



Roj: **SAP GI 5/2018 - ECLI: ES:APGI:2018:5**

Id Cendoj: **17079370022018100005**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Girona**

Sección: **2**

Fecha: **11/01/2018**

Nº de Recurso: **601/2017**

Nº de Resolución: **5/2018**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **JOAQUIN MIGUEL FERNANDEZ FONT**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Secció 2a Civil de l'Audiència Provincial de Girona (UPSD AP Civil Sec.2)

Plaça Josep Maria Lidón Corbí, 1, pl. 5a - Girona

17001 Girona

Tel. 972942368

Fax: 972942373

A/e: [aps2.girona@xij.gencat.cat](mailto:aps2.girona@xij.gencat.cat)

NIG 1702242120168105101

Recurs d'apel·lació 601/2017 2

Matèria: Judici Ordinari

Òrgan d'origen: Secció Civil. Jutjat de Primera Instància i Instrucció núm. 2 de La Bisbal d'Empordà

Procediment d'origen: Procediment ordinari 300/2016

Part recurrent / Sol·licitant: Juan Ignacio , Araceli

Procurador/a: Rosa Llum Fernandez Feliu, Rosa Llum Fernandez Feliu

Advocat/ada: Marc Prat Perez

Part contra la qual s'interposa el recurs: CAIXABANK, SA

Procurador/a: Pere Ferrer Ferrer

Advocat/ada: DIANA DEL MORAL BERNAL

**SENTÈNCIA NÚM. 5/2018**

Il lms. Srs:

PRESIDENT

JOSE ISIDRO REY HUIDOBRO

MAGISTRATS

JOAQUIM FERNANDEZ FONT

MARIA ISABEL SOLER NAVARRO

Girona, 11 de gener de 2018

**ANTECEDENTS DE FET**



PRIMER. El 27 de setembre de 2017 es van rebre les actuacions de Procediment ordinari 300/2016, procedents del Jutjat de Primera Instància i Instrucció núm. 2 de La Bisbal d'Empordà, a fi de resoldre el recurs d'apel·lació interposat per la procuradora Rosa Llum Fernandez Feliu, en representació de Juan Ignacio i Araceli, contra Sentència de 9 de maig de 2017, en què consta com a part apel·lada el procurador Pere Ferrer Ferrer, en representació de CAIXABANK, SA.

SEGON. El contingut de la decisió de la Sentència objecte de recurs és el següent:

"Que estimando PARCIALMENTE la demanda interpuesta a instancia de Juan Ignacio y Araceli contra LA CAIXA (ACTUAL CAIXABANK S.A.) DEBO

1. DECLARAR LA NULIDAD por tener el carácter de abusiva de la "cláusula suelo" inserta en la cláusula financiera tercera bis inserta en el contrato de escritura de hipoteca de 28 de agosto de 2006 suscrito entre las partes. Todo ello conforme a los expuesto en los fundamentos jurídicos insertos en esta resolución.

Condeno a la entidad demandada a que abone al demandante la cantidad que se determine en ejecución de sentencia, resultante de aplicar las condiciones del contrato de préstamo sin la referida cláusula desde su celebración.

2. NO HA LUGAR A LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DE LA CLÁUSULA que estable como índice de referencia para el cálculo de interés variable el IRPH CAJA y el sustitutivo CECA.

3. Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad."

TERCER. El recurs es va admetre i es va tramitar de conformitat amb la normativa processal per a aquest tipus de recursos, i es va designar com a ponent el magistrat JOAQUIM FERNANDEZ FONT.

Assenyalat l'acte de deliberació, votació i decisió, ha tingut lloc el dia 10/01/2018.

QUART. En la tramitació d'aquest procediment s'han observat les normes processals essencials aplicables al cas.

## FONAMENTS DE DRET

Tema litigiós.

PRIMER. Els demandants sol·licitaven la declaració de nul·litat per abusives de les clàusules incorporades al contracte de préstec amb garantia hipotecària que van signar amb l'entitat financera demandada (Caixabank SA), en què es fixava, per un costat, el tipus d'interès retributiu mínim aplicable (clàusula sòl) i, per un altre, l'índex en virtut del qual es determinaria el tipus d'interès variable aplicable en cada moment al capital lliurat.

Aquest índex era el conegut com a IRPH-Caixa.

Aquesta petició de nul·litat per abusivitat es fonamentava en la manca de transparència de les clàusules esmentades.

SEGON. La sentència de primera instància ha estimat en part la pretensió.

Ha declarat la nul·litat de la clàusula sòl i ha desestimat la relativa a l'índex IRPH.

Aquesta decisió es basa, pel que fa a la segona clàusula, en què aconsegueix els requisits de transparència necessaris segons la jurisprudència i la normativa d'aplicació, de manera que els clients podien tenir coneixement de la seva existència i també dels seus efectes jurídics i econòmics.

TERCER. La part demandant no està d'acord amb aquesta resolució.

El seu recurs es fonamenta en una errònia valoració de la prova i en la infracció de la normativa aplicable.

Al·leguen que la clàusula qüestionada s'ha de qualificar com una condició general de la contractació, que no ha estat negociada entre el banc i els demandants.

De la seva lectura en resultaria que no supera un control de transparència i que els clients no han rebut cap informació específica sobre el seu sentit i conseqüències.

Tampoc superaria el control d'incorporació al contracte.

Tot això provocaria un desequilibri contractual en perjudici dels demandants.

Per altra banda, es tractaria d'un índex susceptible de manipulació per part de les entitats financeres.

Finalment, de manera subsidiària, al·leguen que la sentència impugnada no ha entrat a analitzar que a partir del moment de la desaparició de l'índex IRPH el banc ha continuat aplicant el darrer índex que es va aplicar,



de manera que s'ha produït una mena de petrificació del tipus d'interès retributiu sobre la base d'aplicar un índex legalment desaparegut.

Com a conseqüència del que acabem de dir, demanen que es suprimeixi l'aplicació d'aquest índex i que se'ls retornin les quantitats cobrades pel banc arran de la seva aplicació.

Subsidiàriament, sol liciten que s'apliqui al contracte el que preveu la disposició adicional quinzena de la Llei 14/2013, de 27 de setembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, de manera que se'ls retorni la quantitat cobrada de més pel banc al no fer aplicació d'aquest índex mantenir el darrer IRPH publicat.

L'índex referencial IRPH. Origen i evolució.

QUART. Com explica la sentència del Tribunal Suprem de 14 de desembre de 2.017, l'Ordre de 5 de maig de 1.994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, va habilitar el Banc d'Espanya per a definir un seguit d'índexs de referència de caire oficial que es podrien aplicar als contractes de préstec a interès variable per part de les entitats creditícies.

La Circular del Banc d'Espanya 5/1994, de 22 de juliol, va considerar oficials els següents índexs:

"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 ahorro.

c) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre concedidos por el conjunto de las entidades de crédito.

d) Tipo activo de referencia de las cajas de ahorro.

e) Tipo de rendimiento interno en el mercado secundario de la deuda pública de plazo entre 2 y 6 años.

f) Tipo interbancario a 1 año (Mibor)".

Com a conseqüència de l'aplicació del Real Decret 692/1996, de 26 d'abril, sobre el régimen jurídico de los establecimientos financieros de crédito, a partir del dia 1 de gener de 1.997 l'IRPH-Entidades es va passar a calcular sobre la base de les dades declarades pels bancs i caixes d'estalvi.

L'Ordre de 28 d'octubre de 2.011, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, va determinar el sistema com s'havia de calcular.

La Circular 5/2012 del Banc d'Espanya, de 27 de juny, va ordenar que a partir de la seva entrada en vigor (29 d'abril de 2.012) deixessin de tenir la consideració de tipus de referència oficial tant l'IRPH-Ciaxes com l'IRPH-Bancs, malgrat que va autoritzar que es continuessin publicant de manera transitòria

Finalment, la publicació de la Llei 14/2013, de 27 de setembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, va determinar la seva desaparició des del dia 1 de novembre de 2013.

Aquesta norma també va preveure, en la seva disposició adicional quinzena, que els índexs suprimits fossin substituïts pel que preveia el contracte pel cas de desaparició (número 2) o, si no hi havia cap previsió o tots els índexs que es contemplaven contractualment com a substitutius també desapareixien, per l'índex que estipulava en el seu número 3, que era l'IRPH-Entitats, més un diferencial calculat de la manera que determinava.

Deure d'informació de les entitats bancàries respecte de l'índex aplicat.

CINQUÈ. La sentència del Ple de la Sala Primera del Tribunal Suprem de 14 de desembre de 2.017, que té la finalitat de formar jurisprudència sobre la qüestió discutida en aquest litigi, recorda els deures d'informació als seus clients que tenen les entitats financeres específicament pel que fa als índexs emprats en els contractes per a determinar el tipus d'interès retributiu o ordinari aplicable en cada moment en què s'hagi de fer la revisió prevista.

Segons aquesta resolució:

"4.- Para limitar los efectos de la asimetría informativa que los consumidores pueden padecer respecto a la determinación de los índices, la normativa establece un principio de transparencia en la contratación en la que se incluyan índices financieros. Este principio de transparencia se traduce en un especial deber a cargo de las entidades financieras de informar tanto con carácter previo como durante la ejecución del contrato de financiación de manera clara, inteligible y comprensible sobre la definición legal del índice financiero elegido por las partes; los momentos contractuales en los que se deba producir la variación del tipo de interés



aplicable y términos en los que se producirá tal variación en atención al valor de los índices de referencia adoptados; y la publicidad de los valores del índice de referencia adoptado para la adaptación del tipo de interés remuneratorio".

Transparència de l'índex IRPH.

SISÈ. La sentència avants dita s'ocupa d'analitzar si la clàusula que incorpora al contracte l'índex IRPH s'ha de considerar o no transparent.

El primer que fa avinent el Tribunal Suprem és que el control de la legalitat en la manera de determinar l'índex correspon a l'administració pública i no als tribunals.

"el IRPH-Entidades utilizado en el contrato litigioso es 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....

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....

2.- En consecuencia, 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 93/1 ...

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. Tampoco cabe 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".

SETÈ. Partint d'aquesta premissa sobre la impossibilitat de controlar l'índex en sí mateix, la sentència de 14 de desembre de 2.017 recorda que els tribunals només poden controlar que la clàusula que inclou l'aplicació d'aquest índex en el contracte sigui transparent:

"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".

A continuació la sentència de referència passa a analitzar la clàusula en virtut de la qual s'incorpora l'índex al contracte:

"se aprecia que el interés remuneratorio variable se determina conforme a la aplicación de uno de los tipos legales de referencia, en concreto el IRPH-Entidades. Gramaticalmente, la cláusula es clara y comprensible y permite al prestatario conocer, comprender y aceptar que el interés variable de su préstamo hipotecario se calcula con referencia a un tipo fijado y controlado por el Banco de España. De forma que, desde esta perspectiva, la cláusula en cuestión supera el control de inclusión..."

VUITÈ. Específicament, i fent cita de les seves sentències anteriors de 8 de juny i 7 de novembre de 2.017, analitza el requisit de transparència respecte dels elements essencials d'un contracte:

"4.- Además del filtro de incorporación previsto en los arts. 5 y 7 LCGC, a las condiciones generales en contratos concertados con consumidores debe aplicarse un control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, cuando la condición general se refiere a elementos esenciales del contrato. Este control de transparencia tiene por objeto que el adherente pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que realmente le supone el contrato celebrado, esto es, el sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación de los riesgos del desarrollo del mismo.

5.- A las condiciones generales que versan sobre elementos esenciales del contrato se les 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. Esto excluye que pueda agravarse la carga económica que el contrato supone para el consumidor, tal y como este la había percibido, mediante la inclusión de una condición general que supere los requisitos de incorporación, pero cuya trascendencia jurídica o económica pasó inadvertida

al consumidor porque se le dio un inapropiado tratamiento secundario y no se facilitó al consumidor la información clara y adecuada sobre las consecuencias jurídicas y económicas de dicha cláusula...

7.- En las sentencias del pleno de esta sala 241/2013, de 9 de mayo , y 171/2017, de 9 de marzo (esta última, ya con cita de la STJUE de 26 de enero de 2017, caso Banco Primus, C-421/14 ), nos hemos referido a la transparencia de la cláusula de interés remuneratorio, que debe haber sido redactada por el profesional de manera clara y comprensible, y que, en el caso de intereses variables, ha de quedar claro que el precio del crédito está constituido por el tipo de referencia variable más el diferencial pactados...

NOVÈ. A continuació entra a analitzar la clàusula qüestionada i els requisits de transparència que eren exigibles a l'entitat financera demandada:

"8.- En consecuencia, para determinar la transparencia de la cláusula que incorpora el índice de referencia (IRPH-Entidades) habrá que 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. 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.

Al tratarse de índices oficiales utilizados por las diversas entidades financieras en sus ofertas comerciales, 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.

9.- 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, a efectos del control de transparencia, 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..."

DESÈ. No considera rellevant als efectes que ara ens interessen, que l'evolució posterior a la signatura del contracte de l'índex referencial IRPH hagi estat menys favorable per al client que la que ha seguit l'euribor.

Comença recordant que el possible caràcter abusiu d'una clàusula contractual s'ha de ponderar al moment de la signatura del contracte, no en un altre posterior fent cita de la sentència del TJUE de 20 de setembre de 2.017.

Desmenteix que es pugui considerar d'una manera rigorosa més oneroses per al client les conseqüències derivades de l'aplicació de l'IRPH que de l'euribor, si es pondera que en el moment de la impugnació encara faltaven bastants anys de vida del contracte.

Argumenta que era fàcilment comprensible el preu del préstec el que diferenciaria aquestes clàusules de les conegudes com a clàusules sòl, en què no es descrivia d'una manera clara que el tipus d'interès ordinari podia deixar de ser variable en funció dels canvis de l'índex de referència i podria esdevenir fix.

Finalment conclou que la clàusula supera un control de transparència.

Valoració probatòria.

ONZÈ. Si apliquem a la clàusula impugnada en aquest procés els criteris de la jurisprudència que acabem de resumir, ens adonem sense cap dificultat que el seu contingut és molt semblant que el de la clàusula declarada vàlida per la sentència del Tribunal Suprem de 14 de desembre de 2.017 .

Aquesta darrera determinava l'aplicació de l'índex conegut com IRPH- entitats. El contracte on s'inserix la clàusula litigiosa utilitzava com a referència l'IRPH- Caixes.

L'índex substitutiu aplicat en el contracte analitzat pel Tribunal Suprem és el mateix que en el nostre cas s'ha aplicat de manera principal.

En definitiva, l'aplicació de la jurisprudència que hem extractat al nostre cas aboca necessàriament a la desestimació del primer motiu del recurs.



Aplicació del darrer IRPH publicat.

DOTZÈ. El recurs al lega que la sentència impugnada no ha entrat a resoldre aquesta petició.

El banc demandat considera que no seria admissible aquesta al legació en la segona instància, perquè els demandants haurien d'haver intentat primer que el jutge que va dictar la sentència impugnada l'hagués complementat d'acord amb el que preveu l' article 215.1 de la LEC .

Com no ho van fer, s'hauria produït la preclusió de la possibilitat processal de fer aquesta al legació.

TRETZÈ. És cert que la sentència impugnada, després d'analitzar d'una manera totalment correcta els motius que justificaven que no es declarés la nul litat de la clàusula del contracte que establí com a índex de referència per fixar en cada variació anual del tipus d'interès retributiu el conegut com IRPH-Caixaes, no ha entrat a valorar la segona qüestió litigiosa que plantejaven els demandants sobre aquest índex, que era el manteniment durant tota la vida del contracte del darrer IRPH publicat.

No podem estar d'acord amb les al legacions del banc demandat en el sentit que no és possible introduir aquest motiu del recurs en la segona instància perquè prèviament no s'ha intentat esmenar la incongruència de la sentència.

La jurisprudència que cita l'entitat financera demandada ho és en relació al recurs extraordinari per infracció processal, no per un recurs ordinari com és el d'apel lació.

CATORZÈ. Si prescindim del que acabem de dir, no podem passar per alt que d'una manera reiterada hem argumentat que els tribunals han d'apreciar d'ofici el caràcter abusiu de les clàusules en els contractes celebrats entre un professional i un consumidor, encara que aquest no ho hagués al legat.

En aquest sentit, per exemple, les interlocutòries de 14 d'octubre de 2.016, 9 de setembre de 2.015, 5 de novembre, 30 de setembre i 23 de juliol de 2.014, i 25 de setembre de 2.013, entre altres moltes.

Aquest criteri ha estat refermat pel de les sentències del Tribunal de Justícia de la Unió Europea de 14 de juny de 2.012 , 14 de març de 2.013 i 17 de juliol de 2.014 .

Per tant, fins i tot si donéssim la raó a la part apel lada pel que fa a la no al legació d'incongruència en la segona instància per no haver intentat prèviament en la primera corregir aquest defecte processal, escauria entrar a valorar d'ofici si l'interès retributiu aplicat a partir de la desaparició legal de l'índex IRPH es pot considerar o no abusiu.

QUINZÈ. La clàusula tercera bis del contracte de préstec amb garantia hipotecària que vincula a les parts litigants, determina quin serà l'índex aplicable en cada revisió anual del contracte als efectes de determinat quin serà el tipus d'interès retributiu.

Determina que aquest índex serà l'IRPH-Caixaes.

Igualment s'ocupa de fixar quin serà l'índex substitutiu pel cas que no es publiqui aquell índex. Aquest índex referencial serà el conegut com a CECA.

Finalment, en el cas que no es publiquin cap dels dos, s'aplicarà el tipus d'interès que hagués regit en la darrera modificació.

SETZÈ. El fet que totes aquestes estipulacions es trobin en la mateixa clàusula formal del contracte, no pot amagar que són totalment diferents i perfectament separables.

Per tant, que es declari la total validesa de l'índex IRPH Caixaes fins el moment en què va desaparèixer, no vol dir en absolut que per aquesta sola raó no es pugui considerar abusiva i mancada de transparència l'estipulació que preveu quin serà l'índex aplicable cas que desaparegui el previst ( IRPH Caixaes) i el seu substitut (CECA).

En definitiva, ens trobem davant d'estipulacions diferents que s'han d'examinar de manera separada pel que fa a la seva possible abusivitat.

DISSETÈ. La disposició adicional quinzena de la Llei 14/2013, de 27 de setembre , de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, preveu:

"1. Con efectos desde el 1 de noviembre de 2.013 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."

DIVUITÈ. D'acord amb aquesta normativa després de la primera revisió que pertoqui segons el contracte del tipus d'interès retributiu variable, no serà possible aplicar cap dels índex suprimits per aquella norma (número 2).

La substitució es farà, primer, d'acord amb els índexs previstos en el contracte com a substitutius dels que es suprimeixen.

En el nostre cas l'índex referencial i el seu substitutiu (IRPH-Caixa i CECA) van ser tots dos suprimits.

En aquest cas, el número 3 de la mateixa llei preveia l'aplicació d'un determinat índex de referència (IRPH-Entitats), més el diferencial que disposava.

La clàusula contractual aplicada ple banc demandat implica que, a partir de la primera revisió posterior a la supressió dels índexs referencials que acabem d'esmentar, es continuava aplicant durant tot el temps que restava per a la finalització del contracte, el darrer índex IRPH-Caixa que s'havia publicat.

Això implica contravenir directament la disposició legal que imposa la seva desaparició, atès que no fa altra cosa que perpetuar en el temps l'aplicació d'un índex legalment suprimit.

Per tant, aquesta aplicació és totalment il·legal i ha de ser rebutjada.

D'INOVÈ. Al que acabem de dir s'ha d'afegir que l'aplicació d'aquesta previsió contractual implica en la pràctica que un préstec amb garantia hipotecària en què s'ha pactat la revisió del tipus d'interès retributiu passat el primer any de la vida del contracte, de fet es converteixi en una hipoteca a tipus fix (el darrer IRPH- Caixa publicat).

Òbviament ens trobem davant d'una radical modificació d'un dels elements essencials del contracte: el preu o retribució que els clients han de pagar al banc pel capital que reben en préstec.

Aquesta modificació en sí mateixa no es pot considerar il·legal sempre i quan el banc hagi informat d'una manera clara, comprensible i suficient als seus clients d'aquesta possibilitat, de les conseqüències econòmiques i jurídiques que comporta, així com del supòsit del qual es fa dependre aquesta radical modificació.

El que acabem de dir implica fer un estudi de la transparència de la clàusula posada en entredit.

Fins i tot si considerem que passa el filtre d'incorporació, referit a la claredat de les paraules emprades i la seva intel·ligibilitat, en cap cas pot superar un filtre de transparència, relatiu a l'explicació al client de quina seria la nova situació jurídica i econòmica que es derivaria en el supòsit que desapareguessin tant l'índex referencial del contracte com el previst en la seva substitució.

En definitiva, ens trobem davant d'una clàusula abusiva que, d'acord amb allò que disposen els articles 82.1 i 83 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios de 16 de novembre de 2007, s'ha de considerar nul·la.

En el mateix sentit que ho hem fet nosaltres en aquest fonament jurídic i en l'anterior s'han pronunciat, entre altres, les sentències de la Secció Tercera de l'Audiència de Burgos de 28 de setembre de 2017, de la Secció Quarta de la d'Oviedo de 26 de juliol de 2017, de la Secció Primera de la de Lleó de 17 de juliol de 2017 o les de la Secció Quinzena de la de Barcelona de 25 de maig i 15 de juny de 2017.



VINTÈ. Resta per determinar quines seran las conseqüències jurídiques i econòmiques de la declaració de nul litat estrictament de la clàusula relativa a l'aplicació del darrer índex IRPH publicat durant tota la vida del préstec.

No por ser cap altra que la prevista legalment.

És a dir, des de la data en què pertocava la següent revisió del tipus d'interès aplicable després de la supressió dels índex referencials (1 de novembre de 2.013), s'haurà d'aplicar l'índex que imposa el número 3 de la disposició addicional quinzena ja esmentada.

En definitiva, el banc demandat haurà de retornar als demandants les quantitats que hagi percebut de més en concepte d'interessos retributius o ordinaris del capital manllevat, des de la data en què procedia fer la primera revisió de tipus posterior a la desaparició de l'índex IRPH-Caixaes, atenent a les que hauria d'haver cobrat en aplicació de l'índex legalment previst.

Costes.

VINT-I-UNÈ. De conformitat amb l' article 398.2 de la LEC no imposem les costes de la segona instància.

## DECISIÓN

PRIMER. Estimem en part el recurs d'apel lació presentat en nom de Juan Ignacio i Araceli contra la sentència de primera instància i la revoquem en el següent sentit:

A/. Declarem nul la per abusiva la clàusula del contracte que preveia l'aplicació del darrer índex IRPH publicat per determinar el tipus d'interès retributiu en el cas que no fos possible aplicar l'índex referencial principal del contracte de préstec signat entre les parts (IRPH-Caixaes), ni el seu substitutiu (CECA).

B/. Des de la data en què pertocava la següent revisió del tipus d'interès aplicable després de la supressió dels índex referencials (1 de novembre de 2.013), s'haurà d'aplicar l'índex que imposa el número 3 de la disposició addicional quinzena de la llei 14/2013, de 27 de setembre , de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.

C/. El banc demandat haurà de retornar als demandants les quantitats que hagi percebut de més en concepte d'interessos retributius o ordinaris del capital manllevat, des de la data que acabem d'esmentar, atenent a les que hauria d'haver cobrat en aplicació de l'índex legalment previst.

SEGON. No imposem les costes de la segona instància.

És procedent retornar a la part apel lant el dipòsit que va constituir amb la finalitat de recórrer la resolució de primera instància.

Contra aquesta resolució es pot presentar recurs de cassació, d'acord amb allò que estableix l' article 477.2.3º de la LEC si s'acredita el seu interès cassacional, i per infracció processal, de conformitat al que disposa la seva disposició final setzena.

Serà competent per a la seva resolució el Tribunal Suprem i s'haurà d'interposar davant d'aquesta Secció de l'Audiència en el termini de vint dies des de la seva notificació.

En el moment d'interposar-los s'haurà de fer el pagament del dipòsit preceptiu, si escau.

Notifiqueu aquesta Sentència a les parts i, una vegada ferma, retorneu les actuacions originals al Jutjat de Primera Instància i Instrucció del qual procedeixen.

Així ho decideix la Sala, integrada pels magistrats esmentats a l'encapçalament, que signen a continuació.