

AUDIENCIA PROVINCIAL DE GRANADA
SECCIÓN TERCERA
RECURSO DE APELACIÓN N° 1297/2019
JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N° 9 BIS DE GRANADA
ASUNTO: JUICIO ORDINARIO N° 2884/2017
PONENTE SR. PINAZO TOBES.-

S E N T E N C I A N° 241

ILTMOS/A. SRES/A.
PRESIDENTE
D. JOSÉ LUIS LÓPEZ FUENTES
MAGISTRADO/A
D. ENRIQUE PINAZO TOBES
Dª ANGÉLICA AGUADO MAESTRO

Granada a 11 de mayo de 2020.

La Sección Tercera de esta Audiencia Provincial ha visto el recurso de apelación n° 1297/2019, en los autos de juicio ordinario n° 2884/2017, del Juzgado de Primera Instancia n° 9 bis de Granada, seguidos en virtud de demanda de **XXXXXXXXXX** representados por la procuradora doña M^a Isabel Martínez Hernández y defendidos por el letrado don Juan Medina Sierra; contra **Bankia, S.A.**, representado por el procurador don José Cecilio Castillo González y defendido por la letrada doña Yolanda López-Casero de la Torre.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Por el mencionado Juzgado se dictó sentencia en fecha 31 de julio de 2019, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

“Que ESTIMANDO PARCIALMENTE la demanda interpuesta por XXXXXXXXXXXX frente a la entidad BANKIA, S.A., debo DECLARAR Y DECLARO la nulidad de la cláusula suelo que figura en la cláusula financiera D), relativa a los intereses ordinarios, contenida en la escritura de préstamo con garantía hipotecaria de fecha de 8 de octubre de 2004, otorgada ante el Ilustre Notario Don Luis Serrano Lorca con protocolo n° 2212, debiendo tenerla por no puesta, y debo CONDENAR Y CONDENO a la entidad demandada a restituir a los actores las cantidades cobradas en exceso en concepto de intereses ordinarios en aplicación de la cláusula suelo, en la cantidad que se determinará en ejecución de sentencia, desde la fecha en que comenzó a aplicarse la cláusula suelo hasta la fecha en que la misma dejó de aplicarse, más los intereses legales correspondientes desde la fecha de cada cobro hasta el total pago.

Que debo DECLARAR Y DECLARO la nulidad parcial de la cláusula financiera G), relativa a los gastos, contenida en la escritura de préstamo con garantía hipotecaria de fecha de 8 de octubre de 2004, otorgada ante el Ilustre Notario Don Luis Serrano Lorca con protocolo n° 2212, debiendo tenerla por no puesta en la parte a que afecta la nulidad, y debo CONDENAR Y CONDENO a la demandada a la devolución a los actores de la cantidad de

244,52 euros, más los intereses legales devengados desde la fecha de cada cobro hasta el total pago.

Que debo ABSOLVER Y ABSUELVO a la demandada de los restantes pedimentos efectuados en su contra.

Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad ”.

SEGUNDO: Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por ambas partes mediante su escrito motivado, oponiéndose cada una de ellas al recuso de la contraria. Una vez remitidas las actuaciones a la Audiencia Provincial, fueron turnadas a esta Sección Tercera el pasado día 28 de noviembre de 2019 y formado rollo, por la representación de la parte actora se solicitó las suspensión del procedimiento por prejudicialidad civil, dictándose auto en fecha 3 de febrero de 2020 por el que se acordaba denegar dicha petición, por providencia de fecha 25 de febrero de 2020 se señaló para votación y fallo el día 16 de julio de 2020 con arreglo al orden establecido para estas apelaciones. En fecha 4 de mayo de 2020 se suspendió dicho señalamiento, señalándose nuevamente en virtud de lo dispuesto por el Acuerdo de la Comisión Permanente de CGPJ de 13 de abril de 2020, para el día 7 de mayo de 2020.

Siendo Ponente el Iltmo. Sr. Magistrado D. Enrique Pinazo Tobes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Contrato de 13 de julio de 2015.

La mera existencia de un pacto para la supresión de la cláusula suelo, que ni siquiera es de novación de tal cláusula, no impide que pueda declararse la nulidad de pleno derecho de la estipulación inicial.

Mención aparte merece el contenido de la primera estipulación del contrato de 2015 que no cuestiona la entidad financiera profesional que fuese redactado por ella, empleando también condiciones estereotipadas, dirigidas a ser empleadas en una pluralidad de contratos, teniendo carácter contractual la última declaración, tal como se desprende de los efectos jurídicos que la entidad profesional pretende obtener de ella.

Fácilmente podemos apreciar, como hemos señalado en nuestras sentencias de 22 de enero y 22 de febrero de 2018, y en múltiples resoluciones, como sobradamente conoce la impugnante, no solo la introducción sorpresiva del último inciso de la estipulación, sino también que no tiene por objeto solucionar ninguna controversia litigiosa entre las partes.

Respecto del pacto que nos ocupa, alcanzado en 2015, no podemos apreciar que estemos ante una transacción, sino ante una mera novación del tipo de interés. Esta distinción, STS 11 de abril de 2018, *“tiene gran relevancia en*

relación con el juicio sobre su validez”, sin que podamos apreciar aquí que la novación forme parte de un acuerdo transaccional.

Como establece el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 11 de abril de 2018, dando validez a la transacción, *“Lo que distingue la sentencia 558/2017, de 16 de octubre, del presente caso es que en el caso objeto de aquella sentencia no se apreció la voluntad de realizar concesiones recíprocas para evitar el pleito”*.

Como señala expresamente la STS de 11 de abril de 2018, *“Ahora bien, por el modo predispuesto en que se ha propuesto y aceptado la transacción es preciso comprobar, también de oficio, que se hayan 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: que se reducía el límite mínimo del interés al 2,25% y que no se discutiría la validez de las cláusulas suelo contenidas en el contrato originario.”*

El cumplimiento del deber de transparencia, que el Tribunal Supremo examina en su sentencia de 11 de abril de 2018, en la situación sometida a su enjuiciamiento, *“en este caso”*, no solo viene determinada por un determinado contexto temporal en que, por la difusión en la opinión pública general de la sentencia de 9 de mayo de 2013, era notoriamente conocida la existencia de estas cláusulas suelo y su incidencia en la determinación del interés variable aplicable al préstamo, pudiendo ser nulas cuando no se hubieran cumplido las exigencias de transparencia, sino que exige además que *“los clientes aceptan la propuesta del banco de impedir futuras controversias judiciales al respecto”*, sin expresarse en nuestro caso nada respecto a este último requisito.

En nuestro caso, las partes las partes no *“conviene realizar concesiones recíprocas y alcanzar un acuerdo que convierta la incertidumbre en seguridad”* (STS 11 de abril de 2018).

Por el modo predispuesto, del acuerdo de 2015, no podemos apreciar, como exige la STS de 11 de abril de 2018, que exista una transacción transparente, y, que los consumidores, tal y como les fue presentada la novación, estuvieran en condiciones de conocer que implicaba una transacción, donde aceptaban excluir futuras controversias judiciales respecto a la cláusula suelo.

El cumplimiento del control de transparencia, debe permitir al adherente conocer la carga económica que realmente le supone el contrato celebrado, esto es, el sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la

definición clara de su posición jurídica tanto en los elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación de los riesgos del desarrollo del mismo, sin necesidad de realizar un análisis minucioso y pormenorizado del contrato. Por tanto ello excluye que pueda agravarse la carga económica que el contrato supone para el consumidor, *“tal y como este la había percibido, mediante la inclusión de una condición general que supere los requisitos de incorporación, pero cuya trascendencia jurídica o económica pasó inadvertida al consumidor porque se le dio un inapropiado tratamiento secundario y no se facilitó al consumidor la información clara y adecuada sobre las consecuencias jurídicas y económicas de dicha cláusula.”* (STS de pleno de 8 de junio de 2017).

Aquí tenemos que, como se desprende del apartado III “EXPONEN“, del contrato de 2015, la mejora de las condiciones del préstamo se pacta por la vinculación del cliente con la entidad financiera, sin ninguna finalidad transaccional, fijándose como único objeto del contrato, la modificación de la financiación en favor del consumidor, con cita incluso de la Ley 2/94 de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, sin supeditarla a que los consumidores aceptaran excluir futuras controversias judiciales respecto a la cláusula suelo, haciendo así imposible cualquier reclamación por la aplicación de tal estipulación, y por el pago por el consumidor de un interés mínimo superior, que no debía haberse aplicado cuando fuese inferior el variable pactado, perdiendo así el derecho a percibir las cantidades abonadas en exceso.

Tras ello, y después de establecer, el contenido predispuesto por la entidad financiera, que la estipulación primera se dirige a la modificación de las condiciones financieras del préstamo, destacándose tal finalidad, resaltándose la supresión de la cláusula suelo, de modo secundario y sorpresivo se añade al final, que la obligación de pagar un tipo mínimo de interés se introdujo en el contrato con pleno conocimiento por el prestatario *“de su existencia y que recibió toda la información necesaria para adoptar la decisión de contratar el referido préstamo con la misma”*, pero sin reconocer los consumidores que esa información, para adoptar la decisión para contratar, se recibió con *“antelación suficiente a la firma del contrato”*, sin ser válida la cláusula suelo en otro caso, y sin admitir los adherentes, que no discutirían la validez de la cláusulas suelo contenida en el contrato originario, aceptando excluir futuras controversias judiciales respecto a la cláusula suelo. Ante un documento estereotipado y predispuesto, similar, donde el banco daba por facilitada la información en un swap, pero sin especificar en qué había consistido esta, la STS de pleno de 17 de abril de 2018 consideró, inoperante la *“cláusula predispuesta de exoneración de responsabilidad a modo de salvoconducto para eludir el cumplimiento de estrictos deberes legales”*.

En consecuencia, dado que la parte actora, consumidor, realmente niega cualquier efecto transaccional al documento de 2015, de su contenido no podemos estimar que por él quedase validada la cláusula suelo inicial, disponiendo el consumidor, con antelación suficiente, antes de la celebración del contrato, de información comprensible sobre la existencia de la cláusula suelo, y la trascendencia que la misma tenía sobre el contrato, no pudiendo establecer, por otra parte, como exige la STS de 11 de abril de 2018, que tal y como fue presentada la novación, los consumidores estuvieran en condiciones de conocer que implicaba una transacción, donde aceptaban excluir futuras controversias judiciales respecto a la cláusula suelo, sin indicarse nada al respecto.

Por todo ello, no puede estimarse la validez de la cláusula suelo inicial por lo alegado en cuanto al contenido del documento de 2015, sin que pueda apreciarse que la actora actuara contra sus propios actos, por estimar nula una estipulación no transparente, sin ser informado previamente a la contratación sobre su alcance y efectos, sin renunciar al ejercicio de tal acción.

De todos modos debe estimarse plenamente válido el acuerdo de 2015, en cuanto a la supresión de la cláusula suelo y el establecimiento de un interés fijo temporal, que no supone moderar las consecuencias de la nulidad, sino estimar eficaz el acuerdo de las partes de modificación de la obligación de pagar intereses, que no es nula, aunque carezca de efectos en cuanto a los efectos transaccionales pretendidos por la entidad financiera. En la STS de 489/2018, 13 de septiembre, reiterada por la posterior 548/2018 de 5 de octubre el Tribunal Supremo establece como doctrina que: *“la modificación del límite inferior a la variabilidad del interés aplicable a la obligación de devolución del préstamo hipotecario no es propiamente una novación extintiva, sino una modificación de un elemento que incide en el alcance de una relación obligatoria válida»*, razón por la cual no ve afectado por el art. 1208 CC”. Aquí ni siquiera estamos en esa situación, ya que se suprime el límite a la variación del tipo de interés, estableciendo entre las partes la regulación de un nuevo tipo de interés.

Por todo ello, los motivos de los recursos, de ambas partes, respecto del contrato privado de 2015, deben desestimarse.

SEGUNDO: Negociación.

Matizando el elemento de la imposición, en palabras de la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2017, debemos señalar que supone, *“simplemente, que las condiciones generales pasan a formar parte del contrato a iniciativa, exclusivamente, de una de las partes, en este caso,*

dicha entidad”, y siendo evidente que no se ha probado que se incluyera a instancias del consumidor la cláusula suelo, solo podemos estimar que la estipulación cuya nulidad se plantea, es una condición general de la contratación.

La existencia de negociaciones, sobre el importe a prestar, la duración del préstamo, y el tipo de interés a aplicar, no demuestran que se negociara sobre la cláusula suelo litigiosa, así debemos recordar, que, como ha señalado la STS (pleno) de 8 de septiembre de 2014, no es suficiente *“la diversidad de los tipos mínimos aplicados, para excluir el carácter de condición general de las cláusulas suelo, pues conforme a la doctrina expuesta, la mera variación de los tipos mínimos, por sí sola, no constituye un sólido indicio de que realmente dichas cláusulas fuesen objeto de negociación específica con los adherentes, extremo que debe probar el predisponente en el curso de la oferta comercial y de la configuración de la reglamentación predispuesta.”*.

El acuerdo posterior de supresión del suelo, no acredita su negociación inicial, siendo aplicable la protección de la Ley de Consumidores, estando ante la aplicación de una condición general.

Transparencia.

La STS de 8 de junio de 2017, pone de relieve, como también la STS de 9 de marzo de 2017, ante el ejercicio de acción individual, que incumbe al Banco probar que, con anterioridad a la contratación, suministro una información clara y precisa sobre la existencia de la cláusula suelo, y la trascendencia que la misma tenía sobre el contrato, sancionándose con la nulidad tal estipulación la falta de tal información.

En los mismos términos se expresa la STS de 1 de diciembre de 2017, recordando que: *“el deber de transparencia comporta que el consumidor disponga “antes de la celebración del contrato» de información comprensible acerca de las condiciones contratadas y las consecuencias de dicha celebración. De forma que el control de transparencia tiene por objeto que el adherente pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que realmente le supone el contrato celebrado, esto es, el sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación de los riesgos del desarrollo del mismo”*.

Como destaca la jurisprudencia, es preciso que en la información precontractual se de cumplida noticia sobre la existencia del suelo, y su incidencia en el precio del contrato, con claridad, y dándole el tratamiento

principal que merece, en palabras de la STS de 1 de diciembre de 2017 *“De modo que el cliente, de acuerdo con dicha información, pudo perfectamente comparar ofertas y adoptar la decisión de contratar con la citada entidad bancaria”*, expresándose en similares términos la STS de 24 de noviembre de 2017, que a su vez indica que el cumplimiento del deber de transparencia exige *“El perfecto conocimiento de la cláusula, de su trascendencia y de su incidencia en la ejecución del contrato, a fin de que el consumidor pueda adoptar su decisión económica después de haber sido informado cumplidamente”*.

También debemos recordar, STS de 24 de marzo de 2015 y 8 de junio de 2017, que la jurisprudencia ha considerado insuficiente, en cuanto al examen del control de transparencia, la mención en la escritura de la existencia del límite a la variación del tipo de interés.

No consta facilitada, con antelación suficiente a la firma del contrato, información sobre la existencia de la estipulación, estableciendo límite a la variación del tipo de interés y su incidencia en el contrato.

Retraso desleal y actos propios.

No puede apreciarse aquí la existencia de retraso desleal, STS 17 de marzo de 2016 y 7 de mayo de 2014, máxime cuando los intereses legales reclamados resarcen simplemente la no disponibilidad del dinero abonado indebidamente, quedando solo zanjado desde finales de 2016, la cuestión relativa al alcance de la restitución en estos casos. Tampoco podemos estimar que el silencio o la cancelación del préstamo en este caso suponga un acto inequívoco de renuncia al ejercicio de la acción que nos ocupa, actuando el actor en contra de sus propios actos.

Intereses

En la STS de 24 de febrero de 2017, se establece la obligación de pagar los intereses del artículo 1303 CC, en caso de nulidad, por estar en presencia de cantidades abonadas indebidamente por aplicación de cláusulas abusivas por parte del consumidor, prescindiendo de la existencia o no de mala fe. La obligación de pago de estos intereses también resulta, en casos de nulidad, STS 30 de noviembre de 2016, 20 de diciembre de 2016 y 20 de mayo de 2017, entre otras, recordando que el artículo 1303 CC, tiene como finalidad conseguir que las partes afectadas vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al evento invalidador. Entendemos que es improcedente no restablecer la situación de hecho y de derecho, a la que se habría dado si no hubiera existido la cláusula abusiva, dejando al consumidor indemne de su aplicación, respondiendo a esta finalidad los intereses establecidos en el artículo 1303 CC a la entidad financiera, sin que proceda moderar

indebidamente las consecuencias de la declaración de nulidad, y su efecto disuasorio, teniendo en cuenta la aplicación del principio de efectividad del Derecho de la Unión.

En ningún caso estamos, respecto de lo cobrado por exceso en virtud de la cláusula suelo en la situación de aplicación del artículo 1896.1 CC.

TERCERO: IRPH, índice de referencia oficial.

Establece la Sentencia TJUE de 3 de marzo de 2020:

“de la normativa nacional aplicable al litigio principal se desprende que dicha normativa no incluía la obligación de establecer en las cláusulas de retribución recogidas en contratos de préstamo hipotecario la aplicación de uno de los seis índices oficiales establecidos en la Circular 8/1990 del Banco de España, de 7 de septiembre, a Entidades de Crédito, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela (BOE n.º 226, de 20 de septiembre de 1990, p. 27498), en la redacción aplicable al litigio principal (en lo sucesivo, «Circular 8/1990»).”

Tras realizar tal declaración, sin embargo, cuando llega a los apartados en que analiza los parámetros del control de transparencia, el Tribunal no examina, ni habilita para examinar, como establece la Sentencia de la sección quince de la Audiencia Provincial de Barcelona de 24 de abril de 2020, el modo en el que se establece este índice, o cualquier otro, ni el modo de cálculo, ni los elementos que pueden servir al regulador para fijar el índice.

Partiendo de la anterior afirmación, debe advertirse que las partes de un contrato de préstamo no definen el índice de referencia contractualmente, sino que lo que hacen es remitirse a uno de los índices oficiales regulados mediante disposiciones generales para este tipo de contratos.

Es a la administración pública a quien corresponde controlar que esos índices no sean abusivos, lo que hace que ese control quede fuera de los tribunales (al menos de los tribunales del orden civil).

El tipo de referencia establecido por la administración pública correspondiente, en este caso al Banco de España, puede incorporarse a los contratos de préstamo por medio de una condición general de la contratación, pero la incorporación del índice por medio de una condición general no convierte ese índice en una condición general.

Como estableció la STS pleno de 14 de diciembre de 2017: *“No obstante, la parte predisponente no define contractualmente el índice de referencia, sino que se remite a uno de los índices oficiales regulados mediante disposiciones legales para este tipo de contratos. Por ello, es a la Administración Pública a quien corresponde controlar que esos índices se ajusten a la normativa, lo que hace que ese control quede fuera del ámbito de conocimiento de los tribunales del orden civil”*

Por tanto, la incorporación del índice oficial por medio de una condición general de la contratación que responda al contenido establecido por la administración pública correspondiente, siempre y cuando su contenido no haya sido modificado contractualmente, no permite estimar que el tipo de referencia en sí mismo es abusivo, ya que en estos casos el control sobre el equilibrio entre las obligaciones y derechos viene garantizado por la intervención de la administración pública.

Esta conclusión nos permite afirmar, como establece la Sentencia de la sección quince de la Audiencia Provincial de Barcelona antes citada, que en el marco de una acción individual de nulidad de condiciones generales de la contratación, no podemos entrar a valorar el modo en el que se ha fijado un tipo de referencia legalmente predeterminado, ni podemos analizar si ese índice puede ser manipulado por las entidades financieras, o si en la configuración del índice se han podido tener en cuenta elementos, datos o factores no adecuados. Tampoco se puede ponderar el grado de incidencia o influencia de las entidades financieras en la concreta determinación del índice. Todos estos factores los fiscalizan los órganos reguladores de la administración pública.

Estas consideraciones nos permiten desestimar todas las alegaciones o pretensiones que se refieran a la exigencia de realizar un control de abusividad, bien en su vertiente de control de incorporación, bien en su vertiente de control de contenido, bien en su vertiente de transparencia, respecto del tipo de referencia en sí mismo. Ni la normativa española, ni la

Directiva 93/13, ni la jurisprudencia que la desarrolla nos permiten realizar tales controles respecto de los tipos de referencia fijados por el regulador.

CUARTO: Cláusula que incorpora al contrato el índice de referencia oficial IRPH

Como señala la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, mencionada en el fundamento anterior, y ha puesto de relieve prestigiosa doctrina, el Tribunal Supremo, en su sentencia 669/2017, no ha dicho que una cláusula que incorpora al contrato un índice de referencia oficial, regulado por normas administrativas, para conformar el interés variable este exento del control de abusividad. El Tribunal Supremo dijo que la cláusula que establece el interés remuneratorio puede ser una condición general de la contratación, pudiendo incorporarse el índice a través de tal estipulación, susceptible de control de transparencia.

Lo que dice el Tribunal Supremo, en la STS de pleno 14 de diciembre de 2017, es que el índice como tal no puede ser objeto del control de transparencia, añadiendo que *“puede controlarse que la condición general de la contratación por la que se incluye en un contrato con consumidores esa disposición o previsión legal esté redactada de un modo claro y comprensible y sea transparente”*.

Por tanto, como con acierto indica nuevamente la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 24 de abril de 2020, y se ha destacado también por relevante doctrina, la cuestión ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea era innecesaria, tal y como parece reparar el Abogado General en sus conclusiones 80 y 81.

Limitado el control a la condición general que incorpora el índice de referencia, apreciamos que en la escritura se fija que el modo de determinar el interés variable pactado será el de aplicar uno de los tipos de referencia fijado y controlado por el Banco de España. La cláusula es clara, precisa y permite al prestatario conocer, comprender y aceptar que la cuota o plazo de devolución de su hipoteca se hará a partir de tal modalidad de referente, superando así el control de inclusión y el control de transparencia.

El control de transparencia no obligaba a la prestamista a explicar en todos los préstamos a interés variable cómo se configuraba el tipo de referencia, cómo había evolucionado y cómo podría evolucionar en el futuro, ni obligaba a la entidad a poner en relación el tipo de referencia elegido con otros tipos legalmente previstos, ni obligaba a la entidad a ofrecer al prestatario los diversos tipos existentes en el mercado.

Para determinar si la cláusula que incorpora el índice de referencia adoptado supera el control de transparencia hay que preguntarse si el consumidor era consciente de que esa cláusula configuraba un elemento esencial, el interés variable, y como hemos visto lo era, ya que el prestatario era consciente de que firmaba un préstamo a interés variable, que se calculaba o definía, de modo evidente, a partir del tipo de referencia oficial incorporado al contrato.

Sobre esta última cuestión la STJUE de 3 de marzo de 2020 razona:

“51 Así pues, por lo que se refiere a una cláusula que, en el marco de un contrato de préstamo hipotecario, estipule la retribución del correspondiente préstamo mediante intereses que se calculan según un tipo variable, la referida exigencia se ha de entender como la obligación no solo de que la cláusula considerada sea comprensible para el consumidor en un plano formal y gramatical, sino también de que posibilite que el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, esté en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo de dicho tipo de interés y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de tal cláusula sobre sus obligaciones financieras (véanse en este sentido, por analogía, las sentencias de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, apartado 75, y de 20 de septiembre de 2017, Andriiciuc y otros, C-186/16, EU:C:2017:703, apartado 51).”

53 Por lo que respecta a una cláusula como la mencionada en el apartado 51 de la presente sentencia, que incluye una referencia a un tipo de interés variable cuyo valor exacto no puede determinarse en un contrato de préstamo para toda la vigencia del contrato, procede hacer constar, como observó el Abogado General en los puntos 122 y 123 de sus conclusiones, que es pertinente a efectos de tal análisis la circunstancia de que los elementos principales relativos al cálculo del IRPH de las cajas de ahorros resultaban fácilmente asequibles a cualquier persona que tuviera intención de contratar un préstamo hipotecario, puesto que figuraban en la Circular 8/1990, publicada a su vez en el Boletín Oficial del Estado. Esta circunstancia permitía a un consumidor razonablemente atento y perspicaz comprender que el referido índice se calculaba según el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda, incluyendo así los diferenciales y gastos aplicados por tales entidades”.

54 También resulta pertinente para evaluar la transparencia de la cláusula controvertida la circunstancia de que, según la normativa nacional vigente en la fecha de celebración del contrato sobre el que versa el litigio principal, las entidades de crédito estuvieran obligadas a informar a los consumidores

de cuál había sido la evolución del IRPH de las cajas de ahorros durante los dos años naturales anteriores a la celebración de los contratos de préstamo y del último valor disponible. Tal información también puede dar al consumidor una indicación objetiva sobre las consecuencias económicas que se derivan de la aplicación de dicho índice y constituyen un término útil de comparación entre el cálculo del tipo de interés variable basado en el IRPH de las cajas de ahorros y otras fórmulas de cálculo del tipo de interés.

55 Por consiguiente, el juzgado remitente deberá comprobar si en el contexto de la celebración del contrato sobre el que versa el litigio principal Bankia cumplió efectivamente con todas las obligaciones de información establecidas por la normativa nacional.”

A partir de todo ello la STJUE de 3 de marzo de 2020, concluye:

“La Directiva 93/13, y en particular sus artículos 4, apartado 2, y 5, debe interpretarse en el sentido de que, para cumplir con la exigencia de transparencia de una cláusula contractual que fija un tipo de interés variable en un contrato de préstamo hipotecario, dicha cláusula no solo debe ser comprensible en un plano formal y gramatical, sino también permitir que el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, esté en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo del referido tipo de interés y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras. Constituyen elementos especialmente pertinentes para la valoración que el juez nacional debe efectuar a este respecto, por un lado, la circunstancia de que los elementos principales relativos al cálculo del mencionado tipo de interés resulten fácilmente asequibles a cualquier persona que tenga intención de contratar un préstamo hipotecario, dada la publicación del modo de cálculo de dicho tipo de interés, y, por otro lado, el suministro de información sobre la evolución en el pasado del índice en que se basa el cálculo de ese mismo tipo de interés.”

El acceso, a los elementos esenciales de cálculo del IRPH, para un consumidor medio normalmente informado, razonablemente atento y perspicaz, existió, ya que estaba proporcionado mediante la Circular 8/1990 y el Boletín Oficial del Estado, pudiendo conocer y acceder, también de este modo, a través de la información pública proporcionada, fácilmente, al conocimiento en el pasado del índice de referencia y por tanto a su evolución.

Con estos medios públicos de acceso al desenvolvimiento pasado del referente, la falta de indicación sobre su evolución en los dos últimos

naturales, establecida en la OM 5 de mayo de 1994, no exigible para todos los préstamos, sin ser de aplicación a los de más de 25.000.000 de pesetas o 150.253 euros, y desaparecida tras la entrada en vigor de la OM de 28 de octubre de 2011, sin ser requerida tampoco en el artículo 14 de la Ley 5/2019, no puede entenderse determinante, en el contexto de la información precontractual que debía suministrarse al celebrarse el contrato, para establecer la falta de transparencia.

El cumplimiento de las exigencias de transparencia previstas en la norma sectorial constituye un estándar que permite concluir que las cláusulas del contrato han sido correctamente incorporadas al mismo, pero ello no supone que la ausencia o falta de un requisito de tal normativa determine, como contraposición, que no se cumple con tales exigencias.

El control de transparencia, como recuerda la STS de 9 de marzo de 2017 *“a la postre supone la valoración de cómo una cláusula contractual ha podido afectar al precio y a su relación con la contraprestación de una manera que pase inadvertida al consumidor en el momento de prestar su consentimiento, alterando de este modo el acuerdo económico que creía haber alcanzado con el empresario, a partir de la información que aquel le proporcionó”*. El control de transparencia va dirigido a que no pueda empeorarse la posición jurídica o agravarse la carga económica que el contrato supone para el consumidor, tal y como este la había percibido, mediante la inclusión de una condición general que supere los requisitos de incorporación, pero cuya trascendencia jurídica o económica pasó inadvertida.

Como indica la STS de 9 de marzo de 2017 *“el juicio sobre la transparencia de la cláusula no tiene por qué atender exclusivamente al documento en el cual está inserta o a los documentos relacionados, como la previa oferta vinculante, sino que pueden tenerse en consideración otros medios a través de los cuales se pudo cumplir con la exigencia de que la cláusula en cuestión no pasara inadvertida para el consumidor y que este estuviera en condiciones de percatarse de la carga económica y jurídica que implicaba.”*. Es decir el conocimiento de la trascendencia económica y jurídica de la estipulación es susceptible de ser alcanzado por pluralidad de medios, y aquí, como hemos indicado, el prestatario era consciente de que firmaba un préstamo a interés variable y que el interés variable se calculaba o definía a partir de un tipo de referencia.

QUINTO: Consecuencias de la hipotética falta de transparencia de la cláusula que incorpora al contrato el índice de referencia oficial IRPH.

La falta de transparencia, en todo caso, no determina que sin más la abusividad, tal y como hemos establecido en diferentes ocasiones al enjuiciar esta cuestión, entre otras en nuestra Sentencia de 22 de abril de 2019.

Ya entonces dijimos que:

“la Sentencia del TJUE de 20 de septiembre de 2017 (caso Andriciuc) expresa con claridad que la falta de transparencia permite apreciar el carácter abusivo de la cláusula, por lo que es preciso algo más que la falta de información, determinante de la falta de transparencia, para declarar la nulidad de la cláusula por abusiva.

Para valorar el carácter abusivo de la cláusula no transparente, hay que estar a las circunstancias existentes en el momento de la celebración del contrato y no en función de acontecimientos posteriores, como pudiera ser las variaciones del tipo que no se ha probado en el profesional en nuestro caso pudiera controlar y prever.

Como en el caso de la STJUE antes citada (20/9/2017), “el hecho de hacer recaer sobre el consumidor un riesgo de tipo de cambio no crea, por sí mismo, un desequilibrio importante, puesto que el profesional (en el presente asunto, el banco) no tiene el control sobre el tipo de cambio que estará vigente tras la celebración del contrato”, y dado que tampoco se ha probado que el profesional se reservase u ocultase al consumidor “acontecimientos que conocía o podía razonablemente prever en el momento de la celebración del contrato” sobre las posibles variaciones del tipo variable pactado, en definitiva en ningún caso procede estimar la nulidad pretendida.”

Esta doctrina ha sido reiterada por la STS 121/2020 de 24 de febrero, con cita de la STUE de 26 de enero de 2017, C-421/14, Banco Primus.

En este último examen habrá que comprobar si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual, y respecto en qué circunstancias se causa ese desequilibrio *"contrariamente a las exigencias de la buena fe"*. El desequilibrio no puede deducirse, sin más, del hecho de que la evolución del IRPH haya resultado ex post, peor para el concreto prestatario consumidor que la evolución del Euribor; y menos todavía, cuando no era imposible que hubiera sucedido al revés.

Es realmente difícil decir que la elección de uno de los tipos de referencia del Banco de España era contraria a la buena fe, cuando no constan datos que permitan establecer que la entidad financiera en 2004 tenía información relevante sobre la evolución de los tipos y que no la compartió con el

consumidor. Por otra parte, como acertadamente precisa la Sentencia de 24 de abril de 2020 de la sección quince de la Audiencia Provincial de Barcelona, este tipo de interés no puede establecerse que sea abusivo simplemente por compararlo con el Euribor, sin tomar cuenta el diferencial con el que se ofrecía tal tipo en el momento de la contratación. No hay elementos de juicio que permitan establecer que los prestatarios hubiesen tomado otra decisión diferente sobre el referente empleado en este caso, con un exiguo diferencial de 0,25, en el momento de la contratación, en caso de haber dispuesto de una información completa sobre su evolución anterior, máxime cuando además tampoco estaban excluidos de la aplicación de comisiones los contratos referenciados al Euribor, donde se aplicaba normalmente un diferencial superior.

Por último hemos de señalar que no procede declarar ninguna nulidad por virtud de la aplicación de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, que dispone la desaparición del IRPH y da prioridad al tipo o índice de referencia previsto en el contrato frente al tipo de interés oficial que establece el apartado tercero de la disposición adicional decimoquinta de la citada Ley, Por otra parte no estemos ante ningún contrato celebrado después de la OM de 28 de octubre 2011.

SEXTO.- Conforme a lo dispuesto en el artículo 398.1 de la LEC, en relación con el artículo 394 del mismo texto legal, deben imponer las costas del recurso de la demandada, pero sin que proceda acordar lo mismo respecto del recurso de la actora, dado que sobre la cuestión del IRPH, tras la STJUE de 3 de marzo de 2017, no existe jurisprudencia, y existen posiciones opuestas entre los Tribunales provinciales.

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por XXXXXXXXX, y Bankia SA; debemos confirmar la Sentencia de 31 de julio de 2019 dictada por el Juzgado de Primera Instancia 9bis de Granada en los autos 2884/17 de que dimana este rollo, con imposición a los apelantes de las costas devengadas por los recursos interpuestos, con imposición a la demandada de las costas devengadas por el recurso por ella interpuesto, soportando cada parte los causados a su instancia y los comunes por mitad respecto del formulado por la parte actora y todo ello con pérdida del depósito constituido por su parte para recurrir.

Contra esta resolución cabe recurso de casación siempre que la resolución del recurso presente interés casacional a interponer ante este Tribunal en el plazo de VEINTE DÍAS, siendo resuelto por la Sala 1ª de lo Civil del Tribunal Supremo, plazo procesal que está en suspenso de conformidad con

la disposición adicional segunda del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 y que se reanudará y empezarán a contar los veinte días en el momento en que pierda vigencia el Real decreto o, en su casos, las prórrogas del mismo.

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 tutela 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."