar por alto los efectos de la transacción y la renuncia de acciones que contiene sin hacer mención alguna a la misma.

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

2. *Estimación en parte del motivo segundo.* El documento privado de 19 de marzo de 2014, en lo que ahora interesa, contiene dos estipulaciones relevantes: en la estipulación primera se pacta que a partir de entonces



y para el resto del contrato de préstamo el tipo de interés mínimo aplicable será el 2,25%; y en la estipulación tercera las partes ratifican la validez del préstamo originario y renuncian a ejercitar cualquier acción que traiga causa en su formalización y clausulado, «así como por las liquidaciones y pagos realizados hasta la fecha».

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. Por lo que se refiere a la modificación o novación de la cláusula suelo, en las sentencias 489/2018, de 13 de septiembre, 548/2018, de 5 de octubre, y 101/2019, de 18 de febrero, declaramos que es posible modificar la cláusula suelo del contrato originario, siempre que esta modificación haya sido negociada o, en su defecto, cuando se hubiera empleado una cláusula contractual predispuesta por el empresario en la contratación con un consumidor, esta última cláusula cumpla con las exigencias de transparencia. En estos casos de simple modificación de la cláusula suelo, si se cumplen los requisitos expuestos, se tendría por válida la nueva cláusula, aunque pudiera declararse la nulidad de la cláusula originaria si no se cumplían los requisitos de transparencia. Con el consiguiente efecto de que se considere que no ha producido efectos y por lo tanto todo lo que se hubiera cobrado de más en aplicación de esa originaria cláusula deba ser restituido al consumidor.

En cuanto a la transacción, en la sentencia de pleno 205/2018, de 11 de abril, en un supuesto similar al presente, también declaramos que una cláusula suelo podía ser objeto de una transacción: las partes, partiendo de una situación de incertidumbre, controvertida y para evitar un litigio, podían convenir realizar concesiones recíprocas y alcanzar un acuerdo que convirtiera la incertidumbre en seguridad. Y, como era el caso, si los términos de la transacción aceptada por el consumidor venían predispuestos por el empresario, entonces era preciso comprobar, también de oficio, que se habían cumplido las exigencias de transparencia en la transacción.

4. La STJUE de 9 de julio de 2020, al responder a la primera cuestión prejudicial, declara 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 contrato de novación entre ese profesional y ese consumidor, mediante el cual este último renuncia a los efectos que pudieran derivarse de la declaración del carácter abusivo de esa cláusula, siempre que la renuncia proceda de un consentimiento libre e informado por parte del consumidor, extremo este que corresponde comprobar al juez nacional».

En su contestación a la segunda cuestión prejudicial, el Tribunal de Justicia concluye que la cláusula de un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, con el fin de modificar una cláusula potencialmente abusiva de un contrato anterior celebrado entre ambos o de determinar las consecuencias del carácter abusivo de la misma, si no ha sido negociada individualmente, puede, en su caso, ser declarada abusiva. Con ello 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, que desarrolla a continuación en los apartados 40 y ss.

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

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

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



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

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

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

Y a la vista de lo anterior, concluye:

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

6. Al proyectar esta doctrina sobre la estipulación primera del contrato privado de 19 de marzo de 2014 que reduce el suelo inicialmente pactado del 3,25% al 2,25%, hemos de advertir, como ya lo hicimos en la sentencia 205/2018, de 11 de abril, 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 STJUE 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 hecho, los propios prestatarios, en su escrito de oposición a la apelación manifiestan:

«Hasta que no se hicieron eco de la información que rodeó a la publicación de la Sentencia del Tribunal Supremo en medios de comunicación, prensa escrita, boca a boca, etc. no se pararon a mirar, valorar y darse cuenta de que ellos también eran unos de tantos consumidores a los que el banco, sin previo aviso, había incluido una cláusula suelo en su hipoteca».

Los prestatarios también reconocieron que fueron ellos quienes acudieron a la oficina de la entidad bancaria a pedir que se les suprimiera la cláusula suelo, lo que inicialmente fue denegado por el director de la oficina, sin perjuicio de que al día siguiente les ofrecieran rebajarla al 2,25% en los términos del documento de privado de 19 de marzo de 2014, que aceptaron.

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 2,25% no es suficiente por sí sola para afirmar que el contrato fue negociado individualmente, pero sí puede contribuir, junto con otros elementos, a apreciar la transparencia. 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».

Al margen de lo anterior, el TJUE entiende que la información que debía suministrarse al prestatario consumidor debía permitirle conocer las consecuencias económicas derivadas del mantenimiento de la cláusula suelo en

el 2,25%, y menciona expresamente la relativa a la evolución pasada del índice a partir del cual se calcula el tipo de interés

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 (0,513%).

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.

7. 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 19 de marzo de 2014, se advierte que la renuncia de acciones, por los términos en que está escrita, va más allá de la controversia suscitada en torno a la cláusula suelo, ya que se refiere genéricamente a «cualquier acción que traiga causa de su formalización y clausulado -del contrato de préstamo-, así como por las liquidaciones y pago realizados hasta la fecha». Si la cláusula de renuncia se hubiera limitado a las acciones relativas a la validez de la cláusula suelo y a las liquidaciones y pagos realizados hasta la fecha, en ese caso, podría ser tenida en consideración para analizar si la información suministrada resultaba suficiente, en atención a las circunstancias del caso, para comprender las consecuencias jurídicas de la renuncia. En la medida en que la cláusula de renuncia abarca a cuestiones ajenas a la controversia que subyace al pretendido acuerdo transaccional, no puede reconocerse su validez.

8. En consecuencia, apreciamos la validez de la estipulación primera del contrato privado 19 de marzo de 2014 que modifica la originaria cláusula suelo (3,25%), en el sentido de situarla a partir de entonces en el 2,25%; 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 2,25%: frente al actual o potencial interés del prestatario de que se suprima la cláusula suelo, el banco accede a reducir el límite, asegurándose que cuando menos a partir de entonces la cláusula suelo es aceptada de forma inequívoca, cumplidas las exigencias de transparencia.

Esta modificación de la cláusula suelo opera únicamente a partir de la fecha del contrato privado, de 19 de marzo de 2014.

Se declara la nulidad de la cláusula suelo establecida en la escritura de préstamo hipotecario de 15 de noviembre 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, 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 marzo de 2014 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 esta redactada con vistas a una utilización generalizada (sentencia de 15 de enero de 2015, S iba, C-537/13, EU:C:2015:14, apartado 31)». Después advierte que «estos requisitos pueden también concurrir respecto de una cláusula que tiene por objeto modificar una cláusula potencialmente abusiva de un contrato anterior celebrado entre las mismas partes o determinar las consecuencias del carácter abusivo de esa otra cláusula (...). Y, en relación con las circunstancias propias de este caso, similar al que motivó el pronunciamiento del TJUE, afirma que «la circunstancia de que la celebración del contrato de novación al que se refiere al litigio principal se enmarque dentro de la política general de renegociación de los contratos de préstamo hipotecario de tipo variable que incluían una cláusula «suelo», iniciada por Ibercaja Banco a raíz de la sentencia 241/2013 del Tribunal Supremo, de 9 de mayo de 2013, podría constituir un indicio de que XZ no pudo influir en el contenido de la nueva cláusula «suelo»».

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

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 11 de octubre de 2016 (rollo núm. 464/2016), 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. 1 de Zaragoza de 1 de julio de 2016 (juicio ordinario 1161/2015), cuyo fallo modificamos y pasa a tener el siguiente tenor.

3.º Estimar en parte la demanda formulada por Jenaro y Herminia 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 15 de noviembre de 2007 suscrito por las partes, denominada «Instrumento de cobertura del tipo de interés» que «fija el tipo de interés mínimo 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 por la Audiencia hasta el 19 de marzo de 2014, en que se novó la cláusula.

iii) Se desestima la petición de nulidad de la cláusula de limitación a la variabilidad del tipo de interés introducida en la estipulación primera del contrato privado de 19 de marzo de 2014.

iv) Se declara la nulidad de la cláusula de renuncia de acciones contenida en la estipulación tercera del contrato privado de 19 de marzo de 2014.

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.

El Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller votó en sala pero no pudo firmar por jubilación, haciéndolo en su lugar el Excmo. Sr. Presidente de la Sala D. Francisco Marín Castán.

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

Así se acuerda y firma.