



Roj: **SAP B 7516/2019** - ECLI: **ES:APB:2019:7516**

Id Cendoj: **08019370152019101236**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **27/06/2019**

Nº de Recurso: **1322/2018**

Nº de Resolución: **1248/2019**

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.: 0821142120170058663

Recurso de apelación 1322/2018 -3

Materia: Juicio Ordinario

Órgano de origen:Sección Civil. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Sant Feliu de Llobregat

Procedimiento de origen:Procedimiento ordinario 207/2017

Parte recurrente/Solicitante: Luis Andrés , Ofelia

Procurador/a: Juan Alvaro Ferrer Pons, Juan Alvaro Ferrer Pons

Abogado/a: Nuria Castillo Gala

Parte recurrida: BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A.

Procurador/a: Ignacio Lopez Chocarro

Abogado/a: Xavier Claver Espax

Cuestiones.- Nulidad de condiciones generales de la contratación. Cláusula de interés variable indexada al IRPH. Tipo residual fijo. Cláusula sobre intereses de demora.

SENTENCIA núm. 1248/2019

Composición del Tribunal:

JOSÉ MARÍA FERNÁNDEZ SEIJO

Anna Esther Queral Carbonell

MARTA PESQUEIRA CARO

Barcelona, a veintisiete de junio de dos mil diecinueve.

Parte apelante: Luis Andrés y Ofelia .

Parte apelada: Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.

Resolución recurrida: Sentencia.



Fecha: 5 de abril de 2018.

Parte demandante: Luis Andrés y Ofelia .

Parte demandada: Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El tenor literal del fallo de la sentencia apelada es el siguiente:

"ESTIMO PARCIALMENTE la demanda presentada por Dña. Ofelia y D. Luis Andrés , representados por el Procurador de los Tribunales D. JUAN ÁLVARO FERRER PONS frente a BBVA, S.A. y DECLARO LA **NULIDAD** de la cláusula de VENCIMIENTO ANTICIPADO (SEXTA BIS) contenida en la escritura de **compraventa** con **subrogación** de préstamo con garantía **hipotecaria** suscrita entre las partes en fecha 16 de septiembre de 2003, debiendo tenerse por no puesta.

*DESESTIMO la pretensión de **nulidad** por abusividad de la cláusula contenida en la escritura de **compraventa** con **subrogación** de préstamo hipotecario de 16 de septiembre de 2003 por la que se estipula EL TIPO DE REFERENCIA IRPH-CAJAS DE AHORRO (TERCERA BIS ÍNDICE A) y TIPO SUSTITUTIVO CECA (TERCERA BIS ÍNDICE C), así como la relativa a INTERESES DE DEMORA (SEXTA).*

En cuanto a las costas derivadas de este procedimiento, de cuantía indeterminada, cada una de las partes sufragará las causadas a su instancia y las comunes por mitad".

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, tras lo cual se elevaron las actuaciones a esta Sección de la Audiencia Provincial, que señaló votación y fallo para el día 26 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 Cajas y el sustitutivo CECA, así como de la cláusula sobre vencimiento anticipado e intereses de demora, incorporadas como condiciones generales de la contratación en el préstamo hipotecario de 21 de enero de 2003 suscrito con la entidad demandada. Solicitó también la condena a la entidad demandada a la devolución de las cantidades cobradas en aplicación de aquellas cláusulas, más los intereses legales.

2. La entidad demandada defendió la validez de las cláusulas por los argumentos que expone en su escrito de contestación a la demanda.

3. La resolución recurrida estimó en parte la demanda declarando la **nulidad** de la cláusula sobre vencimiento anticipado, sin imposición de las costas procesales. Desestimó la declaración de **nulidad** de la cláusula sobre el índice de referencia IRPH y la del interés de demora.

4. La sentencia es recurrida por la parte demandante que insiste en la **nulidad** de la cláusula sobre el índice de referencia IRPH Cajas y el sustitutivo CECA y la cláusula sobre intereses de demora.

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 su 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 desarrollaba 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 vengán 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. Sentado 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 y su falta de motivación y exhaustividad no pueden hacer decaer nuestra conclusión. Tampoco entendemos procedente suspender el procedimiento hasta que se resuelva la cuestión prejudicial.

QUINTO. Sobre la cláusula relativa a los intereses de demora.

21. La cláusula impugnada relativa a los intereses de demora es una cláusula predispuesta, no negociada individualmente, cuyo carácter abusivo cabe enjuiciar con base en el artículo 82 TRLGDCYU y, en particular, el artículo 85.6 de dicho texto legal, al decir que "Las cláusulas que vinculen cualquier aspecto del contrato a la voluntad del empresario serán abusivas y, en todo caso, las siguientes: 6. Las cláusulas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones".

Como parámetros legales de comparación sobre tal proporcionalidad, el artículo 1.108 del Código Civil establece que " *si la obligación consiste en el pago de una cantidad de dinero, y el deudor incurriere en mora, la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio, en el interés legal* ". También el artículo 114 LH determina que "los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y sólo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago. Dichos intereses de demora no podrán ser capitalizados en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil "

22. El Tribunal Supremo, sobre los intereses moratorios, en STS de 3 de junio de 2016 (ECLI:ES: TS:2016:2041), tras reiterar la doctrina sentada en Sentencias anteriores, como la de 22 de abril de 2015 , se ha ratificado sobre el carácter abusivo de las cláusulas que fijan un interés de demora en los préstamos personales que



impongan un recargo superior a dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio y ha extendido este mismo criterio al préstamo hipotecario para la adquisición de la vivienda habitual.

23. La STS núm. 671/2018, de 28 de noviembre ha precisado, sobre este tipo de cláusulas, que " *los jueces nacionales están obligados a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que esta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma*", subsistiendo el resto del contrato, y en consecuencia, que se sigan devengando los intereses remuneratorios que se hubieran pactado sobre el capital pendiente de pago.

24. En el caso de autos, la cláusula sexta prevé unos intereses de demora de 8,5 puntos sobre el interés aplicable, por lo que merecen ser considerados abusivos por exceder del parámetro fijado por el TS, Según lo dispuesto por el TS seguirán devengándose por dicho concepto los intereses remuneratorios.

En consecuencia, debemos estimar el recurso de los demandantes y declarar la **nulidad** de la cláusula por abusiva.

SEXTO. Costas procesales del recurso.

25. Al estimarse en parte el recurso no procede imponer las costas de esta alzada al apelante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398 LEC , razón por la que es procedente ordenar la devolución del depósito constituido al recurrir.

FALLAMOS

Estimamos en parte el recurso de apelación interpuesto por Luis Andrés y Ofelia contra la *sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Sant Feliu de Llobregat de fecha 5 de abril de 2018 , que revocamos en parte, en el sentido de declarar la **nulidad** de la cláusula sexta sobre intereses de demora.*

No se hace imposición de las costas del recurso y se ordena la devolución 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.