



Roj: **SAP B 3495/2019 - ECLI: ES:APB:2019:3495**

Id Cendoj: **08019370152019100673**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **15/04/2019**

Nº de Recurso: **627/2018**

Nº de Resolución: **736/2019**

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.: 0811442120168189786

Recurso de apelación 627/2018 -3

Materia: Juicio Ordinario

Órgano de origen:Sección Civil. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 6 de Martorell

Procedimiento de origen:Procedimiento ordinario (Contratación art. 249.1.5) 597/2016

Parte recurrente/Solicitante: Ariadna , Abel

Procurador/a: ANTONIO URBEA ANEIROS, ANTONIO URBEA ANEIROS

Abogado/a: SANTIAGO BASART PINATELLI

Parte recurrida: BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA SA

Procurador/a: Eulalia Castellanos Llauger

Abogado/a:

Cuestiones.- Nulidad de condiciones generales de la contratación. Cláusula de interés variable indexada al IRPH. Tipo residual fijo. Error vicio del consentimiento.

SENTENCIA núm. 736/2019

Composición del Tribunal:

MANUEL DÍAZ MUYOR

Anna Esther Queral Carbonell

MARTA PESQUEIRA CARO

Barcelona, a quince de abril de dos mil diecinueve.

Parte apelante: Ariadna y Abel .

Letrado: Santiago Basart Pinatel.li.

Procurador: Antonio Urbea Aneiros.



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

Letrada: Alba Mundó.

Procurador: Eulalia Castellanos Llauger.

Resolución recurrida: Sentencia.

Fecha: 14 de julio de 2017.

Parte demandante: Ariadna y Abel .

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. La Sentencia apelada desestimó la demanda interpuesta por Ariadna y Abel contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. por la que se solicitaba la nulidad de la cláusula 3 bis sobre el índice de referencia IRPH (CAJAS, CECA y sustitutivo fijo) del préstamo hipotecario suscrito el 11 de octubre de 2002, con imposición de las costas procesales a la parte demandante.

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 10 de abril 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 y, subsidiariamente, por error vicio del consentimiento, de la cláusula sobre el interés variable referenciado al IRPH CAJAS y el tipo sustitutivo CECA y residual fijo (cláusula tercera bis), incorporada como condición general de la contratación en el préstamo hipotecario de 11 de octubre de 2002 suscrito con la entidad demandada, con obligación de recalcular las cuotas del préstamo sin intereses y condenando a la entidad demandada a la devolución de las cantidades cobradas en concepto de intereses.

2. La entidad demandada opuso la validez de la cláusula 3 bis al ser libremente elegida por los prestatarios, no ser manipulable, superar el doble control de transparencia. Se opuso también a los efectos pretendidos de dejar el préstamo sin intereses por producir una situación de enriquecimiento injusto.

3. La resolución recurrida desestimó la demanda al considerar válida la cláusula tercera bis impugnada por superar el control de transparencia y no concurrir un error vicio del consentimiento.

4. La sentencia es recurrida por la parte demandante, cuyo recurso se fundamenta en un error en la valoración de la prueba, falta de motivación de la sentencia en cuanto al residual fijo e infracción de la doctrina del error vicio del consentimiento y del control de transparencia del TS, defendiendo la nulidad de la cláusula del IRPH con los efectos inherentes solicitados. Solicitaba, para el caso de desestimarse el recurso, la no imposición de las costas procesales por dudas.

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 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. 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 no pueden hacer decaer nuestra conclusión.

QUINTO. Sobre la cláusula relativa al interés fijo residual.

21. La demanda también solicitaba la nulidad de la estipulación que determina que el tipo variable se convierta en fijo ante la eventual desaparición de los índices de referencia. La cláusula 3 bis 2.5 establece que " *si por cualquier causa se dejasen de publicar los índices de referencia y no pudieran aplicarse ninguna de las previsiones que sobre las variaciones de tipo contiene la presente escritura, a cada uno de los períodos de interés fijo siguientes, se aplicará el tipo de interés en aquel momento vigente, el cual se mantendrá fijo hasta que, a tenor de lo pactado, sea factible su variación*".

22. Como hemos venido considerando en resoluciones anteriores, no consideramos que la cláusula sea nula. A título de mero ejemplo citamos lo que afirmábamos en nuestra Sentencia de 27 de septiembre de 2018 (ECLI:ES:APB:2018:9062):

" 40. La cláusula tercera bis establece que, de no existir un tipo de referencia específico utilizable, por la desaparición o por la no publicación de los índices pactados, se mantendrá el mismo tipo de interés nominal aplicado en el período de interés anterior. Recordemos que la Ley 14/2013, tras disponer la desaparición del IRPH CAJAS, IRPH BANCOS e IRPH CECA, establece lo siguiente:

2. Las referencias a los tipos previstos en el apartado anterior serán sustituidas, con efectos desde la siguiente revisión de los tipos aplicables, por el tipo o índice de referencia sustitutivo previsto en el contrato.

3. En defecto del tipo o índice de referencia previsto en el contrato o en caso de que este fuera alguno de los índices o tipos que desaparecen, la sustitución se realizará por el tipo de interés oficial denominado "tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las



entidades de crédito en España", aplicándole un diferencial equivalente a la media aritmética de las diferencias entre el tipo que desaparece y el citado anteriormente, calculadas con los datos disponibles entre la fecha de otorgamiento del contrato y la fecha en la que efectivamente se produce la sustitución del tipo.

La sustitución de los tipos de conformidad con lo previsto en este apartado implicará la novación automática del contrato sin suponer una alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita.

4. Las partes carecerán de acción para reclamar la modificación, alteración unilateral o extinción del préstamo o crédito como contrapartida de la aplicación de lo dispuesto en esta Disposición.

"41. Sobre la cuestión planteada nos hemos pronunciado en anteriores ocasiones en el sentido de descartar el carácter abusivo de la cláusula, aunque admitimos que la cuestión suscita dudas de derecho. La cláusula no ofrece ninguna dificultad de comprensión y, lógicamente, al igual que acontece con el interés variable vigente hasta la supresión de aquellos tipos oficiales, define directamente el precio. Su ubicación en la escritura es la adecuada, en la medida que aparece inmediatamente después del interés variable aplicable transcurrido el primer periodo pactado. Es natural que ambas partes prestaran mayor atención a la referencia principal (IRPH Cajas), dado que no era previsible que los dos primeros índices fueran suprimidos.

"42. Además, aunque aceptáramos como hipótesis que el último de los índices sustitutivos no se incorporó con transparencia o que faltó información, no estimamos que sea abusivo. Recordemos que para que pueda prosperar la acción de nulidad y conseguir el efecto práctico pretendido de expulsar la cláusula del contrato, no basta con constatar que ha existido infracción del deber de información, sino que es preciso que la cláusula pueda considerarse abusiva, esto es, que, en contra de las exigencias de la buena fe cause, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. Ese análisis, además, debe hacerse atendidas las circunstancias existentes en el momento en que se suscribió el contrato, sin que pueda verse condicionado el juicio de abusividad por hechos posteriores, como puede ser la evolución de las distintas referencias hipotecarias. Pues bien, en este caso la desaparición del IRPH, en sus dos modalidades, es un hecho ajeno a la entidad de crédito y absolutamente imprevisible cuando se suscribió el préstamo. No advertimos, por tanto, que la demandada actuara contraviniendo las exigencias de la buena fe ni podemos concluir que sea perjudicial para el consumidor un tipo fijo tan reducido como el que resultaba de aplicar el último interés vigente antes de la desaparición del IRPH. Ante un escenario altamente improbable cuando se firmó el contrato (la desaparición de todas las referencias hipotecarias), no nos parece desequilibrado que el contrato contemple que se mantenga el último tipo resultante de aplicar las previsiones contractuales.

"43. Por último hemos de recordar que es la propia Ley 14/2013, de 27 de septiembre, que dispone la desaparición del IRPH, la que otorga 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".

23. Esas consideraciones creemos que son de aplicación en nuestro caso y permiten excluir que la cláusula cuestionada pueda ser contraria a lo establecido en la norma legal invocada (la Ley 14/2013). Lo que esa norma hace es remitirse a las propias previsiones contractuales, de acuerdo con las cuales el interés dejará de ser variable para quedar convertido en fijo y aplicarse de acuerdo con el último cálculo que se hubiera practicado a partir del sistema de interés variable especificado en el contrato.

En consecuencia, el recurso de la demandante no puede prosperar.

SEXTO. Nulidad de la cláusula por error en el consentimiento.

24 . Invoca la recurrente un error en la valoración de la prueba al analizar la acción de anulabilidad por error vicio del consentimiento de la cláusula 3 bis.

Pues bien, entendemos que el error de consentimiento que, conforme a lo dispuesto en el artículo 1266 del Código Civil , ha de recaer sobre *"la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo"*, no se puede invocar para sostener la nulidad de condiciones generales concretas sino que debe alegarse para cuestionar la validez del contrato como tal.

25. Como hemos dicho en resoluciones anteriores, la invocación que la demanda hacía de la doctrina del **error** vicio podía tener sentido si lo que hubiera pretendido la demanda hubiera sido la nulidad del propio contrato de préstamo, pero no así cuando la nulidad se refería únicamente a una parte del contrato. También el Tribunal Supremo lo ha entendido así en su STS de 16 de octubre de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:3721) cuando afirma que:

"No puede confundirse la evaluación de la transparencia de una condición general cuando se enjuicia una acción destinada a que se declare la nulidad de la misma con el enjuiciamiento que debe darse a la acción de anulación de un contrato por **error** vicio en el consentimiento.



"Mientras que en la primera se realiza un control más objetivo de la cláusula y del proceso de contratación, en la segunda las circunstancias personales de los contratantes son fundamentales para determinar tanto la propia existencia del **error** como, en caso de que exista el **error**, la excusabilidad del mismo, y es necesario que el **error** sea sustancial por recaer sobre los elementos esenciales que determinaron la decisión de contratar y la consiguiente prestación del consentimiento.

"Las consecuencias de uno y otro régimen legal son diferentes, pues el control de abusividad de la cláusula no negociada en un contrato celebrado con un consumidor, en el que se inserta el control de transparencia, lleva consigo la nulidad de la cláusula controvertida, la pervivencia del contrato sin esa cláusula y la restitución de lo que el predisponente haya percibido como consecuencia de la aplicación de la cláusula abusiva, mientras que la anulación por **error** vicio del consentimiento afecta al contrato en su totalidad y las partes deben restituirse recíprocamente todo lo percibido de la otra en virtud del contrato, con sus frutos o intereses".

26. Si lo que la demanda pretende es la nulidad de una concreta estipulación (o de varias de ellas), no la nulidad del contrato de préstamo, creemos que lo razonable no es examinar esa cuestión desde la perspectiva de los vicios en el consentimiento, que solo es propia del examen de la validez del negocio jurídico, no así de la que corresponde al examen de la validez de sus concretas estipulaciones.

Por tanto, si de lo que se trata es meramente de analizar la validez de unas concretas condiciones generales, habrá que estar a las acciones de impugnación propias de las condiciones generales, que son las que se regulan en la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, concretamente, la acción de no incorporación (art. 7) y la acción de nulidad de la estipulación (art. 8). La nulidad parcial de un contrato, esto es, la nulidad de alguna de sus estipulaciones que no afecte al propio contrato, solo se admite de forma excepcional en nuestro ordenamiento, en los casos en los que expresamente lo dispone el legislador, entre los que no se encuentra la impugnación de cláusulas predispuestas con carácter general. Cuando nuestro Código Civil regula la nulidad por vicios en el consentimiento no se refiere nunca a la nulidad parcial sino que lo hace siempre a la nulidad del contrato.

27. Además, el Tribunal Supremo (Sentencias de 20 de enero de 2014, 16 de septiembre de 2015 y 25 de febrero de 2016), tras reiterar los requisitos de esencialidad e excusabilidad del error, concluye que la ausencia de información sobre la naturaleza y riesgos del producto no determina por sí mismo la existencia de error, aunque permita presumirlo. Como hemos expuesto en los fundamentos anteriores, la cláusula se incorporó al contrato con transparencia y cumpliendo, por tanto, con los requisitos exigidos por los artículos 5 y 7 de la LCGC, y 82 del TRLGCU.

SÉPTIMO. Costas procesales de la instancia y del recurso.

28. Habida cuenta de que en la fecha de la demanda existían dudas derecho procede no imponer las costas de la instancia.

29. Al desestimarse el recurso del demandante, procede imponerle las costas de esta alzada, de conformidad con el artículo 398 LEC, y se ordena la pérdida del depósito constituido para recurrir.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por Ariadna y Abel contra la *sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Martorell de 14 de julio de 2017, que confirmamos con excepción de las costas procesales de las que no se hace imposición.*

Se imponen a la recurrente las costas del recurso y con pérdida del depósito.

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.