

AUD. PROVINCIAL SECCION N. 1
SALAMANCA

SENTENCIA: 00378/2020
Modelo: N10250
GRAN VIA, 37-39

-

Teléfono: 923.12.67.20 Fax: 923.26.07.34

Correo electrónico:

Equipo/usuario: VSJ

N.I.G.

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

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

Procedimiento de origen: ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO XXX /2018

Recurrente:

Procurador:

Abogado:

Recurrido:

Procurador:

Abogado: JESUS ANGEL LORENZO GONZALEZ, JESUS ANGEL LORENZO GONZALEZ

SENTENCIA nº 378/2020

En la ciudad de Salamanca a veinticuatro de agosto del año dos mil veinte.

La Audiencia Provincial de Salamanca, ha visto en grado de apelación el Juicio de Procedimiento Ordinario Nº XXX/2018 del Juzgado de Primera Instancia Nº 9 de Salamanca, **Rollo de Sala Nº XXX/2019**; han sido partes en este recurso: como demandantes apeladas **DOÑA XXX y DON XXX**, representados por la Procuradora Doña XXX, bajo la dirección del Letrado Don JESUS ANGEL LORENZO GONZALEZ y; como demandado apelante **BANCO**, representado por la Procuradora Doña XXX, bajo la dirección del Letrado Don XXX.

ANTECEDENTES DE HECHO

1º.- El día XX de septiembre de dos mil diecinueve, por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de 1ª Instancia Nº 9 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. XXX en nombre y representación de Dª. XXX y D. XXX, contra BANCO, representada por la Procuradora de los Tribunales Dª. XXX, debo declarar y declaro la nulidad de la cláusula limitativa de la variación del tipo de interés prevista en la escritura de préstamo hipotecario otorgada por las partes el día X de noviembre de 2010 y del acuerdo de modificación de condiciones concertado el día XX de marzo de 2016, 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 a restituir a la actora las cantidades indebidamente cobradas en virtud de la cláusula declarada nula desde el día X de noviembre de 2010, 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 demandada y presentado escrito hizo las alegaciones que estimó oportunas en defensa de sus pretensiones en el que se invocan como motivos del recurso: improcedencia de la declaración de nulidad de la cláusula que limita el tipo de interés al haberse pactado de forma libre y voluntaria en la escritura de novación de XX de marzo de 2016, conociendo perfectamente los consumidores el contenido y efectos de la cláusula, con indebida imposición de las costas; para terminar suplicando que se dicte Sentencia por la que se estime el recurso de apelación interpuesto por esta parte, 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 que, desestimando íntegramente el Recurso de Apelación presentado, mantenga el pronunciamiento de la Sentencia 862/2019 de 4 de septiembre, con expresa condena en costas a la parte recurrente.

3º.- Recibidos los autos en esta Audiencia, se formó el oportuno rollo, señalándose para la **deliberación, votación y fallo** del recurso el día XX de agosto 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 XXX**.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. Pretensiones de las partes y sentencia de instancia.

1. La representación de XXX y XXX interpone demanda frente a banco ejercitando la pretensión de declaración de nulidad de la cláusula suelo o de limitación del tipo de interés pactado en escritura pública de, y que pasó X de noviembre de 2010 y del acuerdo privado de modificación de condiciones financieras de XX de marzo de 2016.
2. La entidad bancaria demandada se opone las pretensiones de los actores entendiendo que la negociación de las cláusulas fue consentida por los consumidores, previamente informados y superando los controles de incorporación y transparencia, a lo que se une el hecho de que, también de forma libre y voluntaria, aceptasen la modificación de la denominada cláusula suelo por acuerdo de XX de marzo de 2016.
3. La sentencia de instancia de 4 de setiembre de 2019 declara la nulidad de la cláusula suelo incorporada a la escritura pública así como y condena en costas a la entidad bancaria demanda.

SEGUNDO. Nulidad de la cláusula suelo incorporada al escrito de novación e interpretación de la Directiva 93/13 por el TJUE.

4. 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.

5. La sentencia de esta Audiencia Provincial el 29 de septiembre de 2017, en la que se daba valor de transacción al escrito de novación firmado entre las partes, constituye una excepción, ya que este mismo tribunal, que con anterioridad a dicha sentencia, en otras de 20 de marzo de 2017 (ECLI:ES:APSA:2017:155) y 11 de septiembre de 2017 (ECLI:ES:APSA:2017:486), mantenía criterio contrario, rectificó ese pronunciamiento en otras muchas resoluciones, entre las que podemos citar las de SAP Salamanca, a 06 de noviembre de 2017 - ROJ: SAP SA 593/2017, ECLI:ES:APSA:2017:593; AAP Salamanca, a 21 de diciembre de 2017 - ROJ: AAP SA 588/2017, ECLI:ES:APSA:2017:588^a; SAP Salamanca, a 23 de febrero de 2018 - ROJ: SAP SA 146/2018, ECLI:ES:APSA:2018:146; SAP Salamanca, a 27 de febrero de 2018 - ROJ: SAP SA 100/2018, ECLI:ES:APSA:2018:100; SAP Salamanca, a 02 de marzo de 2018 - ROJ: SAP SA 97/2018, ECLI:ES:APSA:2018:97 -; SAP Salamanca, a 08 de marzo de 2018 - ROJ: SAP SA 145/2018, ECLI:ES:APSA:2018:145, SAP Salamanca, a 26 de marzo de 2018 - ROJ: SAP SA 160/2018, ECLI:ES:APSA:2018:160; SAP Salamanca, a 28 de marzo de 2018 - ROJ: SAP SA 162/2018, ECLI:ES:APSA:2018:162; SAP Salamanca, a 12 de abril de 2018 - ROJ: SAP SA 218/2018, ECLI:ES:APSA:2018:218 ; SAP Salamanca, a 26 de abril de 2018 - ROJ: SAP SA 230/2018, ECLI:ES:APSA:2018:230, y SAP Salamanca, a 17 de mayo de 2018 - ROJ: SAP SA 290/2018, ECLI:ES:APSA:2018:290.

6. La doctrina es reiteradamente seguida por este Tribunal en las sentencias a las que hemos hecho referencia, y que permite diferenciar los diferentes supuestos que se presentan, de manera que, en algunos casos, se ha declarado la validez del acuerdo de novación o transacción celebrada entre las partes, cuando, se ha podido constatar, en virtud de la prueba practicada, que los consumidores o usuarios de los servicios bancarios habían sido convenientemente informados de la existencia de cláusulas abusivas en la escritura pública, en que las consecuencias de la existencia de dicha cláusula, y de la posibilidad de llevar a cabo una negociación libremente consentirá ir y suficientemente informada, de forma que, las nuevas condiciones, fueron asumidas con pleno conocimiento de su existencia y de las consecuencias jurídicas y económicas de la misma, tal y como venía exigiendo la jurisprudencia de forma reiterada, y en concreto la del TJUE.

7. La reciente sentencia del TJUE de fecha 9 de julio de 2020, dictada en el asunto C-452/18, XZ e Ibercaja Banco SA (ECLI:EU:C:2020:536), confirma el planteamiento de que es necesario proceder por el juez de instancia a analizar si el contrato de novación celebrado entre el concesionario el consumidor, mediante el cual este último renuncia a los efectos que pudieran derivarse de la eventual declaración del carácter abusivo de una cláusula introducida en un contrato, es conforme a la Directiva 93/13, siempre que la renuncia proceda de un consentimiento libre e informado por parte del consumidor.

8. Al responder a la segunda cuestión prejudicial planteada por el juez nacional, la citada sentencia del TJUE realizar las siguientes consideraciones: *32 Debe recordarse que, en virtud del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13, el control del carácter abusivo de una cláusula de un contrato celebrado entre un profesional*

y un consumidor se ejerce sobre las cláusulas que no se hayan negociado individualmente.

9. 33 El artículo 3, apartado 2, de la misma Directiva precisa que se considerará 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, Šiba, C-537/13, EU:C:2015:14, apartado 31).

10. 34 Pues bien, 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. La circunstancia de que la nueva cláusula tenga por objeto modificar una cláusula anterior que no ha sido negociada individualmente no exime por sí sola al juez nacional de su obligación de comprobar si el consumidor ha podido efectivamente influir, en el sentido del artículo 3, apartado 2, de la Directiva 93/13, sobre el contenido de esta nueva cláusula.

11. 35 En el asunto objeto del litigio principal, incumbe al juzgado remitente tomar en consideración el conjunto de las circunstancias en las que tal cláusula fue presentada al consumidor para determinar si este pudo influir en su contenido.

12. 36 En el presente caso, 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».

13. 37 Lo mismo cabe decir respecto del hecho de que, según indica el juzgado remitente, la entidad bancaria no facilitara a XZ una copia del contrato y tampoco le permitió que se lo llevara consigo para que pudiera tener conocimiento del mismo.

14. 38 En cualquier caso, la circunstancia de que XZ introdujera antes de su firma en el contrato de novación la mención, escrita de su puño y letra, en la que indicaba que comprendía el mecanismo de la cláusula «suelo» no permite por sí sola concluir que esa cláusula fue negociada individualmente y que el consumidor pudo efectivamente influir en el contenido de la misma.

15. 39 De las anteriores consideraciones resulta que ha de responderse a la segunda cuestión prejudicial que el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que cabe considerar que la propia cláusula de un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, con el fin de modificar una cláusula potencialmente abusiva de un contrato anterior celebrado entre ambos o de determinar las consecuencias del carácter abusivo de la misma, no ha sido negociada individualmente y puede, en su caso, ser declarada abusiva.

16. Más adelante, y al referirse a la interpretación que debe darse a la transparencia que ese sea posible al profesional que celebra un contrato de préstamo hipotecario con un consumidor, en el que se establece un tipo de interés

variable y una cláusula “suelo”, el TJUE afirma: 41 “Con arreglo al artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13, las cláusulas de los contratos celebrados entre un profesional y un consumidor que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas cuando, contrariamente a las exigencias de la buena fe, causen en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.

17. 42 En virtud del artículo 4, apartado 2, de la citada Directiva, la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas de ese tipo de contratos no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre el precio y la retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten «de manera clara y comprensible».

18. 43 El artículo 5 de la misma Directiva dispone, además, que cuando todas las cláusulas de los contratos en cuestión propuestas al consumidor o algunas de ellas consten por escrito, tales cláusulas deberán estar redactadas siempre «de forma clara y comprensible».

19. 44 De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia resulta que la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales a la que se refieren los artículos 4, apartado 2, y 5 de la Directiva 93/13 no puede reducirse exclusivamente al carácter comprensible en un plano formal y gramatical de la cláusula de que se trate. Toda vez que el sistema de protección establecido por dicha Directiva se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional en lo relativo, en particular, al nivel de información, la mencionada exigencia de redacción clara y comprensible de las cláusulas contractuales y, por tanto, de transparencia, a que obliga la propia Directiva, debe interpretarse de manera extensiva (sentencia de 3 de marzo de 2020, Gómez del Moral Guasch, C-125/18, EU:C:2020:138, apartado 50).

20. 45 Por consiguiente, la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender también como una obligación de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula de que se trate, así como, en su caso, la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas, de manera que el consumidor esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él (sentencia de 20 de septiembre de 2017, Andriuc y otros, C-186/16, EU:C:2017:703, apartado 45).

21. 46 Por lo que se refiere a los contratos de préstamo hipotecario, corresponde al juez nacional llevar a cabo las comprobaciones necesarias a este respecto, a la vista de todos los elementos de hecho pertinentes, entre los que figuran la publicidad y la información proporcionadas por el prestamista en el marco de la negociación de un contrato. Más concretamente, incumbe al juez nacional, al tener en cuenta el conjunto de circunstancias que rodearon la celebración del contrato, verificar que se hubieran comunicado al consumidor todos los elementos que pueden incidir en el alcance de su compromiso, permitiéndole evaluar, en particular, el coste total de su préstamo. Desempeñan un papel decisivo en tal apreciación, por una parte, la cuestión de si las cláusulas están redactadas de forma clara y comprensible, de manera que permitan a un consumidor medio evaluar tal coste y, por otra parte, la falta de mención en el contrato de préstamo de la información que se considere esencial a la vista de la naturaleza de los

bienes o de los servicios que son objeto de dicho contrato (sentencia de 3 de marzo de 2020, Gómez del Moral Guasch, C-125/18, EU:C:2020:138, apartado 52).

22. 47 En particular, reviste una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. El consumidor decide si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional basándose principalmente en esa información (sentencia de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, EU:C:2016:980, apartado 50 y jurisprudencia citada).

23. 48 Asimismo, la apreciación del carácter abusivo de una cláusula contractual debe realizarse en relación con el momento de la celebración del contrato en cuestión, teniendo en cuenta el conjunto de las circunstancias que el profesional podía conocer en ese momento y que podían influir en la ulterior ejecución del contrato, ya que una cláusula contractual puede entrañar un desequilibrio entre las partes que únicamente se manifieste mientras se ejecuta el contrato (sentencia de 20 de septiembre de 2017, Andriuc y otros, C-186/16, EU:C:2017:703, apartado 54).

24. 49 En consecuencia, debe apreciarse si el profesional ha observado la exigencia de transparencia contemplada en el artículo 4, apartado 2, y en el artículo 5 de la Directiva 93/13 tomando como referencia los elementos de que disponía en la fecha en que celebró el contrato con el consumidor.

25. 50 Por lo que respecta, en particular, a una cláusula «suelo» estipulada en un contrato de préstamo con tipo de interés variable, procede hacer constar que las repercusiones económicas de un mecanismo por el que se establece un límite inferior a las fluctuaciones del tipo de interés dependen necesariamente de la evolución del índice de referencia a partir del cual se calcula ese tipo.

26. 51 En estas circunstancias, 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).

27. 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.

28. 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).

29. 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.

30. 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.

31. 56 De las anteriores consideraciones resulta que ha de responderse a la cuarta cuestión prejudicial que 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.

TERCERO. Aplicación de la doctrina el presente supuesto en relación con la STS de 11 de abril de 2018.

32. En el presente caso, podría pensarse, en principio, y siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo en sentencia de 11 de abril de 2018 que nos encontramos no ante una mera novación, sino ante una auténtica transacción pero debemos analizar con detenimiento esta figura jurídica a la que alude la citada sentencia.

33. 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 del CC).

34. No deja de sorprender que un consumidor, realmente consciente y conocedor 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 no la eliminación de la cláusula suelo, sino la suspensión temporal de la misma sin reintegro de cantidad alguna.

35. La única renuncia efectiva y real contemplada en esa cláusula del documento novatorio, se impone solo al consumidor, que es el único que renuncia con patente falta de reciprocidad.

36. En conclusión, se trató de una renuncia por el consumidor, redactada de forma poco transparente y sin conocimiento por parte del consumidor de la nulidad radical que aquejaba la cláusula suelo pactada inicialmente en el contrato.

37. Conforme al tenor del documento suscrito, podemos pensar que este partía de la validez de la "cláusula suelo" inicial del contrato, admitiendo una suerte de teoría del mal menor.

38. Cuando se produce la novación, se parte siempre por el Banco de la "cláusula suelo" como de algo válido; 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 a los que hoy nos ocupan; y a que eran infinidad los pronunciamientos de los tribunales a lo largo de todo el país en ese mismo sentido).

39. De otro lado, debemos adicionar que en el ámbito del derecho de consumo, el artículo 10 del TRLGDCU prohíbe la renuncia previa a los derechos de los consumidores y la posterior realizada en fraude de los derechos de los mismos, y así lo ha venido considerar la citada sentencia del TJUE en el 9 de julio de 2020, cuando afirma que **la cláusula mediante la que el mismo consumidor 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.**

40. Conforme al artículo 6.2 del Código Civil una renuncia no es válida si contraría el interés o el orden público o perjudica a terceros.

41. Por su parte, el artículo 6.3 del Código Civil establece la nulidad de pleno derecho de los actos contrarios a normas imperativas o prohibitivas. Por consiguiente, en la medida en que una renuncia como la estipulada es contraria a una disposición legal imperativa, tuitiva de los consumidores, como es el artículo 10 del TRLGDCU, no es válida.

42. A ello se añade que el artículo 8, incisos b) y f) del TRLGDCU, establece la protección de los derechos de los consumidores frente a cláusulas abusivas e impone su protección mediante procedimientos eficaces para suplir la situación de subordinación, desigualdad e indefensión de estos respecto a los profesionales.

43. Y que en el ámbito de la Directiva de protección a los consumidores, el artículo 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 (STJUE de 21 de diciembre de 2016 y de 30 de mayo de 2013, apartado 44).

44. Esto es, la no vinculación de las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional es una imposición del Derecho Comunitario a los estados miembros.

45. Así el Tribunal Supremo distingue la sentencia 558/2017, de 16 de octubre, del caso que analiza en la de 11 de abril de 2018 lo, 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 separar el suelo al previsto para otros compradores de la misma promoción”.

46. 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.

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

48. 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 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 en la judicialización de la controversia.

49. 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 que la formación y prestación del consentimiento en la transacción no se produce como en cualquier otro contrato, pese a la redacción expresa del art. 1817 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.

50. Continúa afirmando la sentencia que estas mismas consideraciones resultan de aplicación respecto de la transacción, 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.

51. Continúa afirmando el Tribunal Supremo que es preciso comprobar que se han cumplido 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.

52. Debe tenerse en cuenta que en la sentencia citada 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 permitir la constatación de su propia existencia y a resultar su contenido.

53. El TJUE advierte que el juicio de transparencia en cada caso debe realizarse atendiendo las circunstancias concurrentes, y en este caso hay que comprobar si los clientes consumidores conocía los términos de la transacción y las implicaciones económicas y jurídicas que suponía.

54. Por lo tanto, es fácil comprobar que la sentencia 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 y, es especialmente significativo el hecho de que se remita a lo dispuesto en el RDL 1/2017, en general, y en particular a su artículo 3.

55. La exposición de motivos del RDL lo que pretende es una intervención y regulación mínima que de 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 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.

56. El artículo 3, al que se refiere la sentencia del TS regula la reclamación previa que deben implantar las entidades de crédito, y 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.

57. En el presente caso, hay que tener en cuenta que el documento en el que fundamenta la entidad financiera apelante en su recurso, denominado de “revisión de condiciones financieras de préstamos vigentes”, y de fecha XX de marzo de 2016, es un impreso elaborado por el banco y simplemente firmado por los usuarios de los servicios financieros, en el que, tras la referencia a la operación llevada a cabo en el año 2010 y a la fecha de solicitud de las condiciones, el XX de marzo de 2016, y tras identificar a los intervinientes, en unas casillas se hace referencia a las condiciones financieras vigentes, en la que consta como tipo de interés actual el 2%, periodicidad de las revisiones un año, índice de referencia “Euribor doce meses media penulti”, diferencial 0,750 y tipo mínimo 2.000.

58. De entrada, ya esta descripción de las condiciones financieras vigentes, es poco esclarecedora para los consumidores, pues se sigue citando un índice de referencia, con revisiones anuales, que era inaplicable.

59. A continuación, de nuevo en unas casillas, constan las modificaciones, que se limitan a tipo de interés: 1,750% y periodo de vigencia desde el 6 de abril de 2016 hasta el 6 de noviembre de 2019. La información, es también sumamente sucinta, y además, y aun siendo consciente la entidad financiera de la sistemática declaración de nulidad de las cláusulas suelo, salvo supuestos excepcionales en los que se acredita la información suficiente al consumidor sobre su existencia y consecuencias jurídicas y económicas de la misma, procede a introducir en el escrito unilateralmente redactado una modificación del tipo de interés limitada en el tiempo, cuando la fecha de vencimiento del préstamo hipotecario es el 5 de noviembre de 2035.

60. En el apartado relativo a las condiciones de la modificación, en ningún momento se hace referencia a que los prestatarios conozcan realmente las condiciones financieras vigentes del préstamo y, en concreto, el efecto que produce en su situación económica la aplicación de un tipo mínimo o cláusula suelo y las cantidades percibidas por la entidad bancaria como consecuencia de la aplicación de esta cláusula desde el momento de constitución del préstamo el X de noviembre de 2010.

61. Solo, en el caso de que los prestatarios conociesen las cantidades indebidamente percibidas por la entidad bancaria, podríamos hablar, y que tienen un conocimiento completo de las consecuencias jurídicas y económicas de la introducción de la citada cláusula, sin haber sido tan poco informados de la nulidad posible de la misma y obligación de la entidad bancaria de devolver ese dinero, y menos aún aceptar un periodo de vigencia de la limitación del tipo de interés al 1,750% durante un periodo de algo más de tres años, de manera que durante otros dieciséis años se veían obligados a seguir abonando los intereses según el tipo mínimo pactado en el año 2010.

62. Es decir, del escrito de revisión de condiciones financieras, y sin que haya practicado ninguna otra prueba por la entidad bancaria que acredite el perfecto conocimiento por los consumidores de los términos de la escritura de préstamo hipotecario y de las consecuencias de la novación, los términos exigidos por la jurisprudencia del TJUE, procede declarar la nulidad de dicha revisión, en los términos efectuado por la sentencia de instancia puesto que es evidente que el documento de novación no reúne la suficiente transparencia en los términos anteriormente expuestos y, por lo tanto, no puede tener el valor de transacción pretendido por la entidad bancaria demandada.

63. Por todo ello, procede desestimar el recurso de apelación interpuesto confirmando íntegramente la sentencia de instancia, haciendo nuestros íntegramente los argumentos de la sentencia de instancia en relación con la falta de transparencia y debida información a los consumidores en la existencia de la cláusula suelo en el contrato de préstamo hipotecario originario y de las implicaciones económicas de dicha cláusula.

CUARTO. Costas.

64. La desestimación del recurso apelación interpuesto obliga a imponer las costas del mismo a la parte recurrente, de conformidad con lo establecido en el artículo 398 LEC.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y en virtud de los poderes constitucionalmente conferidos por el pueblo español.

FALLAMOS

Desestimando el recurso de apelación interpuesto por la legal representación de **BANCO**, contra la sentencia de 4 de septiembre de 2019, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez de 1ª Instancia nº 9 de Salamanca, en los autos de Juicio de Procedimiento Ordinario XXX/2018 de los que dimana este rollo, debemos confirmar y confirmamos la misma en todo su contenido, con expresa condena en costas de esta alzada a la parte apelante.

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,