



Roj: **STS 1618/2021 - ECLI:ES:TS:2021:1618**

Id Cendoj: **28079110012021100242**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **04/05/2021**

Nº de Recurso: **696/2017**

Nº de Resolución: **242/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP Z 2208/2016,**
STS 1618/2021

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 242/2021

Fecha de sentencia: 04/05/2021

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 696/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 28/04/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres

Procedencia: AUD.PROVINCIAL DE ZARAGOZA SECCION N. 5

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

Transcrito por: MAJ

Nota:

CASACIÓN núm.: 696/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 242/2021

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 de casación interpuesto por Ibercaja Banco S.A., representada por la procuradora D.ª Sonia Peiré Blasco, bajo la dirección letrada de D. Diego Jaime Segura Arazuri, contra la sentencia núm. 642/2016, de 28 de diciembre, dictada por la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza, en el recurso de apelación núm. 603/2016, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 482/2016 del Juzgado de Primera Instancia n.º 15 de Zaragoza, sobre condiciones generales de la contratación -cláusula suelo-. Ha sido parte recurrida D. Jose Pablo y D.ª Paloma, representado/a por el procurador D. Pedro Luis Bañeres Trueba y bajo la dirección letrada de D. Rafael López Garbayo.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- El procurador D. Pedro Luis Bañeres Trueba, en nombre y representación de D. Jose Pablo y D.ª Paloma, interpuso demanda de juicio ordinario contra Ibercaja Banco S.A., en la que solicitaba se dictara sentencia:

"en la que se declare la nulidad de la cláusula suelo-techo del contrato de compraventa y subrogación en préstamo con garantía hipotecaria de fecha 7 de octubre de 2008 formalizado en escritura pública autorizada por el Notario D. Isabel Rufas de Benito, con el nº 2184 de su protocolo; manteniéndose la vigencia del contrato sin la aplicación de los límites de suelo, fijados en aquella. Y condene a la entidad demandada, previo recálculo de las cuotas, a la devolución de las cantidades indebidamente abonadas por los demandantes desde la publicación de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 como consecuencia de la aplicación de la cláusula suelo cuya nulidad se insta.

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

2.- La demanda fue presentada el 26 de mayo de 2016 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 15 de Zaragoza, se registró con el núm. 482/2016. Una vez admitida a trámite, se emplazó a la parte demandada.

3.- La procuradora D.ª Sonia Peiré Blasco, en representación de Ibercaja Banco S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba la desestimación íntegra de la demanda y la imposición de costas a la actora.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 15 de Zaragoza dictó sentencia de fecha 5 de octubre de 2016, con la siguiente parte dispositiva:

"Que estimando la demanda interpuesta por Jose Pablo y Paloma debo:

a) Declarar la nulidad de la cláusula suelo-techo del contrato de compraventa y subrogación en préstamo con garantía hipotecaria de fecha 7 de octubre de 2008 formalizado en escritura pública autorizada por el Notario D.ª Isabel Rufas de Benito, con el nº 2.184 de su protocolo, manteniéndose la vigencia del contrato sin la aplicación de los límites de suelo techo, fijados en aquella.

b) Condenar a la entidad demandada IBERCAJA SAU, previo recálculo de las cuotas, a devolución de las cantidades indebidamente abonadas por los demandantes desde la publicación de la sentencia del tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 como consecuencia de la aplicación de la cláusula suelo cuya nulidad se insta.

c) Condenar a la demandada al pago de las costas procesales causadas".

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

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

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza, que lo tramitó con el número de rollo 603/2016 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 28 de diciembre de 2016, cuya parte dispositiva establece:

"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 5 de octubre del 2016 por el Ilmo. Sr. Magistrado- Juez del Juzgado de Primera Instancia número 15 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 Peiré Blasco, en representación de Ibercaja Banco S.A., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.



Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"Único.- Infracción del artículo 216 y 218.1 de la LEC que regulan el principio de justicia rogada y la motivación, exhaustividad y congruencia de las sentencias".

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Primero.- Infracción de los artículos 326 LEC (en relación con los arts. 1255 y 1227 a 1230 del Código Civil) que recoge el valor probatorio de los documentos privados.

"Segundo.- Infracción del principio de libertad contractual, y la regulación de la transacción prevista en los arts. 1809 a 1819 del mismo Código Civil que otorga para las partes a lo transaccionado la autoridad de cosa juzgada (art. 1816 C.C.).

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

"Cuarto.- 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 prestataria. Reconocimiento de que en su día les fue comunicado la limitación de intereses mínimo, la entendieron y comprendieron u afección económica.

"Quinto.- Infracción del artículo 1 de la Ley 7/1988 de 18 de abril sobre Condiciones Generales de la Contratación, artículo 3.2 de la Directiva 93/13 CEE y artículo 82.1 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre".

2.- 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, la parte recurrente solicitó el desistimiento del recurso extraordinario por infracción procesal y se dictó auto de fecha 27 de marzo 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 28 de diciembre de 2016 por la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 5.ª), en el rollo de apelación n.º 603/2016, dimanante del juicio ordinario n.º 482/2016, del Juzgado de Primera Instancia n.º 15 de Zaragoza".

3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

4.- Al no solicitarse por las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el 28 de abril de 2021, en que tuvo 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 7 de octubre de 2008, D. Jose Pablo y Dña. Paloma concertaron con Caja Inmaculada (CAI) una escritura de subrogación en préstamo hipotecario, con un interés variable con un suelo del 4,25%.

El 24 de julio de 2015, después de que esta Sala Primera hubiera dictado su sentencia 241/2013, de 9 de mayo, Ibercaja (sucesora de la CAI) concertó con los Sres. Jose Pablo y Paloma un contrato privado que modificaba el anterior, en el sentido de rebajar el suelo al 2,75%.

En la estipulación tercera de ese documento se incluyó la siguiente cláusula:

"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 tres hojas escritas, contiene la transcripción a mano por ambos prestatarios, junto con sus firmas, del siguiente texto:

"Soy consciente y entiendo que el tipo de interés de mi préstamo nunca bajará del 2,75% nominal anual".



2.- Los Sres. Jose Pablo y Paloma presentaron una demanda en la que pidieron la nulidad de la cláusula suelo incluida en el contrato de préstamo hipotecario (4,25%), sin que surtiera efecto lo pactado posteriormente en el mencionado documento privado. La nulidad se fundaba en la falta de transparencia de ambas cláusulas. Además, se pidió la restitución de las cantidades indebidamente cobradas por su aplicación desde el 9 de mayo de 2013.

3. El juzgado de primera instancia estimó la demanda y recurrida la sentencia por la entidad demandada, la Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación. Para ello, partió de la nulidad de la cláusula suelo inicial y argumentó que la reducción del mínimo aplicable también era ineficaz, así como la renuncia al ejercicio de las eventuales acciones de nulidad.

4. 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 la misma 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 de pleno 580/2020 y 581/2020, ambas de 5 de noviembre.

SEGUNDO.- *Imprudencia de la proposición y práctica de prueba en el recurso de casación*

1.- La parte recurrida, en su escrito de oposición al recurso de casación, interesó la práctica de prueba documental, consistente en la aportación de un contrato privado de extinción modificativa del interés mínimo.

2.- En el recurso de casación no existe el trámite de proposición y práctica de prueba, al no estar prevista dicha posibilidad en la LEC (a diferencia de lo que sucede en el recurso de apelación, ex arts. 460 y ss. LEC), puesto que el recurso de casación es un recurso extraordinario en el que no cabe revisar los hechos en la forma que han quedado definitivamente delimitados en primera y segunda instancia, por centrarse los motivos en la infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso (art. 477.1 LEC).

3.- En consecuencia, la prueba propuesta es inadmisibles, por cuanto ni siquiera cabía su proposición.

TERCERO.- *Admisibilidad del recurso de casación*

1.- Al oponerse al recurso de casación, la parte recurrida alegó su inadmisibilidad, por considerar que no se había justificado el interés casacional y porque el motivo segundo pretende alterar la calificación contractual que han hecho los tribunales de instancia, como función privativa suya no revisable en casación.

2.- Tales óbices de admisibilidad no pueden ser atendidos. Respecto del interés casacional, con excepción del primer motivo, que tendrá la respuesta que se incluirá a continuación, la parte identifica las normas sustantivas que considera infringidas, así como las sentencias de Audiencias Provinciales que han dado soluciones contradictorias, lo que, en principio, satisface los requisitos de admisión.

En cuanto a la calificación contractual, una cosa es que la interpretación de los contratos sea facultad de los tribunales de instancia y otra que en casación no se pueda revisar la adecuación de la valoración jurídica que ha hecho la sentencia recurrida sobre el documento privado suscrito por las partes.

CUARTO.- *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 24 de julio 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.

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.

QUINTO.- *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 24 de julio de 2015, en lo que ahora interesa, contiene dos estipulaciones relevantes: en la estipulación primera se pacta que a partir de entonces y para el resto del contrato de préstamo el tipo de interés mínimo aplicable será el 2,75%; 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. Esta misma doctrina ha sido ratificada por el TJUE en su auto de 3 de marzo de 2021 (asunto C-13/19).

Al analizar estas exigencias, en contestación a la cuestión prejudicial cuarta, la indicada STJUE 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 24 de julio de 2015 que reduce el suelo inicialmente pactado del 4,25% al 2,75%, 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 (coincidentes con el posterior ATJUE de 3 de marzo de 2021), 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, la prestataria sabía 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 2,75% 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.

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 el valor del índice a partir del cual se calcula el tipo de interés mediante la inclusión de un gráfico con su evolución; el cual, además de informar sobre el valor del índice lo hace también sobre su evolución en los años anteriores.

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, tanto la STJUE de 9 de julio de 2020 como el ATJUE de 3 de marzo de 2021 admiten 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 24 de julio de 2015, se advierte que la renuncia de acciones, por los términos en que está escrita, va más allá de la controversia suscitada en torno a la cláusula suelo, ya que se refiere genéricamente a "cualquier acción que traiga causa de su formalización



y clausulado -del contrato de préstamo-, así como por las liquidaciones y pago realizados hasta la fecha". Si la cláusula de renuncia se hubiera limitado a las acciones relativas a la validez de la cláusula suelo y a las liquidaciones y pagos realizados hasta la fecha, en ese caso, podría ser tenida en consideración para analizar si la información suministrada resultaba suficiente, en atención a las circunstancias del caso, para comprender las consecuencias jurídicas de la renuncia. En la medida en que la cláusula de renuncia abarca a cuestiones ajenas a la controversia que subyace al pretendido acuerdo transaccional, no puede reconocerse su validez.

6.- En consecuencia, apreciamos la validez de la estipulación primera del contrato privado de 24 de julio de 2015 que modifica la originaria cláusula suelo (4,25%), en el sentido de situarla a partir de entonces en el 2,75%; 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 de los contratos transaccionales. 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 2,75%: 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 24 de julio de 2015.

Se declara la nulidad de la cláusula suelo establecida en la escritura de préstamo hipotecario de 7 de octubre 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.

SEXTO.- Motivo tercero de casación

1.- *Formulación del motivo.* El motivo denuncia la infracción del art. 6 CC, 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 24 de julio de 2015 era válida y eficaz, y ya hemos declarado en el fundamento jurídico anterior que no lo es.

SÉPTIMO.- Motivo cuarto de casación

1.- *Formulación del motivo.* El motivo denuncia la infracción de los arts. 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 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)".

OCTAVO.- 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 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 (y posteriormente, en igual sentido, el ATJUE de 3 de marzo de 2021). En primer lugar, recuerda que conforme al art. 3.2 de la 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 la prestataria demandante no influyó 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.

NOVENO.- Improcedencia del control de oficio de otras cláusulas no impugnadas

1.- En su escrito de oposición al recurso de casación, la parte recurrida solicitó, subsidiariamente a su petición de desestimación del recurso de casación, que la sala se pronunciara de oficio sobre la posible nulidad por abusividad de las estipulaciones tercera (renuncia de acciones) y cuarta (compromiso de confidencialidad).

2.- Respecto de la tercera, ya nos hemos pronunciado en los fundamentos anteriores, porque era objeto del recurso de casación. Y respecto a la cuarta, en ningún momento ha sido objeto de cuestionamiento en el procedimiento. En la sentencia 53/2020, de 23 de enero, ante una solicitud de pronunciamientos de oficio similar a la presente, declaramos:

"Es contrario a las exigencias de utilización racional de los medios de la administración de justicia, no guarda relación con la finalidad de la normativa nacional y comunitaria de protección de los consumidores frente a las cláusulas abusivas, y supone una degradación de la función de asistencia del abogado (que en nuestro ordenamiento jurídico es obligatoria en la práctica totalidad de los litigios), pretender que el juez [...] no solo debe pronunciarse sobre la pretensión formulada en la demanda por los consumidores, sino que además tiene que realizar una especie de investigación en la relación contractual que une al consumidor con el empresario para descubrir si existen otras cláusulas potencialmente abusivas y pronunciarse sobre el carácter abusivo de cláusulas que nada tienen que ver con aquellas que el consumidor, en su demanda, con la asistencia y orientación profesional de su abogado, solicitó que se declararan abusivas y que, por tanto, son irrelevantes para la estimación de la pretensión formulada".

3.- La jurisprudencia del TJUE (STJUE de 11 de marzo de 2020, asunto C-511/17) establece las siguientes pautas:

(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).

(iii) En otro caso, se vulnerarían el principio dispositivo y el principio de congruencia (apartado 31).



(iv) Por lo que concluye que el examen de oficio afectará "únicamente [a] aquellas cláusulas contractuales que, aunque no hayan sido impugnadas por el consumidor en su demanda, estén vinculadas al objeto del litigio tal como las partes lo hayan definido, a la vista de las pretensiones que hayan formulado y de sus motivos" (apartado 34).

4.- Pues bien, si en la demanda no se llegó a formular pretensión de nulidad de la cláusula de confidencialidad, esta inactividad no puede ser suplida por los tribunales. Aparte de que la cláusula que se pretende que sea revisada de oficio no está vinculada al objeto del litigio tal como las partes, concretamente la parte demandante, lo han definido, a la vista de las pretensiones que han formulado.

DÉCIMO.- 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.- Estimada la acción de nulidad por abusiva de la cláusula suelo, aunque los efectos restitutorios hayan quedado limitados por la validez de la novación de la cláusula suelo, procede 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 C-224/19 y C-259/19.

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 núm. 642/2016, de 28 de diciembre, dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 5.ª), en el recurso núm. 603/2016, 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 núm. 195/2016, de 5 de octubre, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Zaragoza, en el juicio ordinario núm. 482/2016, cuyo fallo modificamos y pasa a tener el siguiente tenor.

3.º Estimar en parte la demanda formulada por D. Jose Pablo y Dña. Paloma 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 7 de octubre de 2008 que fija el tipo de interés mínimo en el 4,25% nominal anual.

ii) Se condena a la entidad bancaria Ibercaja Banco S.A. a devolver a los demandantes las cantidades cobradas indebidamente en aplicación de dichas cláusulas desde la fecha establecida por la Audiencia hasta el 24 de julio 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 del contrato privado de 24 de julio de 2015.

iv) Se declara la nulidad de la cláusula de renuncia de acciones contenida en la estipulación tercera del contrato privado de 24 de julio de 2015.

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

5.º Imponer a la demandada las costas de la primera instancia.

6.º Acordar la devolución de los depósitos constituidos para la interposición de los recursos de apelación y casación.

Líbrese a la mencionada Audiencia Provincial 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.