

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1 SALAMANCA

SENTENCIA: 00196/2020

Modelo: N10250
GRAN VIA, 37-39

-

Teléfono: 923.12.67.20 **Fax:** 923.26.07.34
Correo electrónico:

Equipo/usuario: MSZ

N.I.G. 37274 42 1 2017 0009656

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000248 /2019

Juzgado de procedencia: JDO.PRIMERA INSTANCIA N.9-BIS de SALAMANCA

Procedimiento de origen: ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000986 /2017

Recurrente: CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES, SALAMANCA Y SORIA SAU

Procurador: MARIA HERRERA DIAZ AGUADO

Abogado: JOSE RAMON MARQUEZ MORENO

Recurrido: FERNANDO NAVARRO BLANCO, FERNANDO NAVARRO LOPEZ

Procurador: LAURA NIETO ESTELLA, LAURA NIETO ESTELLA

Abogado: AITOR MARTÍN FERREIRA, AITOR MARTÍN FERREIRA

S E N T E N C I A

SENTENCIA NÚMERO 196/20

ILMO SR PRESIDENTE :
DON JOSÉ RAMÓN GONZÁLEZ CLAVIJO
ILMOS SRES MAGISTRADOS:
DON EUGENIO RUBIO GARCÍA
DON JOSE ANTONIO MARTÍN PÉREZ

En la ciudad de
Salamanca a veintidós
de mayo del año dos mil
veinte.

La Audiencia Provincial de Salamanca, ha visto en grado de apelación el Juicio ORDINARIO Nº 986 /17 del Juzgado de Primera Instancia Nº 9-BIS de Salamanca, **Rollo de Sala Nº 248 /19**; han sido partes en este recurso: como demandado apelante CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES, SALAMANCA Y SORIA SAU, representado por el Procurador de los tribunales, Sra. MARIA HERRERA DIAZ

AGUADO, bajo la dirección del letrado D. JOSE RAMON MARQUEZ MORENO, y como parte apelada-demandante D. FERNANDO NAVARRO BLANCO Y D. FERNANDO NAVARRO LOPEZ , representados por el Procurador de los tribunales, Sra. LAURA NIETO ESTELLA, bajo la dirección del letrado D. AITOR MARTÍN FERREIRA .

ANTECEDENTES DE HECHO

1º.- El día 15 de enero de dos diecinueve , por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado del Juzgado de 1ª Instancia nº 9-BIS de Salamanca, se dictó sentencia en los autos de referencia que contiene el siguiente FALLO: “Que **estimando** la demanda formulada por la Procuradora de los Tribunales Dª. LAURA NIETO ESTELLA en nombre y representación de D. FERNANDO NAVARRO BLANCO Y D. FERNANDO NAVARRO LOPEZ, contra BANCO DE CAJA DE ESPAÑA DE INVERSIONES, SALAMANCA Y SORIA S.A representado por la Procuradora de los Tribunales Dª. MARIA HERRERA DIAZ AGUADO , debo declarar y declaro la nulidad de la cláusula limitativa de la variación del tipo de interés contenida en escritura de préstamo hipotecario de 3 de marzo de 2004 y en el acuerdo privado de modificación de condiciones concertado el día 19 de marzo de 2015 y condeno a la demandada a eliminarla del contrato, a recalcular el cuadro de amortización del préstamo sin aplicación de la cláusula de limitación a la variación del tipo de interés y restituir a la actora las cantidades indebidamente cobradas en virtud de la cláusula declarada nula desde el día 3 de marzo de 2004, en que se celebró el mismo hasta su efectiva eliminación, incrementándose las cantidades indicadas en el interés legal del dinero desde la fecha de cada cobro hasta su completa satisfacción, todo ello con expresa imposición de costas a la entidad demandada.”

2º.- Contra referida sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación jurídica de la parte demanda y presentado escrito hizo las alegaciones que estimó oportunas en defensa de sus pretensiones, para terminar

suplicando se dicte sentencia por la que se estime el recurso de apelación interpuesto, así como, revoque la de instancia en aquellos pronunciamos que han sido impugnados, todo ello con expresa imposición a la adversa en las costas causadas según ordena el artículo 397 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil.

Dado traslado de la interposición del recurso a la contraparte, por la legal representación de ésta se presentó escrito de oposición al mismo, haciendo las alegaciones que estimó oportunas en defensa de sus pretensiones, para terminar suplicando se dicte sentencia por la que se CONFIRME INTEGRAMENTE la Sentencia recurrida nº 39/2019, de fecha 15 de enero de 2.019 íntegramente. Condenando, asimismo, en costas al apelante con especial declaración de su temeridad y mala fe, tanto de la Primera Instancia, como de esta Alzada, en aplicación de los artículos 394, 397 y 398 L.E.C..

3º.- Recibidos los autos en esta Audiencia, se formó el oportuno rollo, señalándose para la **deliberación, votación y fallo** del recurso el día 19 de septiembre de los corrientes, pasando los autos al Ilmo. Sr. Magistrado Ponente para dictar sentencia.

4º.- Observadas las formalidades legales.

Vistos, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado **DON JOSE ANTONIO MARTÍN PÉREZ.**

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. - Sentencia de primera instancia y pretensiones de las partes en la alzada.

1. Por la representación procesal de la mercantil **BANCO CAJA DE ESPAÑA DE INVERSIONES, SALAMANCA Y SORIA, S.A.U**, se interpone recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez núm. 9-bis de Salamanca, con fecha de 15 de enero de 2019, en virtud de la cual se hace plena estimación de la demanda en su día interpuesta por D. FERNANDO NAVARRO BLANCO y D. FERNANDO NAVARRO LÓPEZ para:

i) Declarar nula la cláusula suelo contenida en el contrato de préstamo hipotecario de 3 de marzo 2004 que vincula a las partes en litigio;

ii) Declarar igualmente nulo, por propagación de los efectos de la nulidad por falta de transparencia, el contrato de novación suscrito entre las mismas partes con fecha de 19 de marzo de 2015 en virtud del cual las partes acordaron sustituir la cláusula suelo fijada en el contrato inicial por un tipo de interés fijo del 1,75% durante un periodo y, posteriormente, un tipo de interés variable calculado conforme a las reglas establecidas en el contrato sin sujeción a límite alguno. Se condena en consecuencia a restituir las cantidades abonadas indebidamente en virtud de la cláusula suelo declarada nula desde la firma del contrato de préstamo hipotecario hasta que haya sentencia firme o hasta la fecha en que, en su caso, se haya dejado de aplicar por el banco, más los intereses legales correspondientes;

Frente a dicha sentencia de instancia se alza en apelación la entidad bancaria demandada, alegando en esencia como motivos de apelación la incorrecta valoración de la prueba relacionada con la naturaleza y finalidad del acuerdo de modificación del originario contrato de préstamo hipotecario, concluido entre las partes con fecha de 19 de marzo de 2015, al entender que dicha novación constituye realmente una transacción extrajudicial entre las partes que supera con creces el doble control de transparencia o y, en su virtud, dejaría sin efecto la cláusula suelo incluida en el contrato inicial, resultando improcedente la declaración de nulidad así como la del posterior acuerdo novatorio por el que se modifican las condiciones del tipo de interés ordinario aplicable, el cual, frente a la doctrina de la propagación de los efectos de la nulidad propugnada por el Juez "a quo" resultaría así plenamente eficaz; todo ello de conformidad con la doctrina establecida al respecto en la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, núm. 205/2018, de fecha 11 de abril de 2018 .

Se opone a la apelación la parte actora vencedora en la instancia, alegando que tanto la cláusula suelo contenida en el contrato de préstamo hipotecario originario como el contrato de novación de las condiciones del tipo hipotecario deben ser declarados nulos por falta de transparencia, al tratarse de cláusulas no negociadas individualmente, rechazando expresamente la doctrina de la calificación de la novación modificativa como transacción extrajudicial y propugnando, en su contra, la de la propagación de los efectos de la nulidad de la cláusula suelo inicial al pacto novatorio; todo ello porque, sustentando su oposición en la argumentación del Juez de instancia, una cláusula contractual declarada nula nunca ha existido y no puede ser objeto de novación, de manera que deben extenderse los efectos de la nulidad a todos los actos posteriores que traigan causa del acto nulo.

SEGUNDO. - Sobre la nulidad de la cláusula suelo.

Sin perjuicio de que pudiera quedar sin efecto en caso de estimar la pretensión de la parte recurrente, en el sentido de que la novación de la cláusula de intereses constituye realmente una novación por la que se dejó sin efecto la cláusula suelo y, en consecuencia, no resultara posible analizar su nulidad por falta de legitimación activa o por falta de objeto del proceso, procede a continuación revisar la conclusión alcanzada por el juzgador de la instancia al declarar la nulidad de la cláusula suelo del préstamo hipotecario objeto de la litis, toda vez que, en caso de no admitir la pretensión de la recurrente en la alzada sus efectos serán fundamentales para la decisión final del pleito.

Revisada la prueba practicada y la argumentación del juzgador, la Sala considera que, efectivamente, se acredita suficientemente que el banco demandado no informó debidamente al cliente de forma clara y comprensible sobre la existencia de la cláusula limitativa del tipo de interés o cláusula suelo, siendo dicha cláusula esencial por tratarse de un elemento definitorio del objeto principal del contrato. No le informó antes de firmar el contrato de préstamo hipotecario, mediante folletos informativos o de cualquier otra forma (por ejemplo, mediante la muestra de simulaciones de los distintos escenarios que podrían producirse en función de la previsible evolución de los tipos de interés), y en el contrato la cláusula no aparece

especialmente destacada, sino que se incluye subrepticamente en la cláusula relativa al tipo de interés aplicable, sin mención alguna a su relevancia para la aplicación del contrato en tanto en cuanto resulta ser un elemento esencial del contrato de préstamo hipotecario. Todo ello impidió a los clientes hacerse una representación real de las características y consecuencias de la cláusula suelo, toda vez se trata de consumidores sin conocimientos ni experiencia en el sector financiero crediticio, sin que la lectura de la escritura por el Notario pueda servir para subsanar esos defectos de información y de claridad pues la intervención del Notario en ningún caso puede eximir al banco de sus obligaciones de información para cumplir con las exigencias de transparencias recogidas en la legislación sobre condiciones generales de la contratación.

Así pues, conocida la importancia fundamental que para el consumidor tiene la facultad de disponer, antes de la celebración del contrato, de información suficiente sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de la celebración del contrato, para decidir si desea quedar vinculado por el mismo en las condiciones predispuestas por la entidad bancaria (cfr. STJUE de 30 de abril de 2014, As. C-26/13 , "Kasler"), ha de calificarse dicha cláusula como abusiva por no superar el doble control de transparencia, referido al control de incorporación y de comprensibilidad formal y material. El banco no informó de la existencia de la cláusula antes de la firma del contrato, vulnerando así el control de incorporación (art. 5.2 LCGC), y en el contrato mismo, más allá de que la cláusula resulte comprensible formalmente (legibilidad), no aportó escenarios de las posibles consecuencias de la aplicación de la cláusula que sirvieran al cliente para comprender los efectos asociados a la misma en la práctica, violando el control de comprensibilidad material (arts. 5.5 y 7b. LCGC).

Por lo tanto, resultando una cláusula predispuesta por el banco, no negociada individualmente, y tratándose de un cliente con perfil de consumidor, sin conocimientos ni experiencia en el sector financiero crediticio, ha de concluirse con el Juez "a quo", que dicha cláusula adolece de la transparencia necesaria para su conocimiento y comprensibilidad por el cliente, debiendo ser declarada nula de pleno derecho (art. 8.1 LCGC), de conformidad con la doctrina establecida por el Tribunal desde la Sentencia de 9 de mayo de 2013 y reiterada hasta la saciedad por el propio

Alto Tribunal y el resto de Jueces y Tribunales de nuestro país. Y en su consecuencia, tras el reconocimiento de los plenos efectos retroactivos de la declaración de nulidad de cláusulas suelo por la STJUE de 21 de diciembre de 2016, corrigiendo la STS núm. 241/2013 de 9 de mayo de 2013 , procede condenar a la entidad demandada y apelante a restituir a la actora las cantidades indebidamente abonadas como consecuencia de la aplicación de la cláusula suelo incluida en el contrato de préstamo hipotecario suscrito con dicha entidad, desde el inicio hasta la fecha de la firmeza de esta sentencia o hasta que el banco hubiera decidido o acordado cesar en la aplicación de la misma.

TERCERO. - Doctrina jurisprudencial sobre la validez de la novación de la cláusula suelo y de la renuncia a la acción, consideradas como transacción.

Se alega por la entidad bancaria recurrente el error en la valoración de la prueba con infracción de reiterada jurisprudencia relativa a la validez de la novación del contrato en lo relativo a la limitación del tipo de interés, citando de forma muy especial la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2018 que considera ese pacto novatorio como una auténtica transacción extrajudicial, de modo que el pleito carecería de sentido por falta de objeto, al haber desaparecido la cláusula suelo del contrato antes de la interposición de la demanda de nulidad.

De entrada, resulta reprochable la actuación procesal de la demandada desde el momento en que en la contestación a la demanda no aludió a la transacción entre las partes, aludiendo muy brevemente al documento privado firmado como novación y considerando aplicable la doctrina de los actos propios. Se produce en consecuencia una mutatio libelli, que sería razón suficiente para rechazar las alegaciones del recurso en esta línea.

Doctrina reiterada de esta Sala considera que la nulidad de la cláusula suelo inicialmente predispuesta en el contrato de préstamo hipotecario ha de trascender en vía de principio a la pretendida novación de la misma que se realizó, por mucho que esa novación ya se efectuara con conocimiento por el consumidor de la existencia de una cláusula suelo que, precisamente, se deja sin efecto. Y ello por cuanto, como hemos dicho, la cláusula suelo inicial es nula de pleno derecho, sin

posibilidad alguna de confirmación ni sanación salvo en circunstancias excepcionales donde sea clara e inequívoca la voluntad del prestatario consumidor de modificar las condiciones del crédito hipotecario previa constatación de haber sido informado con rigor del significado para su patrimonio de ese pacto novatorio. Salvo en estas circunstancias excepcionales que requieren una declaración personal y manuscrita del prestatario, y no un acuerdo predispuesto por el banco, no es factible pretender una sanación de una cláusula que es radicalmente nula por infringir el doble control de transparencia (control de incorporación y de comprensibilidad formal y material) y que no puede producir efecto alguno, resultando así que el negocio convalidante es nulo si el que pretende convalidar adolece previamente de nulidad radical.

Tal y como se afirma en la sentencia de esta Audiencia de 26 de abril de 2018, apartados 64 a 69, y se reitera en la sentencia núm. 58/2019 de 25 de febrero de 2019 y en otras posteriores en idénticos términos, un contrato de crédito celebrado con un consumidor merece una especial protección, máxime si en virtud del acuerdo de novación redactado unilateralmente por el banco se predispone al consumidor, de forma explícita o implícita, a una renuncia al ejercicio de acciones que pudieran corresponderle por la nulidad de la cláusula suelo.

También consideró esta Audiencia en la referida sentencia de 26 de abril de 2018 que las condiciones incluidas en el contrato de novación no superan el control de transparencia y abusividad, pues se trata de un documento predispuesto por el banco que adolece de defectos semejantes al de la cláusula originaria. En el caso que ahora nos ocupa, a pesar de que cuando se firmó la novación hacía ya más de un año y medio desde que se había dictado la conocida Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 que había declarado la nulidad de cláusulas semejantes a la controvertida por falta de transparencia, y había establecido el derecho de los consumidores de reclamar las sumas pagadas por razón de las mismas desde el 9 de mayo de 2013 (aunque, como es sabido, por virtud de la doctrina que luego estableció el TJUE, el Tribunal Supremo a fines de 2016 extendió con carácter retroactivo esa previsión, a todas las sumas que se hubieran abonado por razón de este tipo de disposiciones abusivas), y siendo también sobradamente conocido el considerable número de sentencias dictadas

desde esa fecha por Jueces y Tribunales de toda España declarando la nulidad de las cláusulas suelo (salvo en casos concretos excepcionales donde no se advertían defectos de transparencia ni abusividad); a pesar de todo eso, el Banco demandado siguió cobrando cantidades a la actora en virtud de la aplicación de esta cláusula suelo antes de realizar la propuesta de novación, que, por cierto, redacta unilateralmente sin que conste haber informado cuidadosamente al cliente de las consecuencias que para su patrimonio supone la anulación de la cláusula suelo: la renuncia de las cantidades que podrían corresponderle con motivo de la nulidad de la cláusula suelo.

El contrato de novación ha sido predispuesto y redactado unilateralmente por el banco prestamista, no existiendo evidencias claras de que ese contenido haya sido objeto de una negociación individual clara y precisa en la que el cliente disponga de toda la información necesaria para tomar una decisión libre y razonada, menos aún en el sentido de una auténtica transacción extrajudicial, tornando así de nuevo la cuestión a la valoración de las condiciones generales incluidas en el contrato novatorio y la falta de la debida y rigurosa información al cliente-consumidor.

Podría pensarse, efectivamente, siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo establecida en la sentencia de 11 de abril de 2018, que nos encontramos no ante una mera novación, sino ante una auténtica transacción, tal y como reiteradamente afirma la entidad bancaria apelante; pero debemos analizar con detenimiento esta figura jurídica a la que alude la citada sentencia.

La transacción se caracteriza por el hecho de que las partes, para evitar un procedimiento judicial o poner fin al que ya ha comenzado, realizan recíprocas concesiones (dando, prometiendo o reteniendo alguna cosa, según la dicción literal del art. 1809 CC): "*La transacción es un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado*". Es fundamental, por lo tanto, la concurrencia en cada caso concreto de concesiones recíprocas por ambas partes.

Como señaló esta Sala en la Sentencia núm. 58/19, de 25 de febrero de 2019 (ap. 21), no deja de sorprender que un consumidor, realmente consciente y

concedor de la nulidad radical y absoluta de la cláusula de limitación del tipo de interés y de la obligación de la entidad bancaria de devolución de las cantidades indebidamente percibidas por ese concepto, acepte tan fácilmente la sustitución de la cláusula suelo por un tipo de interés fijo durante un tiempo seguido de la completa eliminación de la misma, renunciando a las cantidades que pudieran corresponderle como consecuencia de la anulación de la referida cláusula.

La supresión de la cláusula suelo no puede decirse que suponga una renuncia o sacrificio o verdadera renuncia para la entidad bancaria, toda vez que lo más probable es que fuera declarada nula en caso de someterse a un procedimiento judicial, obligándole a un reintegro de cantidades que se ahorra con el pacto novatorio por ella predispuesto, consiguiendo incluso en algunas ocasiones, como sucede en el caso de autos, que el consumidor acepte un tipo de interés nominal fijo o variable superior al que estaba prefijado en la escritura de préstamo originaria en caso de no haberse aplicado la cláusula limitativa a la baja del tipo de interés o cláusula suelo, aunque sea de forma meramente temporal para luego suprimir de forma efectiva la cláusula litigiosa.

En el caso enjuiciado no existe constancia de la existencia de una oferta vinculante o de información precisa precontractual o en el propio contrato al prestatario consumidor sobre las consecuencias efectivas de la novación sobre un aspecto que esta Sala considera fundamental para poder decidir si dicho contrato supera el control de transparencia aplicable a todo contrato con condiciones generales predispuestas por una de las partes, que sirva a la verdadera y efectiva comprensibilidad de su contenido por parte del cliente: no contiene información específica y clara sobre aquello a lo que renuncia el cliente-consumidor al aceptar los términos de la novación; esto es, la posible nulidad de la cláusula suelo y las consecuencias vinculadas a la misma, en particular las cantidades -siquiera aproximadas- que el banco tendría que devolver al cliente como consecuencia de la declaración de nulidad de dicha cláusula. Sin esta información, sumamente relevante, difícilmente puede apreciarse la existencia de una verdadera transacción en el contrato de novación, en los términos de la ya citada STS núm. 205/18 de 11 de abril de 2018 , salvo que el prestatario manifieste directamente, mediante un contrato manuscrito en el que no quede duda de su voluntad, que acepta la

modificación del contrato para modificar el tipo de interés y en su caso la eliminación de la cláusula tras un periodo de tiempo. Sólo esa declaración directa y manuscrita del prestatario puede servir para presumir que ha sido debidamente informado de las consecuencias de modificar el contrato, no así de un contrato predispuesto unilateralmente por el banco que el consumidor puede aceptar por pura inercia si no ha sido debidamente informado de las cantidades que podría percibir por la anulación de la cláusula suelo y a las que renuncia en virtud del pacto novatorio.

En conclusión, en el caso de autos se aprecia cómo el pacto novatorio que incluye la modificación de la cláusula de intereses, constituye una renuncia al menos tácita por parte del cliente-consumidor que aparece redactada de forma poco transparente y sin un conocimiento real y efectivo -demostrable- por parte del mismo de la nulidad radical que aquejaba la cláusula suelo pactada inicialmente en el contrato, así como de las consecuencias de dicha nulidad (favorables, por lo demás, de manera evidente, para su patrimonio). Si el cliente hubiera conocido los efectos que para su peculio podría tener la declaración de nulidad de la cláusula suelo, es de suponer que difícilmente habría negociado y aceptado su eliminación a cambio de un tipo de interés fijo temporal, por más que posteriormente se suprimiera definitivamente dicha cláusula.

Podría alegar el banco apelante que no procede informar al cliente sobre la nulidad de una cláusula que "*per se*" no es nula, sino que lo es en función de las circunstancias: falta de transparencia y perfil de consumidor sin experiencia del cliente. De hecho, puede alegar que la inseguridad sobre la validez de la estipulación relativa a la cláusula suelo, en el momento de suscribirse la novación, no permite considerar que en la novada se dé falta de transparencia. Sugiere, pues, que existía incertidumbre sobre la cláusula suelo en el momento de suscribir la novación, siendo así perfectamente transparente y lícito el pacto novatorio alcanzado entre las partes. Pero frente a esta posible alegación, cabe invocar de contrario que la especial diligencia del banco como profesional del mercado del crédito le hace perfecto conocedor de la jurisprudencia de nuestros jueces y tribunales que declaran sin titubeos la nulidad de la cláusula suelo en circunstancias muy similares a las que concurren en el caso concreto, resultando así que el banco conoce o debe conocer sin faltar a la buena fe que dicha cláusula muy

probablemente sería declarada nula por un tribunal en caso de instar el cliente el oportuno procedimiento, máxime tratándose de un consumidor sin conocimientos ni experiencia contrastados en el sector financiero, como podría conocer sin esfuerzo alguno las cantidades que debería reintegrar al cliente.

Efectivamente, cuando se produce la novación, se parte siempre por el banco de que la cláusula suelo es válida; y en modo alguno la entidad demandada cuestiona la eficacia de la cláusula de interés mínimo en el momento de suscribir el acuerdo novatorio, ni menos aún informa al consumidor de su presumible nulidad (y ello pese a que el Tribunal Supremo ya había declarado la nulidad por abusiva de una cláusula suelo que padecía defectos idénticos o muy similares y a que eran ininidad los pronunciamientos de los tribunales a lo largo de todo el país en ese mismo sentido). Antes, al contrario, lo que el banco pretende es atemperar sus consecuencias promoviendo un pacto novatorio en el que se sustituye el suelo por un interés fijo mensual seguido de la definitiva eliminación de la cláusula, implicando una renuncia siquiera implícita del consumidor a reclamar en el futuro por los intereses vencidos y abonados, cuyo final y definitivo importe no ha conocido el consumidor hasta la STJUE de 21 de diciembre de 2016 y la STS nº 123/2017, de 24 de febrero. Esto es, se trata de una renuncia -en este caso implícita- a una pretensión que solo posteriormente se fijó en los términos ya señalados de ineficacia "*ex tunc*".

A partir de aquí, una actuación diligente y de buena fe de la entidad de crédito, debida por lo demás ante su especial posición de profesional del mercado del crédito, le debería llevar a informar al cliente de esas circunstancias antes o al tiempo de negociar el pacto novatorio. Conviene incluir en este punto, como ejemplo de diligencia profesional de la entidad de crédito, los principios de actuación en la actividad relacionada con la concesión de préstamos inmobiliarios recogidos en el art. 5 de la nueva Ley 5/2019 de 5 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, según el cual los prestamistas actuarán de manera honesta, imparcial, transparente y profesional, respetando los derechos y los intereses de los prestatarios, tanto en la elaboración de productos crediticios, la concesión de préstamos, prestación de servicios de intermediación o de asesoramiento sobre el préstamo o, en su caso, de servicios accesorios, como en la ejecución de los

contratos de préstamo, debiendo basarse estas actividades en la información sobre las circunstancias del prestatario y en cualquier requisito específico que éste haya dado a conocer, así como en hipótesis razonables sobre los riesgos para su situación durante la vigencia del contrato de préstamo. Estos principios de diligencia debida, previstos para la actividad de concesión de préstamos inmobiliarios, son trasladables "mutatis mutandis" a la negociación y concertación de pactos novatorios o transaccionales sobre contratos de crédito inmobiliario celebrados con anterioridad. Al no darse estas circunstancias en el caso de autos, ha de concluirse que no se superan los controles de integración y comprensibilidad material que deberían darse en un contrato novatorio de una cláusula suelo evidente o muy probablemente nula, como la del caso de autos, produciéndose en consecuencia en el caso concreto no una transacción, como pretende la recurrente en alzada, sino una propagación de los efectos de la nulidad de la cláusula suelo al contrato de novación.

El art. 6.3 CC establece la nulidad de pleno derecho de los actos contrarios a normas imperativas o prohibitivas. Por consiguiente, en la medida en que una renuncia expresa o implícita es contraria a una disposición legal imperativa, tuitiva de los consumidores, como es el art. 10 TRLGDCU, no puede considerarse válida. A ello se añade que el art. 8 letras b) y f) TRLGDCU establece la protección de los derechos de los consumidores frente a cláusulas abusivas (incluyendo aquellas en que la abusividad deriva del incumplimiento de los requisitos de transparencia impuestos en la LCGC) e impone la protección de los mismos mediante procedimientos eficaces para suplir la situación de subordinación, desigualdad e indefensión de estos respecto a los profesionales.

Y a todo lo anterior se suma, como colofón, que el art. 6 de la Directiva 93/13 , sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, con la finalidad de proteger un principio general de derecho comunitario, como es la protección de consumidores y el remplazo de un aparente equilibrio formal de los derechos de los contratantes, por otro real, material, apto para restablecer con efectividad la precedente inexistencia de igualdad entre las partes, se constituye como una norma imperativa y de orden público que no vincularán al consumidor las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional,

sin perjuicio de que pueda seguir siendo obligatorio el contrato si puede subsistir sin las cláusulas abusivas (cfr. SSTJUE de 21 de diciembre de 2016, ap. 44). Así pues, la no vinculación de las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional es una imposición del Derecho de la Unión Europea a los Estados miembros.

La declaración de abusividad de una cláusula ha de tener como consecuencia el restablecimiento de la situación de hecho y de derecho en la que se encontraba el consumidor de no haber existido dicha cláusula (STJUE de 21 de diciembre de 2016, ap. 61). Por ello, la declaración de nulidad de la cláusula abusiva también habrá de determinar la de aquellos pactos novatorios o modificativos que tengan su fundamento en la cláusula declarada nula, salvo en los casos excepcionales antes descritos y recogidos en sentencias de esta Sala como la núm. 385/19, de 2 de septiembre de 2019.

Es preciso recordar, a estos fines, que, por lo que atañe a la cláusula suelo incluida en el contrato de préstamo hipotecario inicial u originario que hemos declarado nula, no estamos por lo tanto en sede de anulabilidad, sino de nulidad de pleno derecho o nulidad absoluta, la cual no es susceptible en ningún caso ni de subsanación ni de convalidación (cfr. STS núm. 654/2015, de 19 de noviembre, y la jurisprudencia allí citada). La consecuencia de ello es que si la cláusula suelo inicial es nula de pleno derecho, no puede quedar convalidada por el documento novatorio predispuesto unilateralmente por el banco sin la debida transparencia, al cual se extiende por ende el efecto de la nulidad no sanable. En este sentido, el art. 1208 CC establece la nulidad de la obligación nueva si la novada también lo fuera.

Es sobradamente conocido que el Tribunal Supremo se ha pronunciado en varias ocasiones sobre la extensión o propagación de la declaración de nulidad de la cláusula suelo al pacto novatorio posterior de dicha cláusula. Pero no es menos conocida la doctrina del mismo Alto Tribunal que aprecia, en determinadas circunstancias, la existencia de una auténtica transacción en los pactos novatorios de cláusulas suelo, por lo que resulta inexcusable en este punto hacer una referencia expresa a la invocada STS núm. 205/2018 de 11 de abril de 2018, y su posible aplicación o no al caso que nos ocupa.

El Tribunal Supremo distingue en la sentencia núm. 558/2017, de 16 de octubre, del caso que analiza en la STS núm. 205/2018 de 11 de abril de 2018, ya que en aquella sentencia *"no se apreció la voluntad de realizar concesiones recíprocas para evitar el pleito, sino que la finalidad el acuerdo era el equiparar el suelo al previsto para otros compradores de la misma promoción "*. Esto pone de relieve que el Tribunal Supremo ante todo tiene en cuenta si se realizan recíprocas concesiones, lo cual constituye la esencia de la transacción, como ya advertimos anteriormente en esta misma resolución.

La sentencia de 11 de abril de 2018 analiza si nos encontramos ante una materia disponible, para concluir que así es, efectivamente, siguiendo las conclusiones del Abogado General Sr. Nils Wahl de 14 de septiembre 2017 en el asunto Gavrilesco (C-627/15).

Pero sobre todo la sentencia hace referencia al Real Decreto Ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo, en tanto en cuanto admite la posibilidad de que la entidad de crédito y el consumidor alcancen un acuerdo sobre la cantidad que deba ser restituida por haberse aplicado indebidamente una cláusula suelo, lo que particularmente se refleja en el artículo 3.3. Tal previsión es reflejo también de la validez de posibles acuerdos en este ámbito sin tener que abocar necesariamente a la judicialización de la controversia.

La sentencia recuerda la de 9 de marzo de 2017 en el sentido de que es necesario que el consumidor tenga un conocimiento cabal y completo del precio y de las condiciones de la contraprestación antes de la celebración del contrato; y admite también que la formación y prestación del consentimiento en la transacción no se produce como en cualquier otro contrato, pese a la remisión expresa que el art. 1817 hace al 1265, ambos del CC , puesto que resulta patente la concurrencia de elementos singulares que las partes tienen en cuenta, como los costes de litigio, la incertidumbre del resultado de los medios de prueba o la incomodidad que produce cualquier litigio con independencia de su resultado.

Afirma asimismo el Tribunal Supremo que las mismas consideraciones sobre la transacción resultan de aplicación cuando su objeto está predispuesto por el

banco: acabar con la incertidumbre de si las cláusulas suelo introducidas en los contratos anteriores eran nulas por no pasar el control de transparencia, mediante la fijación de un suelo más bajo o incluso su eliminación. En este sentido, el Tribunal Supremo considera necesario comprobar que se den por cumplidas las exigencias de transparencia en la transacción, esto es, que los clientes consumidores, tal y como les fue presentada la transacción, estaban en condiciones de conocer las consecuencias económicas y jurídicas de su aceptación.

Debe tenerse en cuenta, por lo demás, que en la sentencia citada de 11 de abril de 2018 existía una transcripción manuscrita de la cláusula, afirmando el Tribunal Supremo que aunque ello no equivale a la comprensibilidad real por el consumidor que la transcribe, es indudable que contribuye a la constatación de su propia existencia y su contenido. Circunstancia ésta que no se produce normalmente cuando la transacción es predispuesta unilateralmente por el banco. Así lo ha recogido también esta Sala en sentencias como la núm. 385/19, de 2 de septiembre de 2019.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea advierte que el juicio de transparencia debe realizarse en cada caso atendiendo las circunstancias concurrentes; y en este caso hay que comprobar si los clientes consumidores conocían los términos de la transacción y las implicaciones económicas y jurídicas que suponía para su patrimonio.

Por lo tanto, es fácil comprobar que la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2018 se refiere a un supuesto muy concreto, pero, además, establece los criterios que deben tenerse en cuenta para poder afirmar que nos encontramos ante una auténtica transacción, siendo especialmente significativo el hecho de que se remita a lo dispuesto en el Real Decreto-Ley 1/2017, General, y en particular a su artículo 3 .

La Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley 1/2017 lo que pretende es una intervención y regulación mínima que dé a los consumidores un instrumento que les permita obtener una rápida respuesta a sus reclamaciones; añadiendo posteriormente que se trata de facilitar una solución ágil y satisfactoria para el consumidor y que, desde el punto de vista del principio de efectividad, las medidas

no sólo facilitan en la práctica el restablecimiento de los derechos de los consumidores, sino que además dejan a salvo el derecho del consumidor a obtener una tutela judicial efectiva de su derecho ante los tribunales nacionales.

El artículo 3, al que se refiere la sentencia del Tribunal Supremo regula la reclamación previa que deben implantar las entidades de crédito. Si leemos detenidamente ese precepto resulta que las entidades deberán "*efectuar un cálculo de la cantidad a devolver y remitirle una comunicación al consumidor desglosando dicho cálculo; en ese desglose la entidad de crédito deberá incluir necesariamente las cantidades que correspondan en concepto de intereses*". El consumidor deberá manifestar si está de acuerdo con el cálculo. Si lo estuviera, la entidad de crédito acordará con el consumidor la devolución del efectivo. Si el consumidor no está de acuerdo con el cálculo de la cantidad a devolver efectuado por la entidad de crédito o rechaza la cantidad ofrecida se entenderá que el procedimiento extrajudicial ha concluido sin acuerdo.

Pues bien, de este precepto, invocado por el Tribunal Supremo como fundamento de la transparencia que debe presidir toda transacción, se impone a la entidad de crédito el deber de informar detalladamente al consumidor de las cantidades indebidamente percibidas como consecuencia de la aplicación de la cláusula suelo que limitó el tipo de interés. Esta información se puede presumir en aquellos casos en que, como el recogido en la referida sentencia del Alto Tribunal, el prestatario consumidor consiente de forma manuscrita la modificación de las condiciones en la cláusula suelo, pero no en aquellas donde el acuerdo novatorio es predispuesto unilateralmente por el banco, como sucede en el presente caso.

Entendemos así que este mismo requisito debe cumplirse en todo pacto novatorio de la cláusula de intereses para que pueda ser considerado como una transacción. De forma que no es suficiente con informar de las condiciones de la novación de forma clara y precisa en la oferta vinculante o en el propio contrato, si en el documento de novación -al que pretende darse valor de transacción- no hay ninguna referencia clara y precisa a la nulidad radical de la cláusula suelo inicialmente pactada y a las cantidades indebidamente percibidas por este concepto por la entidad bancaria o, al menos referencia a otros documentos en los que se

informó suficientemente de todo ello a los consumidores, salvo en los casos donde haya una declaración manuscrita por parte del prestatario consumidor.

Así las cosas, es preciso concluir que el documento de novación no reúne la suficiente transparencia en los términos anteriormente expuestos, ni reúne las condiciones de renuncia o concesión recíproca de ambas partes para poder ser considerado como una transacción, como pretende la entidad bancaria demandada. Motivos por los que, a la postre, procede desestimar el recurso de apelación interpuesto, confirmando íntegramente la sentencia de primera instancia.

CUARTO. - Costas.

La desestimación de los motivos de apelación interpuestos y la confirmación íntegra de la sentencia impugnada obliga a imponer las costas del mismo a la parte recurrente, de conformidad con el principio del vencimiento objetivo establecido en el artículo 398 LEC. También se declara la pérdida del depósito constituido al que se dará el destino legal.

El petitum subsidiario de no imposición de costas de la instancia, tampoco merece acogida, pues, las dudas de Derecho, por lo que se ha expuesto con anterioridad, en el presente caso, no se han suscitado, especialmente, una vez que la Sentencia del Tribunal Supremo nº. 205/2018 de 11 de abril ha fijado los requisitos y circunstancias en que se puede considerar que existe transacción, sin que los mismos concurren en el caso de la presente litis.

F A L L A M O S

Desestimando el recurso de apelación interpuesto por la entidad **BANCO CAJA DE ESPAÑA DE INVERSIONES, SALAMANCA Y SORIA, S.A.U.**, contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez núm. 9-bis de Salamanca, con fecha de 15 de enero de 2019, en los autos de Juicio Ordinario de los que el presente Rollo dimana, debemos confirmar y confirmamos la misma en todos sus

pronunciamientos, haciendo imposición de las costas de la alzada a la parte recurrente, con pérdida del depósito constituido.

Notifíquese la presente a las partes en legal forma y remítase testimonio de la misma, junto con los autos de su razón al Juzgado de procedencia para su cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.