



Roj: **SAP B 6296/2017 - ECLI:ES:APB:2017:6296**

Id Cendoj: **08019370152017100353**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **10/10/2017**

Nº de Recurso: **408/2016**

Nº de Resolución: **396/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA ELENA BOET SERRA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Cuestiones: Condiciones generales de la contratación. Nulidad cláusula IRPH.

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

SECCIÓN DECIMOQUINTA

Rollo núm. 408/2016-2ª

Juicio Ordinario núm. 464/2015

Juzgado Mercantil núm. 9 Barcelona

SENTENCIA núm. 396/2017

Composición del tribunal:

LUÍS RODRÍGUEZ VEGA

JOSÉ MARÍA RIBELLES ARELLANO

ELENA BOET SERRA

Barcelona, a diez de octubre de dos mil diecisiete.

Parte apelante: Juan Pablo y Candida

-Letrada: Ángela Domínguez Benítez:

-Procurador: Ángel Quemada Cuatrecasas

Parte apelada: Banco Bilbao VizcayaArgentaria, S.A.

Letrado: Xavier Claver Espax

Procurador: Ignacio López Chocarro

Sentencia recurrida:

Fecha: 26 de abril de 2016

Parte demandante: Juan Pablo y Candida .

Parte demandada: Banco Bilbao VizcayaArgentaria, S.A.

Objeto: nulidad cláusula IRPH.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. La parte dispositiva de la sentencia apelada es del tenor literal siguiente: FALLO: « *Que debo desestimar y desestimo íntegramente la demanda interpuesta por Juan Pablo y Candida contra la entidad Banco Bilbao Vizcaya S.A., sin condena en costas* ».



SEGUNDO. Contra la anterior sentencia interpuso recurso de apelación la parte demandante. Admitido en ambos efectos se dio traslado a la contraparte, que presentó escrito impugnándolo y solicitando la confirmación de la sentencia recurrida, tras lo cual se elevaron las actuaciones a esta Sección de la Audiencia Provincial, que señaló votación y fallo para el día 13 de julio de 2017.

Actúa como ponente la magistrada ELENA BOET SERRA.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO . Términos en los que aparece determinado el conflicto en esta instancia.

1. La parte demandante, Juan Pablo y Candida , ejercitó frente a Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. una acción de nulidad, por su carácter abusivo y por infringir normas imperativas, de la cláusula incorporada como condición general al contrato de préstamo a interés variable que tiene suscrito con la entidad financiera demandada que fija como tipo de interés de referencia el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años de las entidades de crédito, publicado por el Banco de España en el Boletín Oficial del Estado con referencia oficial (en adelante, cláusula IRPH).

Según la actora se trata de una cláusula que no fue objeto de negociación y no se ofreció al demandante información sobre su funcionamiento, forma de cálculo y evolución, ni se le dio la posibilidad de escoger otros índices de referencia. Por tal motivo solicita la nulidad por los siguientes motivos: 1º) Falta de transparencia. La actora alega que el tipo de referencia no fue objeto de negociación y que no fue informada debidamente sobre la cláusula ni sobre su regulación o efectos; 2º) La infracción de normas imperativas, dado que se trata de un índice influenciado y manipulable por las entidades de crédito.

Como efecto de la nulidad, la actora solicita que se elimine el índice de referencia y se recalculen las cuotas del préstamo sin intereses y, subsidiariamente aplicando el Euribor, y que se condene a la entidad demandada a la restitución de la cantidad abonada en concepto de intereses, y subsidiariamente el exceso, más los intereses legales.

2. La demandada se opuso a la demanda alegando, en síntesis, que el índice de referencia pactado viene regulado expresamente en la Ley y que la cláusula de intereses remuneratorios no es una condición general de la contratación.

3. La resolución recurrida desestima íntegramente la pretensión de nulidad de la cláusula. Aun cuando concluye que la cláusula impugnada es una condición general de la contratación, estima, con apoyo en la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 , que por afectar a un elemento esencial del contrato sólo cabe un control limitado de incorporación de la cláusula al contrato. Y, tras analizar su contenido, considera que es clara y comprensible, y que el demandante pudo tomar conocimiento del tipo de interés pactado.

4. La sentencia es recurrida por los demandantes, que reiteran los mismos argumentos esgrimidos en la demanda. La demandada, por su parte, se opone al recurso y solicita que se confirme la sentencia por sus propios fundamentos.

SEGUNDO . Marco normativo y consideraciones que hemos de realizar sobre su aplicación al caso.

5. Es conveniente hacer algunas consideraciones generales para poder dar respuesta a la incidencia de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC) y la normativa sobre protección de consumidores y usuarios frente a condiciones generales que puedan considerarse abusivas en las cláusulas sobre determinación del índice de referencia adoptado para fijar el tipo de interés variable.

6. La primera de ellas es que, en un contrato de préstamo, el tipo de interés será el que libremente establezcan las partes. Aunque rija el principio de libertad de pacto, el legislador estableció la posibilidad de que el Ministerio de Economía, a través del Banco de España, publicara unos tipos oficiales de referencia para que las entidades bancarias pudieran aplicar a los préstamos a interés variable que suscribieran con sus clientes. La finalidad de esta medida de publicación de tipos oficiales era «proteger los legítimos intereses de la clientela activa y pasiva de las entidades de crédito y sin perjuicio de la libertad de contratación». Por lo tanto, las partes pueden pactar libremente los intereses, pero si se remiten a estos tipos oficiales, su definición, su publicación y su control corresponde al Banco de España.

7. La hoy derogada Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, modificada por Ley 2/1994, de 30 de marzo, en su art. 48, apartado segundo, establecía que «con el fin de proteger los legítimos intereses de la clientela activa y pasiva de las entidades de crédito y sin perjuicio de la libertad de contratación", en su letra e) se facultaba al Ministro de Economía y Hacienda para efectuar, por sí o a través del Banco de España, la publicación regular, con carácter oficial, de determinados índices o tipos de



interés de referencia que puedan ser aplicados por las entidades de crédito a los préstamos a interés variable, especialmente en el caso de préstamos hipotecarios».

8. En el ejercicio de dicha facultad, la Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, en su disposición adicional segunda establecía que «el Banco de España, previo informe de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, definirá mediante Circular un conjunto de índices o tipos de interés de referencia oficiales, susceptibles de ser aplicados por las entidades de crédito a los préstamos hipotecarios a interés variable, y hará públicos sus valores regularmente».

9. Pues bien, a esos efectos la Circular 5/1994, de 22 de julio, del Banco de España a entidades de crédito, sobre modificación de la circular 8/1990, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela, modificada por la Circular 7/1999, establecía que:

« 3. A efectos de lo previsto en la Disposición Adicional Segunda de la Orden sobre préstamos hipotecarios, se consideran oficiales los siguientes índices o tipos de referencia, cuya definición y forma de cálculo se recoge en el anexo VIII:

a) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre concedidos por los bancos.

b) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda libre concedidos por las cajas de ahorro.

c) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre concedidos por el conjunto de las entidades de crédito.

d) Tipo activo de referencia de las cajas de ahorro.

e) Tipo de rendimiento interno en el mercado secundario de la deuda pública de plazo entre 2 y 6 años.

f) Tipo interbancario a 1 año (Mibor).

g) Referencia interbancaria a un año.

El Banco de España dará una difusión adecuada a estos índices que, en todo caso, se publicarán, mensualmente, en el "Boletín Oficial del Estado" ».

10. Esa misma Circular 8/1990 en su anexo VIII se refiere a los tipos de referencia oficiales del mercado hipotecario, concretamente a su definición y fórmula de cálculo de cada uno de ellos. Por lo tanto, como **primera conclusión, los índices de referencia referidos en esa Circular y en la normativa que la desarrolla no deben en modo alguno considerarse condiciones generales de la contratación** . Son índices definidos y regulados por disposición legal y son las entidades financieras las que deciden incorporar uno de estos índices en los contratos de préstamo hipotecario a interés variable que ofrecen a sus clientes.

11. 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).

12. El tipo de referencia establecido por la administración pública correspondiente, en este caso el Banco de España, se incorpora a los contratos de préstamo por medio de una condición general de la contratación. Es decir, en una condición general de la contratación se indica que a un contrato o grupo de contratos determinados se les aplicará un índice previamente definido y regulado por el Banco de España. La incorporación del índice por medio de una condición general no convierte ese índice en una condición general.

13. En este sentido el art. 4 LCGC excluye del ámbito de esta ley las «condiciones generales que reflejen las disposiciones o los principios de los Convenios internacionales en que el Reino de España sea parte, ni las que vengan reguladas específicamente por una disposición legal o administrativa de carácter general y que sean de aplicación obligatoria para los contratantes».

14. Esta norma responde a lo dispuesto en el art. 1.2 de la citada Directiva 93/13 , en el que se dispone que: «(l)as cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas, así como las disposiciones o los principios de los convenios internacionales, en especial en el ámbito de los transportes, donde los Estados miembros o la Comunidad son parte, no estarán sometidos a las disposiciones de la presente Directiva».



En las consideraciones que, a modo de preámbulo o exposición de motivos, incluye la Directiva, se dice que: «(c)onsiderando que se supone que las disposiciones legales o reglamentarias de los Estados miembros por las que se fijan, directa o indirectamente, las cláusulas de los contratos celebrados con los consumidores no contienen cláusulas abusivas; que por consiguiente, no resulta necesario someter a las disposiciones de la presente Directiva las cláusulas que reflejan las disposiciones legales o reglamentarias imperativas ni las disposiciones de convenios internacionales de los que los Estados miembros o la Comunidad sean parte; que a este respecto, la expresión «disposiciones legales o reglamentarias imperativas» que aparece en el apartado 2 del artículo 1 incluye también las normas que, con arreglo a derecho, se aplican entre las partes contratantes cuando no exista ningún otro acuerdo ».

15. En desarrollo de este principio, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), en su Sentencia de 21 de marzo de 2013 (asunto C- 92/11 , caso RWE) advierte: « esta exclusión de la aplicación del régimen de la Directiva 93/13 se justifica por el hecho de que (...) es legítimo presumir que el legislador nacional ha establecido un equilibrio entre el conjunto de derechos y obligaciones de las partes en determinados contratos ».

16. Esta excepción se refiere no solo a las reglas legales imperativas que se reproducen en las condiciones contractuales predispuestas, sino a aquellas otras que reflejan las disposiciones legales supletorias, es decir, que se aplican en defecto de pacto expreso entre las partes, puesto que también en ese caso, hay que presumir que el profesional no ha alterado el equilibrio contractual impuesto por el legislador o la administración pública en su reglamentación. En este sentido el Tribunal de Justicia en sentencia de 30 de abril del 2014 (C 280/13, asunto Barclays Bank, S.A ., fundamentos 28-45) ha señalado que:

« 42. Por otro lado, las disposiciones legales y reglamentarias nacionales controvertidas en el litigio principal se aplican únicamente cuando las partes contratantes no hayan pactado otra cosa. Por consiguiente, de conformidad con el considerando decimotercero de la Directiva 93/13, tales disposiciones se rigen por el artículo 1, apartado 2 , de dicha Directiva, a cuyo tenor «no estarán sometid[a]s a las disposiciones de la [...] Directiva». Así pues, en cualquier caso, la propia Directiva no resultaría aplicable ».

Y el fallo de esta sentencia concluye que:

« La Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, y los principios del derecho de la Unión relativos a la protección de los consumidores y al equilibrio contractual deben interpretarse en el sentido de que están excluidas de su ámbito de aplicación las disposiciones legales y reglamentarias de un Estado miembro, como las controvertidas en el litigio principal, cuando no existe una cláusula contractual que modifique el alcance o el ámbito de aplicación de tales disposiciones ».

17. Para cerrar el análisis de la jurisprudencia del TJUE, resulta necesario advertir que corresponde a los tribunales nacionales comprobar si la cláusula responde a normas que se aplican en defecto de pacto entre las partes. En este sentido el TJUE en Sentencia de 10 de septiembre de 2014 (C34-13, asunto *Kuřionová*) mantiene que:

« 79 En ese sentido hay que observar que, para determinar si una cláusula contractual está excluida del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13, incumbe al juez nacional comprobar si esa cláusula refleja las disposiciones del Derecho nacional que se aplican entre las partes contratantes con independencia de su elección o aquellas que son aplicables por defecto, es decir, cuando las partes no hayan pactado otra cosa (véase en ese sentido la sentencia RWE Vertrieb, EU:C:2013:180 , apartado 26) ».

18. Por lo tanto, la **segunda conclusión** que podemos extraer es que **no puede controlarse judicialmente el carácter abusivo de una condición general de contratación cuando la misma responda a una disposición administrativa supletoria** , ya que en estos casos el control sobre el equilibrio entre las obligaciones y derechos viene garantizado por la intervención de la administración pública, siempre y cuando su contenido no haya sido modificado contractualmente.

19. Esta segunda conclusión nos permite afirmar 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.



Por tanto, ni a partir de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, ni de la normativa sobre tutela de los consumidores frente a posibles condiciones generales puede fiscalizarse un tipo referencia (cualquier tipo de referencia) que ha sido fijado conforme a disposiciones legales.

20. 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 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 los controles de abusividad respecto de los tipos de referencia fijados por el regulador.

21. Sentando lo anterior, debe definirse qué tipo de control pueden realizar los jueces civiles en el marco de la LCGC, la LGDCU, la Directiva 93/13 y la jurisprudencia de referencia. El control debe limitarse o circunscribirse a la condición general por la que se incorpora a un contrato (o a una pluralidad de contratos) esa disposición o previsión legal.

22. A ello debemos añadir que el interés remuneratorio es el precio que satisface el prestatario al prestamista por la concesión del préstamo. Por lo tanto, las cláusulas que se refieren al modo de determinación del interés remuneratorio afectan al precio del contrato y, por lo tanto, configuran los elementos esenciales del contrato (la jurisprudencia sobre esta materia se sintetiza en la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2017 - ECLI:ES:TS:2017:2244).

23. En las sentencias de esta sección núm. 112/2017, de 23 de marzo (ECLI:ES:APB: 2017 : 736), y 148/2017, de 6 de abril (ECLI:ES:APB:2017:2826), hemos analizado y concluido que en un préstamo concedido por una entidad financiera la cláusula en la que se incorpora el interés remuneratorio y su modo de cálculo es un elemento esencial del contrato, que determina su objeto principal.

En el pacto tercero bis del contrato se establece que el tipo de interés pactado para remunerar el mismo será variable y se fija que el modo de determinar ese interés variable será el de aplicar uno de los tipos legales de referencia. La cláusula es clara, es precisa y permite al prestatario conocer, comprender y aceptar que la cuota o plazo de devolución de su hipoteca se hará a partir de un tipo de referencia fijado y controlado por el Banco de España.

Desde esta perspectiva la cláusula de referencia supera el control de inclusión y el control de transparencia en toda su amplitud.

24. La prestataria plantea en su demanda que el control de transparencia obligaba a la prestamista a explicar cómo se configuraba el tipo de referencia, cómo había evolucionado y cómo podría evolucionar en el futuro, que obligaba a la entidad a poner en relación el tipo de referencia elegido con otros tipos legalmente previstos, incluso obligaba a la entidad a ofrecer al prestatario entre los diversos tipos existentes en el mercado.

25. Esa extensión del denominado control de transparencia no puede aceptarse en los términos que propone la parte actora, como acertadamente alega la recurrente. La citada STS de 8 de junio de 2017 resume el alcance y significado del control de transparencia referido a cláusulas que afectan a elementos esenciales del contrato:

«... se ha establecido la doctrina consistente en que, además del filtro de incorporación previsto en los arts. 5 y 7 LCGC, a las condiciones generales en contratos concertados con consumidores debe aplicarse un control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, cuando la condición general se refiere a elementos esenciales del contrato. Este 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. 5.- A las condiciones generales que versan sobre elementos esenciales del contrato se les exige un plus de información que permita que el consumidor pueda adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que le supondrá concertar el contrato, sin necesidad de realizar un análisis minucioso y pormenorizado del contrato. Esto 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 » (énfasis añadido).

26. 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 (había sido informado) de que esa cláusula configuraba un elemento esencial, la fórmula de interés variable, y la respuesta no puede ser otra que la de



afirmar que 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.

El control de transparencia no puede ir en este caso mucho más allá. Esa es la **tercera y última conclusión** .

27. Como ya hemos indicado en otras resoluciones de esta sección (por todas la Sentencia de 4 de octubre de 2016 - ECLI:ES:APB:2016:9206):

« Precisamente por ese carácter esencial de la cláusula IRPH, estimamos que el consumidor se percata de su importancia, así como de la carga económica y jurídica que representa, llegando a conocer sin dificultad que esa cláusula es el elemento definitorio del objeto principal del contrato. No consideramos, por el contrario, que el deber de transparencia reforzada en contratos con consumidores exija que se le ofrezca información sobre cómo se determina el índice de referencia. El proceso de elaboración del IRPH de las Cajas, que está bajo la supervisión del Banco de España, no reviste mayor complejidad que el de otros índices de referencia que se utilizan en los préstamos hipotecarios.

En este contexto, tampoco podemos presumir que un consumidor mínimamente formado desconozca el índice al que está referenciado su préstamo hipotecario a interés variable o que el índice de referencia se haya incorporado al contrato de forma sorpresiva, como sí haríamos con otras cláusulas que no son esenciales. Se trataría de una presunción judicial que no respondería a ninguna lógica jurídica (artículo 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). De hecho en el presente caso la parte actora no cuestiona que conociera el índice de referencia del préstamo hipotecario.

Por último, no podemos aceptar, como sostiene la demandante, que el control de transparencia sólo se supere si se acredita que se ofreció a los consumidores la opción de contratar otros índices de referencia, como el Euribor, que el tiempo ha demostrado que ha tenido una evolución más favorable para el consumidor. Los índices de referencia aplicables a los préstamos hipotecarios se elaboran por el Banco de España y se publican con carácter mensual en el Boletín Oficial del Estado, por lo que se trata de una información pública y accesible para cualquiera. Además, se publican de forma agrupada, por lo que es posible confrontarlos entre sí ».

28. En suma, a partir de las conclusiones sucesivas a las que hemos llegado en nuestra argumentación, el recurso debe ser desestimado.

TERCERO. Costas.

29. Pese a la desestimación íntegra del recurso consideramos que no es procedente la imposición de las costas a la parte apelante, atendidas las dudas de derecho que el caso plantea, dudas que proceden de la multiplicidad de criterios jurisprudenciales y de la dificultad que resulta en su aplicación práctica (arts. 394 y 398 LEC).

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por Juan Pablo y Candida contra la sentencia del Juzgado Mercantil núm. 9 de Barcelona de fecha 26 de abril de 2016 , dictada en las actuaciones de las que procede este rollo, que confirmamos. No se imponen las costas de la primera y segunda instancia.

Contra la presente resolución las partes legitimadas podrán interponer recurso de casación y/o extraordinario por infracción procesal, ante este tribunal, en el plazo de los veinte días siguientes al de su notificación, conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación.

Remítanse los autos originales al juzgado de procedencia con testimonio de esta sentencia, una vez firme, a los efectos pertinentes.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN. La anterior sentencia ha sido leída y hecha pública por el magistrado ponente en la audiencia pública del mismo día de su fecha, a mi presencia, doy fe.