



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.: 0818742120168116553

Recurso de apelación [REDACTED] 2019 -1

Materia: Juicio Ordinario

Órgano de origen:Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Sabadell

Procedimiento de origen:Procedimiento ordinario (Contratación art. 249.1.5) [REDACTED] 2016-D

Parte recurrente/Solicitante: [REDACTED]

Procurador/a: Viviana Lopez Freixas

Parte recurrida: BANCO BILBAO VIZCAYA

ARGENTARIA, S.A.

Procurador/a: Ignacio Lopez Chocarro

Cuestiones: Condiciones generales. IRPH. Control de transparencia.

SENTENCIA núm. 634/2020

Composición del tribunal:

JUAN F. GARNICA MARTÍN
LUÍS RODRÍGUEZ VEGA
JOSÉ MARÍA RIBELLES ARELLANO
MANUEL DIAZ MUYOR
JOSÉ MARÍA FERNÁNDEZ SEIJO

Barcelona, a veinticuatro de abril de dos mil veinte.

Parte apelante: [REDACTED] y [REDACTED]

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

Resolución recurrida: Sentencia.

Fecha: 15 de enero de 2019.

Parte demandante: [REDACTED] y [REDACTED]

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





ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El fallo de la sentencia apelada es el siguiente: FALLO: «*QUE DEBO DESESTIMAR Y DESESTIMO LA DEMANDA interpuesta por D. [REDACTED] Y [REDACTED] bajo la representación procesal del Procurador de los tribunales Doña Viviana Lopez Freixas; contra la entidad BBVA,SA, bajo la representación procesal del Procurador D. Ignacio Lopez Chocarro, y absuelvo a la demandada de lo peticionado en su contra.*

Se imponen las costas a la parte actora.»

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 oponiéndose al recurso 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 23 de abril de 2020.

Ponente: José M^a Fernández Seijo.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

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

1. Los demandantes interpusieron demanda de juicio declarativo contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. (BBVA) solicitando la nulidad de varias cláusulas incluidas en la escritura pública de préstamo con garantía hipotecaria firmado por los actores con Caixa d'Estalvis de Sabadell el 11 de noviembre de 2003 (actual BBVA).

En la demanda se invocaba la legislación y jurisprudencia sobre protección de consumidores frente a cláusulas abusivas, reclamándose la reintegración de las cantidades indebidamente satisfechas por aplicación de la cláusula.

Entre las cláusulas cuestionadas, se pedida la nulidad de la cláusula por la que se referenciaba el interés remuneratorio variable al índice denominado IRPH.

2. La entidad demandada se opuso a lo pretendido de contrario conforme a los hechos y fundamentos que a sus intereses convinieron, solicitando, en concreto, la validez de la cláusula IRPH.





3. Tras los trámites correspondientes, el juzgado dictó sentencia estimando parcialmente las pretensiones de la parte demandante, pero declarando la validez de la cláusula IRPH.

SEGUNDO. Motivos de apelación.

1. Recurre en apelación la parte actora, que cuestiona en la segunda instancia los pronunciamientos referidos a la validez de la cláusula IRPH.

TERCERO. Marco normativo. El índice de referencia no es una condición general de contratación.

1. Los fundamentos que nos sirven para resolver el recurso fueron detalladamente expuestos en nuestra sentencia 130/2018, de 27 de febrero (ECLI:ES:APB:2018:1265), cuyas conclusiones han sido confirmadas por el Tribunal Supremo en sentencia 669/2017, de 14 de diciembre (ECLI:ES:TS:2017:4308). Nos remitimos a dicha argumentación que resumidamente exponemos a continuación y que, como veremos, creemos que ha sido confirmada en lo sustancial por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 3 de marzo de 2020 (C 125/18, asunto Gómez del Moral).

Por lo tanto, la petición de suspensión del trámite del recurso de apelación pierde sentido ya que el TJUE ya ha resuelto la cuestión planteada.

2. 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.

3. 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».

4. Pues bien, a esos efectos la Circular 5/1994, de 22 de julio, del Banco de España a entidades de crédito, que modifica la circular 8/1990, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela, modificada a su vez por la Circular 7/1999, regulaba los índices oficiales para operaciones a interés variable, concretamente hacía referencia a su definición y a la fórmula de cálculo de cada uno de ellos.

5. 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.

Es decir, lo que se permite controlar es el modo en el que el índice se incorpora al contrato, es decir, la información que recibe el prestatario para tomar la decisión de contratar.

6. La Sentencia del TJUE de 3 de marzo de 2020 parece que no sigue el criterio referido en este apartado ya que considera que la normativa española interna pues indica que

«no incluía la obligación de establecer en las cláusulas de retribución recogidas en contratos de préstamo hipotecario la aplicación de uno de los seis índices oficiales establecidos en la Circular 8/1990 del Banco de España, de 7 de septiembre, a Entidades de Crédito, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela (BOE n.º 226, de 20 de septiembre de 1990, p. 27498), en la redacción aplicable al litigio principal», por lo que « la referencia al IRPH de las cajas de ahorros en la cláusula controvertida para el cálculo de los intereses adeudados en el marco del contrato sobre el que versa el litigio principal no es el resultado de una disposición legal o reglamentaria imperativa, en el sentido de la jurisprudencia que se ha recordado en los apartados 31 y 32 de la presente sentencia. Por ello, sin perjuicio de que el juzgado remitente compruebe este extremo, la cláusula sí está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13».

Sin embargo, cuando se llega a los puntos en los que el TJUE establece los parámetros para realizar el control de transparencia de la cláusula IRPH, concluye que el Tribunal no examina ni habilita para examinar el modo en el que se establece este índice o cualquier otro, ni el modo de cálculo, ni los elementos que pueden servir al regulador para fijar el índice.

Más adelante FJ 5.º) retomaremos esa cuestión y la desarrollaremos.





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

1. Partiendo de la anterior afirmación, debe advertirse que normalmente 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).

2. 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.

3. 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 vengán reguladas específicamente por una disposición legal o administrativa de carácter general y que sean de aplicación obligatoria para los contratantes»*.

4. 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.

5. 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

Codi Segur de Verificació: 3TQNGNOFAV90SU756DTPNLWAWJPMFLW3

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejusticia.gencat.cat/API/consultaCSV.html>

Signat per Fernandez Seijo, José María; Garnica Martín, Juan Francisco; Rodríguez Vega, Luis; Ribelles Arellano, José María; Díaz Muyor, Manuel;

Data i hora 27/04/2020 14:46





determinación del índice. Todos estos factores los fiscalizan los órganos reguladores de la administración pública.

6. 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 control 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.

7. A nuestro juicio, el Tribunal Supremo, en su sentencia núm. 669/2017 (ECLI:ES:TS:2017:4308), no ha dicho que una cláusula que incorpora al contrato un índice de referencia oficial, regulado por unas normas administrativas, para conformar el interés variable de un préstamo esté exento del control de su carácter abusivo.

El TS dijo lo siguiente:

Primero, que la cláusula que establece el interés remuneratorio puede ser una condición general de contratación cuando no ha sido negociada individualmente.

Segundo, que un índice de referencia legal puede incorporarse al contrato por medio de una condición general.

Tercero, que ha de controlarse la transparencia de la cláusula a través de la cual el índice de referencia legal se incorpora al contrato.

Cuarto, lo que no se puede controlar por los tribunales del orden jurisdiccional civil es la formación de cualquiera de esos índices en sí mismos.

Quinto, el Tribunal Supremo analiza la transparencia de esa cláusula.

Por lo tanto, la cuestión era innecesaria, a la vista de la jurisprudencia mencionada. Este mismo reparo parece hacerle el Abogado General en los apartados 80 y 81 de sus conclusiones, haciendo expresa referencia a la citada sentencia de nuestro TS.

8. En este mismo sentido, este tribunal, desde la sentencia 10/2017, de 15 de enero (ECLI:ES:APB:2017:12913), había mantenido ese mismo criterio con fundamento en tres argumentos:

Primero, que los índices de referencia oficiales no deben en modo alguno considerarse condiciones generales de la contratación.

Segundo, «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 que 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». (Fundamento literalmente repetido por el Tribunal Supremo en su FJ 6 apartado 3 de la sentencia arriba citada).

Tercero, que 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», es decir, el índice de referencia oficial.

QUINTO. El control de incorporación de la cláusula del IRPH.

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

Y así lo reconoce también el TJUE en la Sentencia de 3 de marzo de 2020, cuando considera que la cláusula por la que se estipule la retribución del correspondiente préstamo mediante intereses que se calculan según un tipo variable debe someterse al control de transparencia material, ya que ese control de transparencia material sólo es posible respecto de aquellas cláusulas que definen el objeto principal del contrato.

2. 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.

3. 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.





4. Tanto esta Sección, en sus distintas resoluciones sobre el IRPH, como el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 8 de junio de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:2244), han venido considerando que el control de transparencia se supera aunque no se proporcione esa información. Atendida la esencialidad de la cláusula y al ser el IRPH un índice oficial fácilmente accesible para un consumidor medio, este puede percibir sin ninguna dificultad su importancia económica y jurídica. Esto es, 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 que determinaba el interés variable aplicable, 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.

5. Pues bien, entendemos que la anterior conclusión no queda en entredicho por la reciente Sentencia del TJUE de 3 de marzo de 2020, tal y como desarrollamos a continuación.

SEXTO. La doctrina del TJUE de 3 de marzo de 2020 (C-125/18, asunto Gómez del Moral) respecto de esa última conclusión.

1. En efecto, la adecuación de esta interpretación al derecho de la UE ha resultado avalada por la sentencia TJUE de 3 de marzo de 2020 (C 125/18, asunto Gómez del Moral). El Tribunal afirma que:

«(51) Así pues, por lo que se refiere a una cláusula que, en el marco de un contrato de préstamo hipotecario, estipule la retribución del correspondiente préstamo mediante intereses que se calculan según un tipo variable, la referida exigencia se ha de entender como la obligación no solo de que la cláusula considerada sea comprensible para el consumidor en un plano formal y gramatical, sino también de que posibilite que el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, esté en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo de dicho tipo de interés y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de tal cláusula sobre sus obligaciones financieras».

2. Esa valoración corresponde exclusivamente al juez nacional que ha de tener presentes todos los hechos pertinentes, entre los que se encuentran la publicidad y la información proporcionada por el banco (FJ 52). Ahora bien, el Tribunal de Justicia trata de ofrecer algunas indicaciones.

3. A esos efectos, el Tribunal destaca, por una parte, que:

«(53) ...es pertinente a efectos de tal análisis la circunstancia de que los elementos principales relativos al cálculo del IRPH de las cajas de ahorros resultaban fácilmente





asequibles a cualquier persona que tuviera intención de contratar un préstamo hipotecario, puesto que figuraban en la Circular 8/1990, publicada a su vez en el Boletín Oficial del Estado-».

4. Por otra parte, el Tribunal añade que el juez remitente deberá comprobar si el banco cumplió las obligaciones de información que le imponía la normativa nacional:

«(54) Según la normativa nacional vigente en la fecha de celebración del contrato sobre el que versa el litigio principal, las entidades de crédito estuvieran obligadas a informar a los consumidores de cuál había sido la evolución del IRPH de las cajas de ahorros durante los dos años naturales anteriores a la celebración de los contratos de préstamo y del último valor disponible».

5. Sobre esta obligación hay que hacer dos precisiones:

Primera, respecto del alcance de la obligación del banco de información sobre la evolución pasada de los índices de referencia. La Circular 5/1994, de 22 de julio, a entidades de crédito, sobre modificación de la circular 8/1990, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela, hoy derogada, establecía en su Anexo VII los elementos mínimos que contendrán los folletos sobre los préstamos hipotecarios a que se refiere el artículo 1 de la Orden del Ministerio de la Presidencia de 5 de mayo de 1994 (sobre transparencia de préstamos hipotecarios).

Entre estos elementos mínimos, concretamente sobre el tipo de interés, la Circular disponía que el folleto debía contener el «índice o tipo de referencia, en préstamos a interés variable (identificación del índice o tipo, especificando si se trata o no de un índice de referencia oficial; último valor disponible y evolución durante, al menos, los dos últimos años naturales)».

La mencionada Orden 5 de mayo de 1994 (redacción dada por orden de Orden de 27 de octubre de 1995) no se aplicaba a todos los tipos de préstamos, sino a los que reunían las condiciones establecidas en el art. 1, entre las que se encuentra que fuera de importe igual o inferior a 25.000.000 ptas. (lo que es equivalente a 150.253 euros). Por encima de esa cifra no era obligatoria la entrega del folleto informativo. Esta norma estuvo vigente hasta que fue derogada por la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre. Por lo tanto, después del 29 de abril de 2011, la regla no sería exigible.

6. En este mismo sentido conviene precisar que la citada Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre (entra en vigor el 29 de abril de 2012), de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, en sus arts. 21 y 22, incluye la obligación de ofrecer información precontractual a través de lo que se llama Ficha de Información Precontractual (FIPRE) y, una vez obtenida





información del cliente, a través de la Ficha de Información Personalizada (FIPER).

Pues bien, entre aquellos requisitos, curiosamente, ha desaparecido el relativo a la evolución del tipo de interés de referencia ofrecido por el banco, requisito que tampoco aparece en el art. 14 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

7. En resumen, según la normativa citada, la obligación de incluir en el folleto informativo la evolución del tipo de referencia ofrecido solo era exigible en préstamos inferiores a 150.253 euros; pero después del 29 de abril de 2012, fecha de derogación de la citada Orden de 1994, sencillamente no sería exigible.

8. En segundo lugar, un dato que creemos especialmente relevante es que la Circular 5/1994, de 22 de julio (norma sexta bis), obligaba al Banco de España a dar una difusión adecuada a estos índices que, en todo caso, se publicaban mensualmente, en el Boletín Oficial del Estado. Este dato es especialmente importante, ya que cualquier consumidor medio tendría un fácil acceso a la evolución de los diferentes índices, bien mediante la información difundida por el Banco de España, bien mediante la publicación mensual de esos índices en el BOE, aun en aquellos casos en los que no haya prueba sobre la entrega del folleto cuando procediera.

9. Además, al margen de la publicación en los distintos diarios oficiales, impuesta por la normativa Bancaria, es notorio que, en el momento en que se suscribió el préstamo, los distintos índices de referencia se difundían, confrontados entre sí, en buena parte de medios de comunicación, generalistas y especializados, a los que podía acceder con facilidad el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz. Se trata de información pública y accesible a cualquiera, en la medida que el consumidor medio dispone de múltiples canales para conocer el índice de referencia y su evolución.

10. La Sentencia del TJUE de 3 de marzo de 2020 es clara. No es necesario que el método de cálculo del IRPH, o de cualquier índice que sirva como referencia para el cálculo del interés variable, conste en el contrato. Es suficiente, a los efectos de la transparencia, que el contrato incluya la disposición legal en la que se recoge ese índice y su fórmula de cálculo, así lo indica el ordinal 53 de la mencionada sentencia, ya reproducido.

Y con mayor claridad aún lo destacaba el Abogado General en sus Conclusiones de 10 de septiembre de 2019 - ECLI:EU:C:2019:695 - (ordinal 120):

Codi Segur de Verificació: 3TQNGNOFAV90SU756DTPNLWALPMFLW3
Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejcat.justicia.gencat.cat/API/consultaCSV.html
Signat per Fernandez Seijo, José María; Garnica Martín, Juan Francisco; Rodríguez Vega, Luis; Ribelles Arellano, José María; Díaz Muyor, Manuel;
Data i hora 27/04/2020 14:46





«aunque el demandante en el litigio principal no estaba en condiciones de comprender el modo concreto de funcionamiento de uno de los elementos del método de cálculo del tipo de interés variable aplicable a su préstamo, a saber, el IRPH Cajas, cuyo modo de funcionamiento no se desprende del tenor de la cláusula controvertida, estaba en condiciones de entender, sobre la base del contrato de préstamo, que, en cada cuota de devolución, debía pagar un precio determinado, más o menos estable, a saber, el resultado de la suma del IRPH Cajas más un diferencial».

11. Ni la normativa bancaria vigente a la fecha de suscribir el contrato, ni el Tribunal de la Unión exigen que se facilite información comparativa de la evolución de los distintos índices vigentes según la normativa del regulador.

El Propio TJUE, en Sentencia de 6 de junio de 2019 (ECLI:EU:C:2019:467), respecto de la Directiva de préstamos de crédito al consumo (2008/48), había considerado que atendiendo a que:

«la información previa y simultánea a la celebración del contrato sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de tal celebración reviste para el consumidor una importancia fundamental. En particular, el consumidor decide, basándose principalmente en esa información, si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional (sentencia de 21 de abril de 2016, Radlinger y Radlingerová, C-377/14, EU:C:2016:283, apartado 64). Por otra parte, la identificación del crédito que mejor se adapta a las necesidades del consumidor pretende mejorar la información de este para permitirle adoptar la decisión final con pleno conocimiento de causa. Por último, la obligación de proporcionar tal información no puede poner en cuestión el principio de que el consumidor es responsable de la decisión final de celebrar el contrato de crédito que elija entre los que le presenta el prestamista en la fase precontractual», podía concluirse que «una normativa nacional que impone a los prestamistas o a los intermediarios de crédito la obligación de buscar y de presentar al consumidor el crédito que mejor se adapte a sus necesidades no excede del margen de maniobra concedido a los Estados miembros por la Directiva 2008/48 respetando las disposiciones armonizadas de la misma».

12. En las Conclusiones que realiza el Abogado General, previas a la Sentencia del TJUE de 3 de marzo de 2020, que pueden servir como pautas interpretativas del alcance de la misma, atendido que el Tribunal no se aparta sustancialmente de su opinión, se indica con claridad, en el ordinal 104, cuando se refiere al alcance de la Directiva 93/13:

«es importante no confundir la exigencia de transparencia de cláusulas contractuales impuesta por dicha Directiva, cuya finalidad es permitir al consumidor medio evaluar las consecuencias económicas de su préstamo, con la obligación de asesoramiento, que no recoge la citada Directiva».

Y lo reitera en el ordinal 123, cuando afirma que:

«no cabe exigir al banco que ofrezca diferentes índices de referencia a los consumidores. En efecto, la obligación de información a que se refiere la





jurisprudencia del Tribunal de Justicia no es una obligación de asesoramiento y, por lo tanto, no implica en absoluto que la entidad bancaria deba emplear u ofrecer al consumidor diferentes índices oficiales».

Por lo tanto, no puede considerarse que el deber de informar al interesado de distintas fórmulas de crédito sea exigible para considerar correctamente informado el consumidor.

SÉPTIMO. La hipotética falta de transparencia en la incorporación de una cláusula al contrato no determina, de modo automático, la abusividad de la misma.

1. La falta de transparencia de la cláusula no implica de por sí su nulidad, sino únicamente que el juez pueda comprobar si la misma es abusiva. Si, una vez analizadas las circunstancias del caso, el juez nacional estima que la cláusula no es transparente, ha de comprobar si la misma es abusiva. Se trata de dos juicios diferentes, ya que la cláusula puede no ser transparente, pero no ser abusiva, tal y como el TJUE tiene afirmado de forma reiterada (por todas puede verse la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de septiembre de 2017 (–ECLI:EU:C:2017:703– asunto *Andriiciuc*).

2. El artículo 6. 1 de la Directiva (art. 86 RD Leg 1/2007) sanciona con la nulidad las cláusulas abusivas y el artículo 3.1 (art. 82.1 RD Leg 1/2007) define las cláusulas abusivas como aquellas que *«pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato»*.

Ahora bien, el artículo 4.1 (80.1 c RD Leg. 1/2007) excepciona de la posibilidad de apreciar del carácter abusivo aquellas cláusulas que se refieran *«a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra»*.

Sin embargo, supedita esa excepción a que estas últimas se redacten de forma de *«manera clara y comprensible»*. Por lo tanto, las cláusulas esenciales, pueden ser valoradas como abusivas si no superan el test de transparencia, pero la falta de transparencia no es, por si misma, causa de nulidad según la Directiva.

3. Una condición general es abusiva, según el art. 3.1 Directiva 93/13/CEE, cuando, *«pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato»*.





4. Esa valoración ha de hacerse en el momento en el que se suscribe el contrato. Como establecen el art. 4.1 Directiva y el art. 82.3 RDL 1/2007, «*el carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa*».

En ese momento el juez ha de valorar, por una parte, si la cláusula es contraria a la buena fe y, por otra, si introduce un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes.

5. En un caso como el analizado, en el que la cláusula impugnada determina el índice de referencia para fijar el tipo de interés a pagar, **el desequilibrio consistiría** en que, a la fecha de la celebración del contrato, ese índice fuera gravemente perjudicial para el consumidor. Si esa valoración ha de hacerse en el momento de la celebración del contrato, no puede hacerse en función de la evolución posterior del índice pactado, ya que el banco no tiene (o al menos así lo hemos de presumir, en el caso de un índice que se encuentra bajo la supervisión del poder público) ninguna capacidad de influir decisivamente en su determinación y lógicamente no conoce su futura evolución.

6. En este análisis, resultan muy importantes las consideraciones del Abogado General a las que se remite en su fundamento 57 el TJUE en su sentencia de 20 de septiembre de 2017 (ECLI: EU:C:2017:703, asunto *Andriuc*, C-186/16). Además, hay que tener en cuenta que se trata de índices oficiales, fijados por la institución de supervisión, el Banco de España, y elaborados bajo su control. En definitiva, para valorar el desequilibrio no podemos tener en cuenta la evolución futura de los diversos índices, ya que ninguna de las partes podía preverla, por lo que tanto podía beneficiar o perjudicar al banco como al consumidor, en función de cómo se desarrollara ese hecho incierto en el momento de la celebración del contrato.

7. En segundo lugar, es realmente difícil decir que la elección de uno de los tipos de referencia en ese momento es contraria a la buena fe, ya que se trataba de uno de los seis tipos de referencia elaborados por el Banco de España, en cumplimiento de un encargo del legislador. Para ello, lo único que tendría que probarse es que en ese momento el banco o la caja de ahorros tenía una información relevante sobre la inminente evolución de los tipos de interés, que maliciosamente ocultó al consumidor-prestatario, y cuyos efectos se mostraron en la ejecución del contrato. En tal supuesto, la cláusula hubiera sido introducida en contra de las exigencias de la buena fe, ya que, de haber

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejcat.justicia.gencat.cat/API/consultaCSV.html>
 Signat per Fernandez Seijo, José María; Garnica Martín, Juan Francisco; Rodríguez Vega, Luis; Ribelles Arellano, José María; Díaz Muyor, Manuel;
 Codi Segur de Verificació: 3TQNGNOFAV90SU756DTPNLWALPMLFW3
 Data i hora 27/04/2020 14:46





compartido esa información relevante con el consumidor, se podría presumir que éste, en una situación de equilibrio (esto es, con el mismo nivel de información) no la hubiera aceptado.

8. En definitiva y con carácter general, la opción por uno de los índices de referencia oficiales no puede ser contraria a la buena fe.

9. Trasladadas estas consideraciones al supuesto de autos, respecto de la escritura de noviembre de 2003, era un préstamo de 120.000 euros, el interés pactado el primer año era fijo (3'5%) y a partir de esa primera anualidad, se fija interés variable referenciado al IRPH-Cajas, sin diferencial.

Este tipo de interés no debe establecerse respecto del Euribor exclusivamente, sino respecto de este índice con el diferencial que ofrecían los bancos en esa fecha, que cuando menos preveía el incremento de un punto. Por lo que no hay elementos de juicio que permitan considerar que, en el momento de la contratación, si los prestatarios hubieran dispuesto de una información completa sobre la evolución de uno y otro índice, hubieran tomado una decisión distinta de la adoptada.

En suma, a partir de las conclusiones sucesivas a las que hemos llegado en nuestra argumentación, la suerte del recurso no puede ser otra que la de ser íntegramente desestimado confirmando el pronunciamiento desestimatorio de la demanda.

OCTAVO. Sobre las costas.

1. Pese a desestimarse el recurso, no hay condena en costas de la segunda instancia por cuanto la jurisprudencia del Supremo todavía no se ha fijado de modo definitivo a la luz de la Sentencia del TJUE de 4 de marzo de 2020.

2. Debe revocarse la condena en costas impuesta en primera instancia.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por [REDACTED] y [REDACTED] contra la sentencia del Juzgado de 1ª Instancia nº 6 de Sabadell de fecha 15 de enero de 2019, dictada en las actuaciones de las que procede este rollo, que se confirma en sus propios términos, sin imposición a la recurrente de las costas en ninguna de las instancias. Ordenando la pérdida del depósito constituido para recurrir.

