

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1 SALAMANCA

SENTENCIA: 00214/2019

Modelo: N10250
GRAN VIA, 37-39

-

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

N.I.G. 37274 42 1 2017 0001922

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000472 /2018

Juzgado de procedencia: JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA.N.4 de SALAMANCA

Procedimiento de origen: ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000117 /2017

Recurrente: MARIA EUGENIA CORONADO MIGUEL, PAULO JORGE BORGES MOUSINHO
Procurador: LAURA URIARTE NIETO, LAURA URIARTE NIETO
Abogado: AITOR MARTÍN FERREIRA, AITOR MARTÍN FERREIRA
Recurrido: CAJA RURAL DE SALAMANCA
Procurador: MARIA JESUS HERNANDEZ GONZALEZ
Abogado: MAYRA PIEDAD REGIDOR MUÑOZ

S E N T E N C I A n° 214/2019

ILMO SR PRESIDENTE
DON JOSE RAMON GONZALEZ CLAVIJO
ILMOS SRES MAGISTRADOS
DON JOSE ANTONIO VEGA BRAVO
DON JUAN JACINTO GARCIA PEREZ
DOÑA MARIA DEL CARMEN BORJABAD
GARCIA
DON EUGENIO RUBIO GARCIA

En la ciudad de
Salamanca a veintitrés de
mayo del año dos mil
diecinueve.

La Audiencia Provincial de Salamanca ha visto en grado de apelación el procedimiento ORDINARIO N° 117/17 del Juzgado de Primera Instancia N° 4 de

Salamanca, Rollo de Sala N° 472/18; han sido partes en este recurso: como parte demandante apelante **Doña María Eugenia Coronado Miguel y Don Paulo Jorge Borges Mousinho** representado por la Procuradora Doña Laura Uriarte Nieto y bajo la dirección del letrado Don Aitor Martin Ferreira y como parte demandada apelada la entidad **Caja Rural de Salamanca, Sociedad Cooperativa de Crédito** representada por la Procuradora Doña María Jesús Hernández González y bajo la dirección de la letrada Doña Mayra Piedad Regidor Muñoz.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - Por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 4 de Salamanca, en los Autos núm.117/2017, con fecha 29 de mayo de 2018, se dictó sentencia cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

“DESESTIMANDO la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. Uriarte Nieto en nombre y representación de D. PAULO JORGE BORGES MOUSINHO y Dª MARIA EUGENIA CORONADO MIGUEL, contra la entidad financiera CAJA RURAL DE SALAMANCA, SOCIEDAD COOPERATIVA DE CREDITO, debo ABSOLVER a la demandada de todos los pedimentos contenidos en la demanda. Se condena a la actora al pago de las costas procesales causadas en esta instancia.”

SEGUNDO. - Frente a la anterior resolución y por el Procuradora Doña Laura Uriarte Nieto en nombre y representación de Doña María Eugenia Coronado Miguel y Don Paulo Jorge Borges Mousinho se interpuso del recurso de apelación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 459 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En dicho recurso solicitaba que se revoque la Sentencia nº 147/2018, de fecha 29 de mayo de 2.018, recurrida y en su lugar se dicte otra favorable a la parte recurrente, en los términos expresados en el suplico de nuestro escrito de demanda, en relación con los argumentos esgrimidos en el presente recurso. Asimismo, imponga a la parte

demandada/apelada a los intereses legales que correspondan, conforme a derecho, así como las costas de este pleito por ser preceptivas.

Dado traslado de dicho escrito a la representación jurídica de la parte contraria por la misma se presentó escrito en tiempo y forma oponiéndose y después de alegar las razones que tiene por conveniente, termina solicitando a la Sala, que se dicte Sentencia por la que desestime íntegramente las pretensiones deducidas de contrario en su recurso de apelación, desestimando íntegramente dicho recurso y en consecuencia, confirmando íntegramente la sentencia dictada por el juzgado de primera instancia nº 4 de Salamanca, con expresa condena en costas a la parte actora.

TERCERO. Recibidos los autos en esta Audiencia se formó el oportuno Rollo N.º 472/18 y se señaló para la **votación y fallo** del presente recurso de apelación, pasando los autos al Ilmo. Sr. Magistrado-Ponente para dictar sentencia.

Vistos, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado Don Eugenio Rubio García.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. El presente Recurso de Apelación, se interpone contra la sentencia dictada el 29 de mayo de 2018 en los autos de Juicio Ordinario 117/2017 sobre nulidad de cláusula de límites a la variación del tipo de interés aplicable, en préstamo hipotecario, seguido en el Juzgado de Primera Instancia nº 4 a que se refieren estas actuaciones, cuyo fallo figura en los antecedentes de esta resolución.

La sentencia de instancia desestima la demanda interpuesta sobre la base de que los demandantes conocían la existencia de la cláusula suelo y el actor no ostenta la condición de consumidor, por lo que no le es de aplicación la normativa especial de

protección de los consumidores y usuarios, por lo que es de aplicación el control de incorporación en su primer grado resulta plenamente aplicable; no así lo que el TS ha denominado "control de transparencia", limitado a los contratos con consumidores.

Contra esta argumentación se alega por la parte recurrente en primer lugar la condición de consumidor de la parte actora, y en consecuencia error en la valoración de la prueba, expone también que la cláusula no supera el doble control de transparencia e infracción del artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de costas.

SEGUNDO. Se alega por el recurrente como primer motivo error en la valoración de la prueba practicada, en relación a que los demandantes no ostentan la condición de consumidor.

En la ley 26/1984 de 19 de julio, General para la defensa de los Consumidores y Usuarios en su artículo 1.2 se decía se decía “. A los efectos de esta Ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden.

3. No tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes, sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros"

Posteriormente el RDL 1/2007, de 16 de noviembre, en su redacción inicial considera consumidor a "las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional", y finalmente -tras la reforma operada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo- se identifica con "las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o

profesión" y también " las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial."

Debemos reseñar que toda interpretación sobre este concepto debe referirse al artículo 2.b de la Directiva 1993/13/CEE, según la cual ha de entenderse por consumidor "toda persona física que, en los contratos regulados por la Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional" trayendo a colación la STJUE de 3 de septiembre de 2015 , que en relación con el contrato de préstamo concertado por un abogado para un propósito ajeno a la actividad de su despacho profesional, se afirma:

"... el artículo 2, letra b) de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que una persona física que ejerce la abogacía y celebra con un banco un contrato de crédito, sin que en él se precise el destino del crédito, puede considerarse consumidor con arreglo a la citada disposición cuando dicho contrato no esté vinculado a la actividad profesional del referido abogado. Carece de pertinencia al respecto el hecho de que el crédito nacido de tal contrato esté garantizado mediante una hipoteca contratada por dicha persona en su condición de representante de su bufete de abogado, la cual grava bienes destinados al ejercicio de la actividad profesional de esa persona, como un inmueble perteneciente al citado bufete".

En consecuencia, la clave está en atender al ámbito y propósito del acto, que será lo que determinará la condición de consumidor o de empresario. Es el destino del objeto del contrato a la actividad comercial, empresarial o profesional, lo que determina la no inclusión en el ámbito tuitivo de la normativa de protección de consumidores, como se deduce de la jurisprudencia.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 19 de enero de 2016 señala que en la práctica forense existe una especie de presunción, a falta de prueba sobre la cuestión, de la condición de consumidor de prestatarios personas físicas. Pero también que los hechos constitutivos de la pretensión deben ser acreditados por quien la ejercita, de forma que, si se ejercita una acción de nulidad

de condiciones generales por abusivas fundada en la condición de consumidor, y no acepta de contrario, debe acreditarse, sobre todo cuando del propio documento contractual se desprende el aparente destino profesional del préstamo"

Lo relevante es ese ámbito y propósito en el momento de celebrarse el contrato, no hipotéticos destinos o aplicaciones futuras, más o menos inciertas. Así la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2017 expone " Por lo que resulta claro que si el local cuyo precio se financiaba con el préstamo y que se ofrecía como garantía hipotecaria iba a ser dedicado a oficina, la intervención de los adquirentes no era como consumidores, puesto que se enmarcaba en una actividad profesional. Sin que ello pueda quedar contradicho por una mera hipótesis, como un incierto y futuro cambio de destino del local, ya que lo relevante es la finalidad en el momento de celebrarse el contrato".

Finalmente, no es incompatible con la condición de consumidor persona física el ánimo de lucro (STS 16 de enero de 2017, 20 de diciembre de 2017).

De todo cuanto se ha expuesto se ha de concluir que, como regla general, habrá que estar a la finalidad preponderante de la operación. Si el contratante actúa principalmente en el marco de su actividad profesional, sea desde un punto de vista cuantitativo o cualitativo, tendrá esta condición; si lo hace o destina el bien o servicio objeto del contrato a una actividad o propósito ajeno a su actividad profesional, se entenderá que actúa como consumidor.

Partiendo de esta doctrina esta Sala discrepa respetuosamente de las conclusiones a las que ha llegado la Magistrada de Instancia en relación al carácter de no consumidores de los demandantes por los siguientes motivos.

En la escritura original de fecha 20 de marzo de 2002, en la cual no se establece clausula suelo, se fija como capital del préstamo la cantidad de 114.192.30 euros y en esta misma escritura se señala que este mismo día en escritura con el numero anterior de protocolo se cancela hipoteca que gravaba la vivienda a favor de Caja de

Ahorro y Pensiones de Barcelona por importe de 117,097,36 euros. Es decir en la fecha de otorgamiento de la escritura de 20 de marzo de 2002, por el propio contenido de la escritura se deriva que el importe íntegro del préstamo se destino a cancelar la hipoteca anterior existente sobre la vivienda, por lo que la expresión contenida en la cláusula general séptimo “el importe del préstamo se destinara necesariamente a atenciones varias” no parece sino una cláusula de estilo que en ningún momento supone que el destino del dinero del préstamo se destinara a actividades mercantiles, máxime si tenemos en cuenta que el dinero concedido en este segundo préstamo es menor que la hipoteca solicitada solo dos años antes y que se tuvo que cancelar, y que según señala la parte demandada los actores solicitaron pólizas de crédito en el año 2006 y 2009 para la adquisición de participaciones sociales en la sociedad en que trabajaba, es decir varios años después de la formalizar el préstamo hipotecario del año 2002. Por este dado no puede tener valor probatorio las declaraciones testificales de Don José Domínguez Zarza y Don Francisco García Salinero en el sentido expresado por parte apelada en el folio 5 de su impugnación al recurso.

En la escritura de fecha 29 de septiembre de 2011, de ampliación y novación de préstamo hipotecario se amplía el préstamo concedido en la cantidad de 38.828,17 euros, se establece como nuevo plazo de vencimiento el 30 de septiembre de 2031, se fija como nuevo tipo de interés el Euribor más el 1,75% y se establece una clausula suelo “ En ningún caso el tipo de interés nominal anual resultante de cada variación podrá ser superior al doce por ciento ni inferior al cuatro como cincuenta por ciento”. También se señala que la fecha de ampliación del préstamo hipotecario resta por amortizar al mismo la cantidad de 83.171,83 euros.

Es decir, con independencia de que la ampliación del préstamo hipotecario o parte de dicha cantidad se destinara a actividad mercantiles del actor, resulta que dicha cantidad no supone ni el 50% del capital pendiente de amortizar de la hipoteca en el momento de ampliar la hipoteca, porcentaje que lógicamente disminuye si lo ponemos en relación con el importe del préstamo concedido en el año 2002. En este mismo sentido la declaración del testigo Don Francisco García Salinero que

reconoce que en el momento de la firma de la escritura de ampliación de préstamo hipotecaria quedaban por pagar unos 38.000 euros de las pólizas de crédito (min 31:48).

No se considera acreditado tal como mantiene la entidad financiera que el importe concedido para la hipoteca del año 2002, se destinara a actividades mercantiles de los actores, no solo porque como se ha señalado los inmuebles se encontraban grabados con una hipoteca a favor de Caja de Ahorros de Barcelona de importe superior al concedido por Caja Rural, sino porque las pólizas de crédito que constan en actuaciones son de los años 2006 y 2009 es decir de fecha posterior a la hipoteca del año 2002 y posteriormente cuando se amplía la hipoteca en el año 2011 se hace por una cantidad conforme a los señalado que no supone que el destino a la actividad mercantil sea preponderante.

Por otra parte no se puede considerar prueba suficiente la declaración testifical de Don José Domínguez Zara (min 5:55- 15:48), para acreditar la versión de los hechos de la entidad demandada, si tenemos en cuenta que según su propia declaración en el acto de la vista, no estuvo en la negociación de la hipoteca, fue director de la oficina durante los años 2004 a 2008 es decir no se encontraba presente en el momento de firmar ninguna de los dos escrituras de hipoteca e incluso manifiesta que no conocía que la finca se encontraba grabada con una hipoteca a favor de otra entidad financiera.

En el mismo sentido no se puede considerar suficiente la declaración de Don Francisco García Salinero (min 17:11 a 36:20) ya que llega a afirmar en un primer momento que el préstamo del año 2002 se concedió para adquirir participaciones sociales de su empresa (min 19:10), para después afirmar que se tuvo que cancelar la hipoteca existente con anterioridad, lo cual por lo expuesto en párrafos anteriores es incompatible atendiendo a la cuantía del préstamo concedido y al preexistente, máxime si tenemos en cuenta que el propio Don Francisco señala que los actores estaban muy descontentos con las condiciones del préstamo que tenían con la otra entidad financiera

En definitiva, podemos concluir que la finalidad preponderante de la operación hipotecaria era la financiación de la vivienda habitual, con independencia de que esta se hubiera adquirido ya, porque como se ha señalado en el momento de constituir la hipoteca del año 2002, solo habían transcurridos dos años y tres meses desde la constitución de la anterior hipoteca, y ninguna prueba objetiva se ha practicado para acreditar que dicha cantidad concedida en el año 2002 se destinó a activadas mercantiles. Por lo tanto, esta sala considera que los actores si actuaban como consumidores.

TERCERO. Atribuida por tanto la condición de consumidores a los demandantes se trata de analizar si la cláusula suelo cumple los presupuestos exigidos para considerarla una cláusula lícita.

Las cláusulas suelo deben superar el control de inclusión en el contrato (cómo se incorporan al contrato y si son claras) y además el control de transparencia cuando están incorporadas a contratos con consumidores (qué información se le dio al cliente tanto de forma previa como en el momento de la contratación, para determinar si era o no consciente de las consecuencias económicas y jurídicas de la inclusión de la cláusula en el contrato)

En la STS de fecha 9 de mayo de 2013 se recogen unos criterios esenciales que se traducen en las siguientes afirmaciones:

- 1) Las cláusulas suelo afectan al objeto principal del contrato en tanto forman parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario por el dinero que recibe;
- 2) El hecho de que se refieran al objeto principal del contrato en el que están insertadas no es obstáculo para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de la contratación, ya que ésta se define por el proceso seguido para su inclusión en el mismo;
- 3) La cláusula que fija un interés fijo mínimo en un contrato de préstamo puede por tanto ser una cláusula predispuesta, es decir, una condición general de la

contratación, siempre y cuando el consumidor no haya podido influir en su redacción o supresión;

4) La carga de la prueba de que la citada cláusula no es una condición general de la contratación, es decir, que no estaba prerredactada para una pluralidad de contratos, recae sobre el empresario cuando se trata de contratos con consumidores pues, en estos casos, se aplica la regla establecida en el artículo 82.2 TRLCU que dispone que "el empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba";

5) La imposición de una condición general de la contratación a los consumidores no constituye un hecho contractual ilícito, sino que son lícitas siempre que su transparencia permita al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos, pues corresponde a la iniciativa empresarial fijar el interés al que presta el dinero y diseñar la oferta comercial dentro de los límites fijados por el legislador;

6) El contenido del contrato relativo a su objeto principal y, por tanto, también lo concerniente al precio, no puede ser objeto de un control de contenido por la vía de la legislación de las condiciones generales de contratación, tal y como deriva del *artículo 4-2 de la Directiva 63/13/CE* ;

7) El control de transparencia en el caso de los contratos con consumidores se integra por el examen de la información suministrada por la entidad crediticia conforme a la OM de 5 de mayo de 1.994 (hoy la Orden EHA/2899/2.011, de 28 de octubre) y la garantía de que los adherentes conozcan o puedan conocer la carga económica que supone para ellos el contrato celebrado;

8) En este segundo examen, la transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su contenido y, en concreto, para impedir que se analice si se trata de condiciones abusivas, pues es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato, que queda al margen del ámbito de interpretación del Código Civil del error de vicio del consentimiento.

De lo expuesto se colige que la obligación de transparencia en las condiciones generales no se agota en el mero cumplimiento de los requisitos de incorporación, o en la redacción de una cláusula sin ambigüedades, sino que exige, además, en relación a los elementos esenciales, un plus de información que permita que el consumidor pueda adoptar su decisión con pleno conocimiento de causa.

El Tribunal Supremo señala que el control de transparencia excede el control de incorporación, al que se refiere la LCGC al tratar de la no incorporación y la nulidad de determinadas condiciones generales. La sentencia señala la exigencia de un control adicional que denomina doble filtro o control de transparencia adicional, en virtud del cual, aun habiendo superado los requisitos de incorporación, éstos pueden resultar ineficaces, señalando que la obligación de transparencia de este segundo filtro, tiene por objeto, "que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez la carga económica que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que se quiere obtener". La falta de transparencia se identifican con la defraudación de la expectativa sobre el precio, concretamente se hace referencia a la conversión en la práctica de un contrato de interés variable, en un contrato a interés fijo.

De esta forma, la cláusula suelo sería lícita si su alcance y consecuencias hubieran sido conocidas por el adherente. En este sentido, en el apartado séptimo del fallo de la sentencia de 9 mayo 2013 se enumeran una serie de circunstancias que han sido tomadas en cuenta para valorar el carácter abusivo de la cláusula suelo por un defecto de transparencia: a) la creación de la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable en el que las oscilaciones a la baja del índice de referencia, repercutirán en una disminución del precio del dinero; b) la falta de información suficiente de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato; c) la creación de la apariencia de que el suelo tiene como contraprestación inescindible la fijación de un techo; d) su ubicación entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del adherente; y e) la ausencia de simulaciones de escenarios diversos, relacionados

con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, en fase precontractual.

Expuestos estos principios de carácter general y examinado la documentación que constan en autos, así como la grabación de la vista audiovisual es necesario señalar que la cláusula no supera los controles señalados por los siguientes motivos.

- 1) No consta ninguna documentación previa a la firma de la escritura de fecha 29 de septiembre de 2011 en el que se acredite que dicha cláusula fue negociada o que los prestatarios tenían conocimiento de su existencia y mucho menos que tuviera conocimientos de las consecuencias económicas de la misma.
- 2) La cláusula en la escritura no aparece especialmente resaltada y se encuentra como apartado 5 dentro de la estipulación tercera /modificación del tipo de interés, bajo la denominación límites de fluctuación, donde incluso no se incorpora numéricamente dicho límite sino por letra, es decir cuatro como cincuenta por ciento, en vez de 4,50%, como sin embargo si se efectúa al principio de dicha estipulación tercera donde se hace referencia a que hasta el 30 de septiembre de 2012 devengara un tipo de interés de cuatro coma cincuenta por ciento nominal anual (4,50%), es decir contiene los dos grafismos, letras y números.
- 3) Es especialmente relevante que la escritura del año 2002, que es la escritura que es objeto de novación y ampliación no contenía clausula suelo, por lo que debió incrementarse el rigor por la entidad financiera para que los prestatarios comprendiera esta modificación.
- 4) Ejemplo de lo expuesto es el documento, incorporado a la escritura de 29 de septiembre de 2011 de la Jefa de inversiones de la entidad financiera donde se señala en su punto 1 “ que en fecha 29 de agosto de 2011 ha convencido una operación de aplicación y novación de préstamo con garantía hipotecaria D. Paulo Jorge Borges Mourinho y D^a Eugenia Coronado Miguel por importe de

38.828,17 euros siendo el nominal después de ampliación de 122.000 euros, a un tipo de interés de 4.50% y revisada anualmente a Euribor anual incrementado en 1.75 puntos, manteniéndose el resto de las condiciones establecidas en el protocolo 98/02 de 20 de marzo.....” Es decir, en este documento elaborado por Caja Rural el 26 de septiembre de 2011, se hace referencia a las modificaciones que se van a efectuar respecto a la primera hipoteca y en ningún momento se hace referencia a la existencia de la cláusula suelo.

Por todo lo expuesto la declaración en el acto de la vista del Notario Don Antonio Doral Álvarez (min 37:09-46:55) en la que manifiesta que explico a los prestatarios todas las cláusulas y les pregunto a los prestatarios si tenían alguna respondiendo estos negativamente no tiene fuerza suficiente para considerar que los demandantes efectivamente hubieran conocido y comprendido de forma efectiva la existencia y efectos de la cláusula suelo, ya que como hemos señalado en este concreto supuesto no consta que la entidad financiera cumpliera sus obligaciones respecto a este extremo.

No consta como se ha señalado propuesta de préstamo ni Ficha de Información Personalizada (FIPER) firmada por el prestamista y los clientes.

Expuesto todo lo anterior, tenemos que concluir que la denominada cláusula suelo no se incluyó en condiciones que pudo percibir el cliente su trascendencia, por lo que la misma debe ser declarada nula.

CUARTO. Expuesto lo anterior la siguiente cuestión se centra en determinar la valoración jurídica y consecuencias que deben otorgarse al contrato privado de novación que se suscribió entre la parte actora y la demandada el 20 de abril de 2016, y que precisamente tuvo por objeto la modificación de la cláusula cuya nulidad se pretende en la demanda iniciadora del procedimiento.

Consta documento redactado unilateralmente por Caja Rural de Salamanca que únicamente tiene tres puntos

I.- Que la parte prestataria es/ son titular/es del préstamo nº 3016 0174 38 1180482158 formalizado con fecha 20/03/ 2002.

II.- Que Caja Rural de Salamanca ha propuesto a los prestatarios la modificación del tipo de interés del préstamo anterior, eliminando el tipo de interés mínimo y máximo, quedando la operación a partir de la próxima cuota que se devengue con el Euribor + 1,75% de diferencial.

III. Que los titulares del préstamo aceptan la propuesta realizada y muestran su total conformidad con este acuerdo, dándose por conformes con las cantidades pagadas hasta la fecha.”

Esta Audiencia en numerosas sentencias ha venido señalando que una novación de este tipo no era posible fundamentándolo en esencia en que no se puede considerar que la negociación respecto a la modificación de la cláusula suelo existente haya sido una negociación libre y viene claramente afectada por la existencia de la cláusula en el contrato de préstamo hipotecario inicial, por lo que parece evidente que la intención de los prestatarios era reducir los efectos perniciosos de una cláusula que no debería haber existido por lo que no es posible la convalidación de la misma.

Sin embargo, en determinadas ocasiones y analizando en concreto cada supuesto, este criterio se ha modificado a la vista de la reciente Sentencia 205/2018 de Pleno del Tribunal Supremo de fecha 11 de abril de 2018, para determinar si nos encontramos no ante una mera novación y si ante una auténtica transacción.

En el presente caso esta Sala considera que no nos encontramos ante una transacción por los siguientes motivos:

El documento de abril de 2016 no supera el control de transparencia y de abusividad, pues se trata de un documento redactado por la entidad financiera que

adolece de falta de claridad, y ejemplo de ello es que se refiere al contrato de préstamo de 20 de marzo de 2002, que no contiene cláusula suelo y sin embargo omite el contrato de 29 de septiembre de 2011, en el que se incorpora dicha cláusula. Este único dato implica que el contenido de dicho contrato de abril de 2016 no fue explicado con la suficiente nitidez a los prestatarios a los efectos que los mismos prestaran un consentimiento válido e informado.

No se ha acreditado por ningún elemento de prueba que dicho documento de abril de 2016 haya sido objeto de una negociación, es más del escrito de Caja Rural de Salamanca de fecha 28 de febrero de 2017, contestación a la reclamación prejudicial efectuada a la entidad financiera, (documento nº 8 de la demanda) resulta que fue la entidad financiera quien propuso la realización de la modificación, lo que implica que los prestatarios no fueron los que se dirigieron a la entidad financiera, lo que resta credibilidad a la existencia de una negociación por parte de los mismos con pleno conocimiento de su situación, ya que resulta contrario a la lógica, que si los prestatarios hubieran sido realmente conscientes y conocedores 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 solo la eliminación de la cláusula suelo para ellos, ya que en realidad el tipo de interés que venían pagando se mantiene (Índice de referencia +1,75%).

En conclusión, en dicho documento no existe ningún tipo de reciprocidad, tal como ya se señaló por esta Audiencia en Sentencia de 26 de abril de 2018 (ponente Don José Antonio Vega Bravo) “pues no podemos llegar a vislumbrar qué es lo que el banco hubiera podido reclamar al consumidor por razón de haber introducido en su día esa " cláusula suelo" (abusiva, nula) que se le estaba aplicando al consumidor implacablemente hasta ese momento y que este venía pagando puntualmente”

Por tanto, nos encontramos por una parte con que no se ha acreditado que los consumidores sean conscientes de la existencia de la cláusula suelo y sus efectos, que no consta negociación previa, ni información de sus posibilidades y por otra

parte que nos encontramos ante un documento redactado unilateralmente y en el que no se hace mención de que el consumidor conociera sus derechos en relación con la cláusula suelo, que se le hubiera explicado las consecuencias de dicha novación.

Por todo lo expuesto no puede darse al documento de 20 de abril de 2016, el valor de transacción, al no haberse acreditado el cumplimiento exacto de las obligaciones impuestas a las entidades bancarias en cuanto al deber de información y transparencia absoluta, para que el consumidor tenga un cumplido conocimiento de las consecuencias jurídicas y económicas de la firma de este contrato de novación, máximo cuando en el mismo no se hace referencia como se ha expuesto al contrato donde si existe la cláusula suelo.

La consecuencia de ello es que, si la cláusula suelo inicial que es nula de pleno derecho, no puede quedar convalidada por el documento novatorio, al cual se extiende por ende el efecto de la nulidad no sanable. En este sentido, el artículo 1208 del Código Civil establece la nulidad de la obligación nueva si la novada también lo fuera.

Por todo lo expuesto debe prosperar el recurso de apelación interpuesto y en consecuencia procede declarar la nulidad de la cláusula limitativa de la variación del tipo de interés contenida en la escritura de ampliación y novación de préstamo con garantía hipotecaria de 29 de septiembre de 2011 y como consecuencia de ellos se condena a la entidad 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 a restituir a la actora las cantidades indebidamente cobradas en virtud de la cláusula declarada nula desde el día 29 de septiembre de 2011, en que tuvo lugar su celebración hasta que se dejó de aplicar la misma.

QUINTO. La estimación del recurso, revocación de la sentencia de instancia y estimación de la demanda determina que en materia de costas procesales se

impongan las causadas en la primera instancia al demandado y que no se haga especial pronunciamiento de condena en las causadas por esta apelación, conforme a lo señalado en los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

FALLAMOS

QUE ESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por el Procuradora Doña Laura Uriarte Nieto en nombre y representación de Doña María Eugenia Coronado Miguel y Don Paulo Jorge Borges Mousinho contra la sentencia dictada por la Magistrada- Juez del Juzgado de 1ª Instancia núm. 4 de Salamanca de fecha 29 de mayo de 2018 y en consecuencia debemos revocar y revocamos dicha resolución dejándola sin efecto y en su lugar estimando la demanda formulada por los actores, procede declarar la nulidad de la cláusula limitativa de la variación del tipo de interés contenida en la escritura de ampliación y novación de préstamo con garantía hipotecaria de 29 de septiembre de 2011 y como consecuencia de ellos se condena a la entidad “Caja Rural de Salamanca, Sociedad Cooperativa de Crédito” 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 a restituir a la actora las cantidades indebidamente cobradas en virtud de la cláusula declarada nula desde el día 29 de septiembre de 2011 , en que tuvo lugar su celebración hasta que se dejó de aplicar la misma, todo ello con expresa imposición de costas de primera instancia a la entidad demandada.

No procede efectuar imposición de costas de esta alzada.

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 perjuicio, cuando proceda.

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