



Roj: **SAP B 6616/2019** - ECLI: **ES:APB:2019:6616**

Id Cendoj: **08019370152019101050**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **07/06/2019**

Nº de Recurso: **859/2018**

Nº de Resolución: **1095/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **ANNA ESTHER QUERAL CARBONELL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**Sección nº 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil**

Calle Roger de Flor, 62-68 - Barcelona - C.P.: 08071

TEL.: 938294451

FAX: 938294458

EMAIL:aps15.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0810142120168126477

**Recurso de apelación 859/2018 -1**

Materia: Juicio Ordinario

**Órgano de origen: Juzgado de Primera Instancia nº 7 de L'Hospitalet de Llobregat**

**Procedimiento de origen: Procedimiento ordinario 761/2016**

Parte recurrente/Solicitante: Hermenegildo , Noelia

Procuradora: Rocio Fernandez Prat

Abogado: Esteban Fontanet Marín

Parte recurrida: UNION DE CREDITO INMOBILIARIO SA ESTABLECIMIENTO FINANCIERO DE CRÉDITO

Procurador: Javier Segura Zariquiey

Abogada: Elena Valero Galaz

**Cuestiones.-** Nulidad de condiciones generales de la contratación. Cláusula de interés variable indexada al IRPH y sustitutivos.

**SENTENCIA núm. 1095/2019**

**Composición del Tribunal:**

JOSÉ MARÍA FERNÁNDEZ SEIJO

Anna Esther Queral Carbonell

MARTA PESQUEIRA CARO

Barcelona, a 7 de junio de 2019

**Parte apelante:** Hermenegildo y Noelia .

**Parte apelada:** Unión de Créditos Inmobiliarios, S.A., E.F.C.

**Resolución recurrida:** Sentencia.



Fecha: 8 de marzo de 2018.

Parte demandante: Hermenegildo y Noelia .

Parte demandada: Unión de Créditos Inmobiliarios, S.A., E.F.C.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.** El fallo de la Sentencia apelada es del tenor literal siguiente: FALLO:

" Estimo parcialmente la demanda y, en su virtud, declaro la nulidad de las siguientes cláusulas financieras sexta, relativa a los intereses de demora, de la escritura de préstamo hipotecario suscrita el 5 de enero de 2005 entre Unión de Créditos Inmobiliarios, S.A. establecimiento financiero de crédito, como prestamista; y Hermenegildo y Noelia , como prestatarios".

**SEGUNDO.** Contra la anterior sentencia interpuso recurso de apelación la parte demandante. Admitidos en ambos efectos se dio traslado a la contraparte, que presentó escrito oponiéndose 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 5 de junio de 2019.

Ponente: magistrada Anna Esther Queral Carbonell.

## FUNDAMENTOS JURIDICOS

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

**1. La parte demandante ejercitó** una acción de nulidad, por falta de transparencia, de la cláusula sobre el interés variable referenciado al IRPH, más los tipos sustitutivos (cláusula tercera bis), así como de la cláusula sobre intereses de demora (cláusula sexta), por su carácter abusivo, incorporadas, como condiciones generales de la contratación, en el préstamo con garantía hipotecaria suscrito con la entidad demandada el 5 de enero de 2005, con devolución de cantidades, más intereses. Fundamentaba su pretensión en la Ley de condiciones generales de la contratación y de protección de los consumidores e usuarios.

**2.** La entidad demandada defendió la validez de la cláusula sobre el índice de referencia IRPH y sustitutivos, allanándose a la pretendida declaración de nulidad de la cláusula sobre intereses de demora oponiéndose, sin embargo, a los efectos de devolución solicitados al haberse aplicado el artículo 114 LH .

**3.** La resolución recurrida estimó en parte la demanda declarando la nulidad de la cláusula sobre intereses de demora, si bien no estimó la pretensión de declaración de nulidad de la cláusula sobre el índice de referencia IRPH y los tipos sustitutivos. No hizo imposición de las costas procesales.

**4.** La sentencia es recurrida por la parte demandante que insiste en la nulidad de la IRPH y sustitutivos.

La parte demandada se opone al recurso y solicita la confirmación de la sentencia.

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

**5.** Los fundamentos que nos llevan a desestimar el recurso fueron detalladamente expuestos en nuestra sentencia 130/2018, de 27 de febrero (ECLI:ES:APB:2018:1265 ), que citamos a título de mero ejemplo, ya que previamente habían sido adelantadas en otras muchas. También el Tribunal Supremo, en Sentencia 669/2017, de 14 de diciembre (ECLI:ES:TS:2017:4308 ) ha seguido la misma senda. Nos remitimos a dicha argumentación que resumidamente exponemos a continuación.

**6.** 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. 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 corresponden 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, establecían los índices oficiales, 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 desarrollada 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.

#### **TERCERO. El control del índice de referencia corresponde a la Administración Pública y no a los Tribunales.**

10. 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).

11. El tipo de referencia establecido por la administración pública correspondiente, en este caso al 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.

12. Y, en el caso de que lo fuera, 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* ".

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.

13. 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.

14. 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.

#### **CUARTO. El control de incorporación de la cláusula del IRPH.**

15. 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 (a una pluralidad de contratos) esa disposición o previsión legal.



16. 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 ).

17. 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.

18. Cabe preguntarse si 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, si obligaba a la entidad a poner en relación el tipo de referencia elegido con otros tipos legalmente previstos, incluso si obligaba a la entidad a ofrecer al prestatario entre los diversos tipos existentes en el mercado.

19. La respuesta es negativa, ya que esa extensión del denominado control de transparencia no puede aceptarse en esos términos. La STS de 8 de junio de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:2244 ) resume el alcance y significado del control de transparencia referido a cláusulas que afectan a elementos esenciales del contrato.

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** .

20. Por todo lo expuesto, el recurso de la parte demandante no puede prosperar al ser válida la cláusula impugnada. Los motivos concretos invocados sobre la valoración de la prueba realizada por la sentencia apelada no pueden hacer decaer nuestra conclusión.

#### **QUINTO. Costas procesales.**

21. Al desestimarse el recurso del demandante, procede imponerle las costas de esta alzada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398 LEC , razón por la que es procedente ordenar la pérdida del depósito constituido al recurrir.

#### **FALLAMOS**

Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por Hermenegildo y Noelia contra la *sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Hospitalet de Llobregat de 8 de marzo de 2018 , que confirmamos.*

Se imponen las costas procesales del recurso al apelante y se ordena la pérdida del depósito constituido al recurrir.

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.