

Audiencia Provincial Civil de Madrid**Sección Decimotercera**

C/ Ferraz, 41 , Planta 3 - 28008

Tfno.: 914933911

37007740

N.I.G.: 28.079.00.2-2015/0235880

Recurso de Apelación 936/2016

(01) 30970980046

O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 71 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 1510/2015

APELANTE:: BANKIA SA

PROCURADOR D./

APELADO::

PROCURADOR D./Dña.

SENTENCIA N° 214/2017**TRIBUNAL QUE LO DICTA:****ILMO. SR. PRESIDENTE**

D. JOSÉ GONZÁLEZ OLLEROS

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS

D. JOSÉ LUIS ZARCO OLIVO

Dña. Mª CARMEN ROYO JIMÉNEZ

Siendo Magistrado Ponente **D. JOSÉ GONZÁLEZ OLLEROS**

En Madrid, a cuatro de mayo de dos mil diecisiete. La Sección Decimotercera de la Audiencia Provincial de Madrid, compuesta por los Señores Magistrados expresados al margen, ha visto en grado de apelación los autos de Juicio Ordinario sobre Nulidad, procedentes del Juzgado de 1ª Instancia nº 71 de Madrid, seguidos entre partes, de una, como demandante-apelada-impugnante

, representada por la Procuradora

, y de otra, como

demandada-apelante-impugnada BANKIA, S.A., representada por el Procurador D. Joaquín María Jáñez Ramos y asistida de la Letrada D^a. María José Cosmea Rodríguez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia nº 71, de Madrid, en fecha veinticuatro de junio de dos mil dieciséis, se dictó Sentencia, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que , estimando la demanda formulada por la procuradora D^a Saharon Rodriguez De Castro Rincón , en nombre y representación [REDACTED] [REDACTED] , en representación de su asociada D^a [REDACTED] , contra Bankia , SA, representada por el Procurador Sr De La Santa Marquez, se declara la nulidad de la cláusula TERCERA-BIS- TIPO DE INTERES VARIABLE , del préstamo hipotecario concertado el 30 de diciembre de 2005, entre Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid , (actualmente BANKIA) , y D^a

Se condene a la demandada :

A) A eliminar dicho índice del precio y , en consecuencia , se condena a Bankia, SA a recalcular la cuota como si el índice aplicado fuere el Euribor , mas el diferencial pactado del 0,50 % , dejando de aplicar en lo sucesivo el IRPH ENTIDADES, que será sustituido por Euribor mas el 50%.

B) A devolver a la parte demandante las cantidades resultantes del exceso en el cobro de intereses , mas los intereses legales desde de dichas sumas desde sus respectivos abonos .

En cuanto a las costas, se imponen a la parte demandada”.

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandada, que fue admitido, del cual se dio traslado a la parte apelada, elevándose los autos ante esta Sección en fecha **veintitrés de noviembre de dos mil dieciséis**, para resolver el recurso.

TERCERO.- Recibidos los autos en esta Sección, se formó el oportuno Rollo turnándose su conocimiento, a tenor de la norma preestablecida en esta Sección de reparto de Ponencias, y conforme dispone la Ley de Enjuiciamiento Civil, quedó pendiente para la correspondiente **DELIBERACIÓN, VOTACIÓN Y FALLO**, la cual tuvo lugar, previo señalamiento, el día **veintiséis de abril de dos mil diecisiete**.

CUARTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado todas las disposiciones legales.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO. Frente a la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrado Juez de 1ª instancia nº 71 de Madrid con fecha 24 de junio de 2.016, estimatoria de la demanda interpuesta por [REDACTED]

[REDACTED] D^a

frente a Bankia S.A., por la referida demandada se interpone recurso, impugnando luego también la sentencia la citada actora, con base, respectivamente en las alegaciones que luego se expondrán.

SEGUNDO. Sucintamente en la demanda iniciadora del procedimiento la referida actora alegaba que con fecha 30 de diciembre de 2.005 su asociada suscribió con la demandada una escritura de préstamo con garantía hipotecaria por importe de 90.000 euros, a devolver en 30 años y 360 cuotas mensuales, en la que existía un periodo inicial de plazo fijo (al 3,50% de interés), y transcurrido este, uno variable anualmente conforme al índice de referencia señalado, que según la Cláusula Financiera Tercera Bis, referida al tipo de interés variable aplicable sería “.....*el tipo a aplicar es el **tipo medio de los préstamos hipotecarios más de tres años para adquisición de vivienda libre, de Bancos**, vigente en el momento de la revisión, que el Banco de España publica oficial y periódicamente en el B.O.E. par los préstamos hipotecarios al tipo variable destinados a la adquisición de vivienda, sin redondeo, incrementada en el **0,50%**. En defecto de dicho tipo de referencia o de su publicación oficial, se tomará en la fecha de revisión y para idéntico periodo de tiempo, con carácter supletorio, el **tipo activo de referencia de las Cajas de Ahorro**, vigente en el momento de la revisión, que igualmente el Banco de España publica oficial y periódicamente en el B.O.E., con el mismo criterio de aplicación que el tipo de referencia inicialmente previsto*”. Que pretendía la nulidad por abusividad de dicha cláusula, por infracción de las normas imperativas y por falta de transparencia, en cuanto que fijaba el interés variable en el IRPH, en lugar del más beneficioso Euribor, que en los últimos años había descendido considerablemente en relación con el IRPH, ya que además de no haber sido objeto de la necesaria información, era manipulable por las entidades bancarias. Por todo ello interesaba:

1º) La declaración de nulidad de pleno derecho por infracción de las normas imperativas, falta de transparencia y carácter abusivo de la referida clausula.

2º) La condena de la demandada a eliminarla.

3º) La condena de la demandada a volver a calcular las cuotas del préstamo hipotecario, como si la mencionada cláusula nunca se hubiera aplicado: a) recalculando la cuota sin intereses, y subsidiariamente b) recalculándola, aplicando el Euribor sin diferencial en lugar del IRPH, o c) recalculándola, aplicando el Euribor más el diferencial del 0,50% en lugar del IRPH mas el diferencial.

La demandada se opuso alegando, también en esencia, que en los préstamos hipotecarios el tipo de interés era generalmente variable y el diferencial se fijaba en función del plazo de devolución, existiendo diversos tipos de índices de referencia para calcular los intereses variables. Que la cláusula reguladora del tipo de interés aplicable al préstamo hipotecario, referenciada al IRPH, no era una condición general de contratación por cuanto constituía un elemento esencial del contrato, y por ello no le era aplicable lo dispuesto en la L.C.G.C., ni el T.R. de la L.G.D.C.U. Que dicha cláusula era clara y comprensible. Subsidiariamente, que el tipo de interés variable tampoco podía ser considerado como abusivo, porque no generaba desequilibrio ya que podía afectar de igual modo, positiva y negativamente, a ambas partes, ni iba contra el principio de la buena fe al ser transparente, claro y comprensible, por lo que tampoco le era aplicable lo dispuesto en el art. 82.1 del T.R. de la Ley de Consumidores. Finalmente negaba que no se hubiere informado a la prestataria, tanto previamente, como en la firma de la propia escritura. Por último concluía diciendo que la eventual estimación de la nulidad de dicha cláusula no tendría los efectos de la completa eliminación de la misma pretendidos por la actora, sino la aplicación de un tipo de interés fijo durante toda la vida del préstamo al 3,50% anual no revisable.

La Juzgadora de instancia estimó la demanda declarando nula la referida cláusula, condenando a la demandada eliminar del contrato dicho índice, así como a recalcular la cuota como si el índice aplicado fuera el Euribor más el diferencial pactado, en lugar del IRPH, y devolver a la demandante las cantidades resultantes del exceso de interés aplicado, más los intereses legales de dichas sumas desde sus respectivos abonos, así como al pago de las costas causadas en primera instancia.

CUARTO: Recurso de Bankia S.A.

En la primera de las alegaciones de su recurso la apelante denuncia error en la valoración de las pruebas e infracción de los arts. 7 de la LGCG, 216, 217, 218.1 y 326 de la L.E.C. y de los arts. 1 y concordantes de la Orden de 5 de mayo de 1.984 y del art. 24 de la C.E., porque la Juzgadora de instancia, fundamenta la nulidad de la referida cláusula en la falta de oferta vinculante, cuando la demandada sí que la presentó, aunque no estuviera firmada, tal y como consta en la escritura de préstamo. Además dicha escritura cumple todos los requisitos de transparencia al haber sido informada de ella la prestataria, contrariamente a lo que dice el Juez de instancia, al margen de que cuando la actora suscribió el préstamo, no existía una diferencia sustancial entre el IRPH y el Euribor.

En la segunda que son numerosas y recientes las sentencias que han declarado la validez de la cuestionada cláusula.

QUINTO. Reiterando la doctrina expuesta por la Juzgadora de instancia, para rechazar el recurso de la apelante Bankia S.A. no tenemos más que acudir a la doctrina sentada por el T.S. en Sentencia de 29 de abril de 2.015, que cita dicha Juzgadora junto con otras sentencias. En primer lugar se razona en la

misma que “la existencia de una regulación sectorial de la contratación bancaria, no excluye el carácter de condiciones generales de la contratación de las cláusulas que integran los contratos bancarios celebrados con consumidores. Concretamente expone que” Esta cuestión también fue abordada en nuestra sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo bastando con remitirnos a lo que en ella declaramos: ... la finalidad tuitiva que procura al consumidor la Orden de 5 de mayo de 1994 en el ámbito de las funciones específicas competencia del Banco de España, en modo alguno supone la exclusión de la Ley 7/98 de Condiciones Generales de la Contratación a esta suerte de contratos de consumidores, como ley general. Así lo dispone el artículo 2.2 de la propia OM, según el cual "lo establecido en la presente Orden se entenderá con independencia de lo dispuesto en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, así como en las demás Leyes que resulten de aplicación". Sería, afirma la expresada "una paradoja que esa función protectora que se dispensa a los consumidores, quedara limitada a una Orden Ministerial y se dejara sin aplicación la LCGC para aquellas condiciones generales que no están reguladas por normas imperativas o que reguladas han sido trasladadas de una forma indebida al consumidor"... Conforme al criterio del considerando décimo de la Directiva, todos estos supuestos de exclusión deben entenderse referidos no sólo al ámbito de las condiciones generales, sino también al de cláusulas abusivas regulados en la Ley 26/1984, que ahora se modifica", pero cuando no se trata de contratos excluidos no dispone que determinadas condiciones dejan de serlo por razón de su contenido”. Y a modo de Conclusión establece... Por tanto, la existencia de esa normativa sectorial solo puede significar la existencia de unos requisitos añadidos a los establecidos con carácter general en la contratación con los consumidores mediante cláusulas no negociadas, cuando tal contratación se realiza en el sector bancario. Pero dicha normativa.... no excluye, como se verá, que se

facilite otra información más adecuada al cliente (o que la información facilitada lo sea de una manera más adecuada), ni que su simple observancia pueda excluir la abusividad de la cláusula por falta de transparencia, como ya declaramos en la sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo”. En segundo lugar afirma que “Las cláusulas sobre los elementos esenciales del contrato no pierden por ello su carácter de condiciones generales de la contratación ni quedan excluidas de la normativa sobre cláusulas abusivas ... Que la cláusula de un contrato celebrado con un consumidor regule un elemento esencial del contrato, no obsta a que tenga la consideración legal de condición general de la contratación si concurren los requisitos para ello (contractualidad, predisposición, imposición y generalidad), ni la excluye del ámbito de aplicación de la Directiva 1993/93/CEE ni de las normas de Derecho interno que la transponen, como es el caso de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y el TRLCU... También la sentencia de esta Sala núm. 241/2013, de 9 de mayo, consideró que las cláusulas que regulan los elementos esenciales del contrato tenían la consideración de condición general cuando reunían los requisitos de contractualidad, predisposición, imposición y generalidad. Cuestión distinta es si las condiciones generales que regulan los elementos esenciales del contrato son susceptibles de control de abusividad en términos diferentes del resto de condiciones generales, lo que se analizará al resolver el motivo siguiente”. Y en tercer lugar a propósito de las consecuencias de la declaración de nulidad por abusividad decía que... cuando en aplicación de la doctrina fijada en la sentencia de Pleno de 9 de mayo de 2013, ratificada por la de 16 de julio, 8 de septiembre de 2014, y la de 24 de marzo de 2015, se declare abusiva y, por ende, nula la denominada cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo con tipo de interés variable, procederá la restitución al prestatario de los intereses que hubiese pagado en aplicación de dicha cláusula a partir de la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013.” Sin

embargo este criterio ha quedado modificado a partir de la Sentencia de 21 de diciembre de 2,016 del T.J.U.E. según la cual *“El art. 6 apartado 1 de la Directiva 93/13 de 5 de abril de 1.993 sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo, en el sentido del art. 3 apartado 1 de dicha Directiva, de una clausula contenida en un contrato celebrado con un consumidor por un profesional, circunscribiendo los efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal clausula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión”*, de forma que el momento a partir del cual la devolución de los intereses abonados procede no es, como mantenía la citada S.T.S., la de la fecha de la resolución, sino la de la fecha del inicio del préstamo efectuando para ello el recalcu correspondiente.

Pues bien, partiendo de la precitada doctrina, lo relevante es no solo que la cláusula de interés variable supere el filtro de “incorporación” al contrato, es decir que sea clara su redacción gramatical, que lo es; sino también que supere el segundo filtro de “transparencia”, es decir, que permita al consumidor identificarla y comprenderla como definidora del objeto principal del contrato para así conocer el reparto real de riesgos de la variabilidad de los tipos. Y en el presente caso, este Tribunal muestra su acuerdo con la Juzgadora de instancia cuando razona, que la cuestionada cláusula, no solo comporta un evidente desequilibrio para las partes a favor de la ejecutante, por aunque leída de forma aislada y desde un punto de vista estrictamente gramatical es clara al concretar el índice que se tomará como referencia para el pago de intereses; sin embargo aplicando lo dicho en el apartado 225 de la citada Sentencia del T.S. que

recogía las condiciones o características para calibrar la “falta de transparencia” (falta de información, inserción de la cláusula techo como aparente contraprestación de la cláusula techo, ausencia de simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés fijado en el momento de contratar, ubicación entre una abrumadora, y decimos nosotros, incomprensible cantidad de datos entre los que queda enmascarada diluyendo la atención del consumidor, ausencia de control de la real importancia de la limitación a la baja de los intereses), es claro que no reúne los presupuestos de transparencia que exigen tanto la citada S.T.J.U.E. como la L.C.G.C. y el T.R. de Consumidores, y además si se hubiera explicado a la ejecutada, que dicho índice, en lugar de referenciarse al IRPH, se hubiera referenciado al Euribor, claramente se desprende que ya entonces era más conveniente hacerlo al Euribor que al IRPF, por escasa que fuera la diferencia, y ya entonces, previsiblemente, como luego se demostró, conocía la entidad prestamista que el mismo caería considerablemente, por lo que las consecuencias económicas para la ejecutada hubieran sido más favorables y por tanto muy diferentes.

La S.T.S. de 23 de diciembre de 2.015, confirmando esta tesis, dijo luego que “a efectos del control de transparencia, lo determinante es que la cláusula en cuestión no se ha acreditado que fuera negociada individualmente, sino que fue impuesta y predispuesta por la entidad prestamista, y recordando una vez más lo dicho en la Sentencia del Pleno nº 241/2013, de 9 de mayo según la cual *"el cumplimiento de los requisitos de transparencia de la cláusula aisladamente considerada, exigidos por la LCGC para la incorporación a los contratos de condiciones generales, es insuficiente para eludir el control de abusividad de una cláusula no negociada individualmente, aunque describa o se refiera a la definición del objeto principal del contrato, si no es*

transparente", y que *"la transparencia de las cláusulas no negociadas, en contratos suscritos con consumidores, incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato"*, concluía diciendo que "En relación al objeto principal del contrato, la transparencia garantiza que el cliente conozca o pueda conocer la carga económica que el contrato supone para él y la prestación que va a recibir de la otra parte y, además, garantiza la adecuada elección del consumidor en aquello cuya determinación se confía al mercado y la competencia, lo que supone que más allá de la mera exigencia de claridad de los términos de las cláusulas, se pretende asegurar que el consumidor tenga una posibilidad real de comparar las distintas ofertas y alternativas de contratación del producto (SSTS 406/2012, de 18 de junio ; 221/2013, de 11 de abril y 241/2013, de 9 de mayo). En consonancia con ello, la jurisprudencia de esta Sala sobre cláusulas suelo (en nuestro caso la cláusula de interés variable), tras resolver que las mismas forman parte de los elementos esenciales del contrato (precio/prestación), ha establecido que lo que debe controlarse en cada caso concreto es la transparencia. Es decir, dado que las cláusulas que se refieren a los elementos esenciales del contrato no se someten a control del contenido, la cuestión es decidir cuándo son transparentes y cuándo no. En el examen de validez de las condiciones generales insertas en contratos celebrados con consumidores, el primer control es el de incorporación, a fin de comprobar que se cumplen los requisitos para que la cláusula quede incorporada al contrato (aceptación por el adherente, claridad, completitud, legibilidad y entrega de un ejemplar -arts. 5 y 7 LCGC), pero con ello no acaba el análisis. Una cláusula "incorporable" e "incorporada" al contrato, cuando se refiere a los elementos esenciales del mismo, puede no ser válida porque se considere que no es transparente. En el caso concreto de las cláusulas suelo, dijimos en la Sentencia 241/2013, de 9 de noviembre, que debe existir una proporción entre la "comunicación" que haya

hecho el predisponente del contenido de la cláusula y "su importancia en el desarrollo razonable del contrato". Y constatamos, en ese y en los demás casos sometidos posteriormente a nuestra consideración, que se daba a la cláusula suelo (en nuestro caso reiteramos la cláusula de interés variable) una relevancia "secundaria": "*(las) propias entidades les dan un tratamiento impropiaamente secundario, habida cuenta de que las cláusulas "no llegaban a afectar de manera directa a las preocupaciones inmediatas de los prestatarios", lo que incide en falta de claridad de la cláusula, al no ser percibida por el consumidor como relevante al objeto principal del contrato*". La razón de que la cláusula suelo (y mutatis mutandis en nuestro caso la de interés variable) deba ser objeto de una "especial" comunicación al cliente es que su efecto -más o menos pronunciado según los tipos en vigor y según la "altura" del suelo- es que "*convierte un préstamo a interés variable en un préstamo a interés mínimo fijo, que no podrá beneficiarse de todas las reducciones que sufra el tipo de referencia (el Euribor)*". Es decir la referencia del tipo de interés variable al IRPH, puede inducir a error al cliente sobre un aspecto fundamental del contrato y llevarle a adoptar una decisión irracional, esto es, elegir una oferta cuyo tipo variable lo sea a un tipo superior que si lo hubiera hecho al Euribor. Por todo ello esta Sala entiende que es correcto el razonamiento de la sentencia recurrida cuando declara la nulidad de la cláusula de interés variable referenciada al IRPH, y condena a la demandada a eliminarla y sustituirla por la de interés variable referida al Euribor más el diferencial pactado.

SEXTO: Impugnación de la sentencia por la demandante.

En la única de las alegaciones de su recurso denuncia incongruencia omisiva en cuanto a los apartados a) y b) de la petición 3ª del suplico de su demanda, al omitir la sentencia todo pronunciamiento *sobre* dichos extremos (recalculo de las cuotas sin intereses, pues conforme la S.T.S. de 9 de mayo de

2.013, la cláusula que determina el interés es parte del objeto principal del contrato, pero no es esencial del mismo, pues este puede subsistir sin intereses).

El recurso debe ser igualmente rechazado. En primer lugar, la supuesta incongruencia omisiva pudo y debió ser solucionada por la vía del complemento de sentencias del art.215 de la L.E.C. (S.T.S. de 8 de octubre de 2.013, entre otras muchas) antes de formular recurso, lo que por sí solo bastaría para desestimarlo. En segundo lugar, si la congruencia supone que exista una correlación entre todos o algunos de los pedimentos de la demanda, es evidente, que en el presente caso, no puede ser tachada la sentencia recurrida de incongruente, en cuanto acoge una de las pretensiones del suplico de la demanda de la actora, cual era, tras declarar la nulidad por abusividad de la cláusula 3ª bis del contrato y devolver a la ejecutada las cantidades resultantes del cobro de intereses, recalcular la cuota referenciada al Euribor y no al IRPH, lo que significa acoger el pedimento 3º c) formulado por la misma actora con carácter subsidiario. En tercer lugar, es reiterada la jurisprudencia según la cual el acogimiento de un pedimento supone la desestimación tácita del resto de las pretensiones cuando del conjunto de los razonamientos, como es el caso, puede deducirse que ha así ha sido.

No obstante, sin perjuicio de declarar nula por abusiva la mencionada cláusula tercera bis del contrato, partiendo de la base de que en el presente contrato de préstamo, se pactó expresamente la obligación de pago de intereses, más un diferencial, a cambio de la entrega de la cantidad prestada (1.755 del C.C.), este Tribunal entiende, que en aplicación de lo dispuesto en los arts. 1.254 y sgts. del C.C. resulta acorde con dicho pacto la desestimación de los pedimentos a) (devolución del capital sin interés alguno), y b) (devolución del capital referenciando los intereses al IRPH sin diferencial alguno), y en