



Roj: **SAP T 1481/2018 - ECLI:ES:APT:2018:1481**

Id Cendoj: **43148370012018100469**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Tarragona**

Sección: **1**

Fecha: **08/11/2018**

Nº de Recurso: **388/2018**

Nº de Resolución: **475/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **ANTONIO CARRIL PAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sección nº 01 de la Audiencia Provincial de Tarragona. Civil

Avenida Presid. Lluís Companys, 10 - Tarragona - C.P.: 43005

TEL.: 977920101

FAX: 977920111

EMAIL:aps1.tarragona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 4314842120178039761

Recurso de apelación 388/2018 -U

Materia: Juicio ordinario condiciones generales de la contratación

Órgano de origen: Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Tarragona

Procedimiento de origen: Procedimiento ordinario (Contratación art. 249.1.5) 680/2017

Parte recurrente/Solicitante: ENRIC GARRIT FORNS

Procurador/a: Jose Manuel Gracia Marias

Abogado/a: Sergi Guillen Garcia

Parte recurrida: CAIXABANK, S.A

Procurador/a: Francesc Franch Zaragoza

Abogado/a: Sra. Oria

SENTENCIA N° 475/2018

ILMOS. SRES.

Presidente

D. Antonio Carril Pan

Magistrados

D. Manuel Horacio García Rodríguez

D. Roberto Niño Estébanez

En Tarragona, 8 de noviembre de 2018.

Visto ante la Sección 1ª de esta Audiencia Provincial el recurso de apelación interpuesto por Enric Garrit Forns, representado por el Procurador Sr. Gracia y defendido por el Letrado Sr. Guillen, en el Rollo nº 388/2018, derivado del procedimiento Ordinario nº 680/2017 del Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Tarragona, al que se opuso Caixabank, S.A., representado por el Procurador Sr. Franch y defendido por la Letrada Sra. Oria.



ANTECEDENTES DE HECHO

ACEPTANDO los Antecedentes de Hecho de la sentencia recurrida; y

PRIMERO.- La sentencia recurrida contiene la siguiente parte dispositiva: " **Estimo parcialmente** la demanda interpuesta por el procurador de los Tribunales Jose Manuel Gracia Marias en nombre de Enric Garrit Forns contra la entidad bancaria "Caixabank SA", y consecuentemente se adoptan los siguientes pronunciamientos:

a) Declaro la validez de la clausula de indice de referencia IRPH incorporada en la escritura del prestamo hipotecario de fecha 26 de marzo de 1999 con numero de protocolo 808, suscrito entre las partes.

b) Declaro la nulidad de la clausula gastos, salvo la atribucion al prestatario del pago del impuesto de actos juridicos documentados, incorporada en la escritura del prestamo hipotecario formalizado en fecha 26 de marzo de 1999 con numero de protocolo 808 entre las partes.

c) Declaro la nulidad del tipo de demora fijado en el 20,50 %, debiendo continuar con el interes remuneratorio pactado en la escritura publica de 26 de marzo de 1999 con numero de protocolo 808 hasta el completo pago de la deuda, en la cual se allana totalmente la entidad bancaria demandada.

d) Declaro la nulidad de la clausula de reclamacion por impagados incorporada en la escritura de prestamo hipotecario de fecha 26 de marzo de 1999 con numero de protocolo 808.

e) Condeno a la entidad bancaria demandada a abonar a los actores, la suma de 589,12 € en concepto de aranceles de Notario y Registrador, satisfechos indebidamente por el actor.

f) Declaro que en cuanto a los tributos han sido abonados por los obligados a su satisfaccion, por lo que no ha de indemnizar la entidad bancaria ninguna cantidad en dicho concepto.

g) Condeno a la entidad bancaria demandada a abonar a los actores todas las cantidades cobradas indebidamente y en exceso por aplicacion de la clausula intereses de demora, mas los intereses desde su cobro.

h) Sin expresa condena en las costas procesales".

SEGUNDO.- Contra la mencionada sentencia se interpuso recurso de apelacion por Enric Garrit Forns en base a las alegaciones que son de ver en el escrito presentado.

TERCERO.- Dado traslado a las demás partes personadas del recurso presentado para que formularsen adhesión o se opusieran al mismo, Caixabank, S.A. formuló oposición.

CUARTO.- En la tramitación de ambas instancias del procedimiento se han observado las normas legales.

VISTO, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Presidente D. Antonio Carril Pan.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La apelación se alza contra la denegación de la nulidad del índice de referencia IRPH cajas y el CECA fijado en una escritura de préstamo hipotecario de 26/3/1999, y lo hace invocando error en la apreciación de la prueba.

SEGUNDO.- Respecto de la nulidad del índice IRPH Cajas y de referencia CECA, debemos partir para resolver de la sentencia del TS 669/2017, de 14 de diciembre, que se ocupa expresamente del índice IRPH Cajas, la cual comienza señalando que la cláusula de un contrato celebrado con un consumidor regule un elemento esencial del contrato no obsta a que tenga la consideración legal de condición general de la contratación si concurren los requisitos para ello (contractualidad, predisposición, imposición y generalidad), ni la excluye del ámbito de aplicación de la Directiva 1993/93/CEE ni de las normas de Derecho interno que la transponen, como es el caso de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y el TRLCU, pero, al mismo tiempo, destaca del IRPH su carácter legal respecto de su creación y desaparición, lo que lo convierte en un índice definido y regulado legalmente, que se incorpora a un contrato de préstamo a interés variable mediante la predisposición por la entidad financiera prestamista de una condición general de la contratación, no siendo la parte predisponente quien define contractualmente el índice de referencia, sino que se remite a uno de los índices oficiales regulados mediante disposiciones legales para este tipo de contratos. Por ello, es a la Administración Pública a quien corresponde controlar que esos índices se ajusten a la normativa, lo que hace que ese control quede fuera del ámbito de conocimiento de los tribunales del orden civil. Añade que "el índice como tal no puede ser objeto del control de transparencia desde el punto de vista de la Directiva 93/13/CEE, sobre contratos celebrados con consumidores, ni de la legislación nacional protectora de consumidores. El



art. 4 LCGC excluye de su ámbito de aplicación las condiciones generales que reflejen disposiciones legales o administrativas, al igual que hace el art. 1.2 de la Directiva 93/13.

Concluye la sentencia señalando "no puede controlarse judicialmente el carácter abusivo de una condición general de la 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 de las partes viene garantizado por la intervención de la administración pública, siempre y cuando su contenido no haya sido modificado contractualmente. Lo que tiene como consecuencia que, en el marco de una acción individual de nulidad de condiciones generales de la contratación, no pueda valorarse el modo en el que se ha fijado un índice de referencia legalmente predeterminado, ni quepa 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

Establecido lo referido, el TS fija que "Solamente puede controlarse que la condición general de la contratación por la que se incluye en un contrato con consumidores esa disposición o previsión legal esté redactada de un modo claro y comprensible y sea transparente"

Lo referido hasta ahora al control de incorporación, ha de completarse con la determinar de si, además, se supera o no el control de transparencia, respecto del cual señala la sentencia el TS, en una muy amplia argumentación, de entre la que reseñamos las siguientes exigencias derivadas del texto de la sentencia tratando de centrar y simplificar la resolución:

Se exige un plus de información que permita que el consumidor pueda adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que le supondrá concertar el contrato, sin necesidad de realizar un análisis minucioso y pormenorizado del contrato.

Se exige que el índice haya sido redactado por el profesional de manera clara y comprensible, y que, en el caso de intereses variables, haya quedado claro que el precio del crédito está constituido por el tipo de referencia variable más el diferencial pactado.

Se exige ver si el consumidor era consciente, porque había sido informado, de que esa cláusula configuraba un elemento esencial, así como la manera en que se calculaba el interés variable.

Ahora bien, puntualiza el TS que dado el carácter esencial de la propia cláusula, no cabe considerar que el consumidor no se apercibiera de su importancia económica y jurídica y que pudiera conocer que el interés resultante en dicho periodo se calculaba mediante la aplicación de un índice oficial consistente en una media de los índices hipotecarios de todas las entidades que actuaban en España al que se sumaba un margen o diferencial, ya que resulta fácilmente accesible para un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, conocer que se utilizan diferentes sistemas de cálculo del interés variable y comparar las condiciones utilizadas por los distintos prestamistas en un elemento tan esencial como el propio precepto del préstamo.

Igualmente, no se puede obligar a una entidad financiera a utilizar u ofrecer varios de los índices oficiales, por la misma razón que no se le puede exigir que únicamente ofrezca tipos fijos o solo tipos variables. Ni era exigible a la entidad prestamista una explicación pormenorizada del modo en que se determina el índice de referencia, porque su elaboración estaba bajo la supervisión del Banco de España.

Tampoco era exigible que se ofreciera al prestatario la opción de contratar con otros índices de referencia, como el Euribor que, ex post facto, en los años posteriores a la celebración del contrato, se ha observado que ha tenido un comportamiento más económico para el consumidor.

El TJUE ha insistido en que el momento al que debe referirse el control es el de la celebración del contrato. Así, en la STJUE de 20 de septiembre de 2017, C- 186/16 (caso *Andriuc*) dijo:

"53 A este respecto, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que, para apreciar si una cláusula contractual debe considerarse abusiva, el juez nacional deberá tener en cuenta, como indica el artículo 4 de la Directiva 93/13, la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato, considerando "en el momento de la celebración del mismo" todas las circunstancias que concurran en su celebración (véase, en este sentido, la sentencia de 9 de julio de 2015, Bucura, C- 348/14, no publicada, EU:C:2015:447, apartado 48 y jurisprudencia citada).

Los diferenciales tienen una mayor o menor magnitud en función de otros datos contractuales, como la vinculación del cliente con la entidad, la domiciliación de la nómina, de otros recibos, la contratación de otros productos, etc. Por lo que resulta imposible anudar la transparencia del tipo de interés al mero hecho de su referenciación a uno u otro índice oficial.



No debe confundirse el hecho de que los datos facilitados por las entidades conformantes del índice afecten a su valor resultante, algo consustancial al procedimiento de su cálculo, con la posibilidad de su manipulación.

No puede exigirse al banco que conozca, ni que, por tanto, lo informara la evolución futura de los índices utilizados.

TERCERO.- Partiendo de la referida doctrina, y centrándonos en el caso de autos, acreditado, por fijarlo así la sentencia de instancia, que la cláusula que fijó el interés de referencia IRPH paso los dos controles a los que hemos hecho referencia, por lo que era perfectamente legal y válida, su aplicación y evolución ha de estar sujeta a la regulación legal, y en consecuencia, dado que como índice oficial fue objeto de supresión, a la previsión también legal establecida en la Ley 14/2013, de 27 de diciembre, que en su Disposición Adicional 15 establece:

Con efectos desde el 1 de noviembre de 2013 el Banco de España dejará de publicar en su sede electrónica y se producirá la desaparición completa de los siguientes índices oficiales aplicables a los préstamos o créditos hipotecarios de conformidad con la legislación vigente:

- a) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por los bancos.
- b) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las cajas de ahorros.
- c) Tipo activo de referencia de las cajas de ahorros.

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.

Es evidente que la norma, en el ámbito de regulación propio de los órganos estatales, acuerda la desaparición de los índices oficiales en ella reseñado, pero del mismo modo fija los efectos de ello derivado, y como norma es plenamente aplicable para regir los efectos de la desaparición del índice IRPH Cajas y CECA en el contrato de autos, pero dado que el banco está aplicando como sustituto de ambos el tipo fijo del 4,24 como tipo de referencia pactado contractualmente debemos afrontar tal cuestión y en tal sentido el tema ya ha sido abordado en nuestras sentencias de 24 julio (Rollo 759/2017) y 13 septiembre 2018 (Rollo 676/201) y 9 de octubre (Rollo 2029/2017).

Dijimos en las mismas que la Disposición Adicional 15ª de la Ley 14/2013, de apoyo a los emprendedores había suprimido los índices de referencia IRPH Cajas e IRPH CECA estableciendo, alternativamente, en defecto de índice de referencia previsto en el contrato o en caso de que este fuera alguno de los índices o tipos que desaparecen, su sustitución 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" (IRPH Entidades), 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.

El problema viene dado porque la escritura de crédito abierto con garantía hipotecaria formalizado por los actores establece como segundo tipo sustitutivo un tipo fijo: el último interés nominal que haya sido posible calcular, que es lo que viene haciendo el banco al referenciar el crédito a un Tipo fijo (el 4,169%) y no aplicar el variable IRPH Entidades. Esto es, en principio, legal porque la aplicación del IRPH Entidades se subordina a que en la escritura no se haya pactado otro tipo diferente, y lo ha sido, como decimos. Otra cosa es que la cláusula sea transparente en este concreto aspecto sobre el que si cabe hacer ese control.

La Sala estima que su inclusión en la escritura de préstamo no cumple con las exigencias de transparencia que son propias cuando el prestatario es un consumidor, y ello por las siguientes razones:



(i) En la oferta vinculante -que no se ha aportado- aunque haya referencia a ese índice que reemplazaría al principal y al primer sustitutivo, caso de que estos dejaran de publicarse, requeriría conocer factores que solo se pudieron fijar con la norma de supresión de los **índices** principal y primer sustitutivo, cuando el control de transparencia debe realizarse en el momento de contratar (art. 4.1 de la Directiva 13/93, TJUE 20 septiembre 2017, C-186-16, (caso Andriciuc) y STS 10 enero 2018, que cita las de 8 junio, 7 y 23 noviembre 2017);

(ii) El Anexo II, 2º, letra c) de la Orden 5 mayo 1994, relativo a las cláusulas financieras del préstamo hipotecario, contiene una disposición que obliga a incluir en las escrituras [...] *"El índice o tipo de interés de referencia sustitutivo que deba utilizarse excepcionalmente cuando resulte imposible, por razones ajenas a las partes, la determinación del índice o tipo de interés de referencia designado en primer término"*. Pero ello no significa que la entidad financiera quede autorizada para convertir un tipo variable en uno fijo, sino que en consonancia con el contrato debió fijar uno de los variables existentes en el mercado, lo que no hizo.

(iii) La formación del precio de ese tercer índice exige que el consumidor relacione diferentes cláusulas y tenga en cuenta varios factores, alguno de ellos solo cognoscible con posterioridad a la formalización de la hipoteca, dificultad interpretativa que ha sido reconocida por el propio Banco de España en la Memoria de 2015, con la consecuencia, según propia valoración del supervisor, de que no debería ser aplicada en perjuicio del deudor por la entidad de crédito, considerando acorde con criterios de buenas prácticas que la entidad trate de llegar a un acuerdo con su cliente, dada la trascendencia del cambio que supone convertir una operación a tipo variable en una financiación a tipo fijo, y las eventuales consecuencias que ello podría tener, por ejemplo, ante una potencial cancelación anticipada (f. 72, 73 y ss.); y

(iv) Lo crucial, estima la Sala, es convertir un préstamo a interés variable, que es el realmente querido por la contratante y sobre el que ha prestado su consentimiento, repetimos, dando su voto en el mercado (art. 1261 CC), en uno fijo: *" el ultimo tipo de interés nominal anual que haya sido posible calcular"*, incidiendo de manera patente en las consecuencias económicas y jurídicas de su posición contractual (art. 8-2 LCGC).

El efecto no puede ser otro que la nulidad parcial de la cláusula en este punto relativo al segundo índice sustitutivo (art. 10-1 LCGC), con la aplicación de la disposición legal que suprime los índices (Ley 14/2013), en la alternativa que prevé para los casos en que el contrato no tuviere tipo o índice sustitutivo de referencia acordado o fuera alguno de los que desaparecen, es decir, 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" (IRPH Entidades), 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, con condena a la entidad financiera demandada a la devolución del exceso de lo pagado por la prestataria desde la fecha en que se comenzó a aplicar el índice sustitutivo que se declara nulo, lo que se determinara en ejecución de sentencia.

CUARTO.- Que la estimación del recurso planteado obliga a no hacer imposición de costas a la parte recurrente por disposición del art. 398 de la L.Enj.Civil.

VISTOS los preceptos legales y demás aplicables.

FALLAMOS:

Que declaramos **HABER LUGAR** a la apelación interpuesta por Enric Garrit Forns , contra la sentencia dictada el 20 de febrero de 2018, por el Juzgado de 1ª Instancia nº 8 de Tarragona, cuya resolución revocamos y en consecuencia:

1) Decretamos la nulidad parcial de la Condición Tercera Bis en las escrituras de préstamo hipotecario de fecha 26 de marzo de 1999 formalizadas por el demandante con CAIXABANK S.A., en lo relativo al segundo Índice sustitutivo (Tipo fijo) del principal (**IRPH**-Cajas) y del primer sustitutivo (**IRPH**-CECA), aplicándose en su lugar 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" (**IRPH** Entidades), con 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.

2) Se condena a la entidad financiera demandada a la devolución del exceso de lo pagado por los prestatarios desde la fecha en que se comenzó a aplicar el **índice** sustitutivo que se declara nulo, con intereses legales, lo que se determinara en ejecución de sentencia.

3º) Sin imposición de costas del recurso a la parte apelante.



La presente sentencia podrá ser susceptible de recurso de casación si concurren los requisitos legales (art. 469 - 477 - *Disposición Final 16ª LEC*), y se interpondrá, en su caso, ante este Tribunal en el plazo de veinte días a contar desde la notificación de la presente.

Así por esta nuestra sentencia, lo acordamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ