



Roj: **SAP GC 441/2018 - ECLI: ES:APGC:2018:441**

Id Cendoj: **35016370032018100200**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Palmas de Gran Canaria (Las)**

Sección: **3**

Fecha: **08/03/2018**

Nº de Recurso: **352/2016**

Nº de Resolución: **125/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JUAN JOSE COBO PLANA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SECCIÓN TERCERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL

C/ Málaga nº2 (Torre 3 - Planta 4ª)

Las Palmas de Gran Canaria

Teléfono: 928 11 69 72

Fax.: 928 42 97 73

Email: s03audprov.lpa@justiciaencanarias.org

Rollo: Recurso de apelación

Nº Rollo: 0000352/2016

NIG: 3501741120150001968

Resolución: Sentencia 000125/2018

Proc. origen: Procedimiento ordinario Nº proc. origen: 0000194/2015-00

Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Nº 2 de Puerto del Rosario

Apelado: CAJA DE AHORROS Y PENSIONES DE BARCELONA; Procurador: Elisa Colina Naranjo

Apelante: Giorva S.L.; Abogado: Fernando Rodriguez Ravelo; Procurador: Noelia Espino Sanchez

SENTENCIA

SALA

Ilmos/as. Sres/as.

Presidente

D. RICARDO MOYANO GARCÍA

Magistrados

Dª. MARÍA PAZ PÉREZ VILLALBA

D. JUAN JOSÉ COBO PLANA (Ponente)

En Las Palmas de Gran Canaria, a 8 de marzo de 2018.

En nombre de S.M. el Rey, la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Las Palmas, integrada por los ilustrísimos señores magistrados arriba indicados, ha visto en grado de apelación, bajo el número de rollo 352/2016, los autos de juicio ordinario nº 194/2015, provenientes del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Puerto del Rosario.



Las partes han actuado representadas y con la asistencia de los profesionales identificados en el encabezamiento de la presente resolución, siendo ponente el Sr. Magistrado D. JUAN JOSÉ COBO PLANA, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Puerto del Rosario se dictó sentencia de fecha 2 de noviembre de 2015 en los referidos autos cuya parte dispositiva literalmente establece:

Que debo desestimar y desestimo íntegramente la demanda formulada por A SOCIEDAD LIMITADA, representada por el Procurador de los Tribunales D. VICTOR MANUEL MESA CABRERA, frente a CAJA DE AHORROS Y PENSIONES DE BARCELONA (LA CAIXA), representada por el Procurador de los Tribunales D. JESUS PEREZ LOPEZ, con expresa imposición de costas a la parte actora.

SEGUNDO.- La referida sentencia se recurrió en apelación por la representación procesal de , S.L..

La representación procesal de formuló escrito de oposición al mismo.

Tras ello, se elevaron las actuaciones a esta Sala, donde se formó rollo de apelación.

No habiéndose solicitado el recibimiento a prueba en esta alzada, sin necesidad de celebración de vista se señaló para deliberación, votación y fallo que tuvo lugar el día 5 de marzo de 2018.

TERCERO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La cuestión objeto de enjuiciamiento en el presente litigio es exclusivamente jurídica y versa sobre la interpretación que haya de darse a la Disposición adicional decimoquinta de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre , de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, regula el régimen transitorio para la desaparición de índices o tipos de referencia.

La sentencia recurrida dice lo siguiente:

"PRIMERO.- Ejercita la parte actora acción de reclamación en base a la Ley 14/2013 de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, Disposición Adicional Decimoquinta .

Nace la controversia del pacto entre las partes de unos intereses aplicables al préstamo concedido a la actora de fecha 28 de marzo de 2006. La demandada aplicaba durante la segunda subfase de la tercera fase de vigencia del préstamo, esto es, a partir del día 1 de abril de 2011 y hasta la finalización del mismo, el tipo de interés estaría constituido por el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años de cajas de ahorro que se publican por el Banco de España, con periodicidad mensual, en el BOE, al cual se le aplicaría un diferencial del 0,5%. Sin embargo, en virtud de la entrada en vigor de la Ley 14/2013 de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores, DA 15ª, ha desaparecido el mencionado tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años de cajas de ahorro, desapareciendo por ende el índice de referencia adoptado, pasando a resultar aplicable el índice de referencia sustitutivo., desapareciendo también el tipo activo de referencia de las cajas de ahorro y por tanto el índice de referencia sustitutivo.

Con fecha 3 de febrero de 2014, la demandada remite una carta a la actora donde le comunica que resulta de aplicación lo dispuesto en el contrato de préstamo, según el cual "la interrupción, durante un lapso de tiempo superior a un periodo de revisión, de la publicación del índice de referencia sustitutivo, dará lugar a aplicar el último tipo de interés nominal anual que haya sido posible calcular". Así las cosas, la demandada pasa a aplicar el último tipo de interés aplicado durante el periodo anterior a la revisión del tipo de interés, que en el caso que nos ocupa es el de 4,351%.

La actora manifiesta su discrepancia, porque una cosa es que se haya producido una interrupción superior a seis meses y otra muy diferente es que a virtud de disposición legal se produzca la desaparición completa de los índices de referencia, obligándole la DA15ª de la Ley 14/2013 a aplicar el tipo de interés oficial denominado el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para la 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, calculados con los datos disponibles entre la fecha de otorgamiento del contrato y la fecha en la que efectivamente se produce la sustitución del tipo. En el presente caso, habiéndose pactado un diferencial equivalente al 0,0 % habrá de aplicarse el denominado tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para la adquisición



de vivienda libre, concedidos por las 2 entidades de crédito en España; existiendo un enriquecimiento injusto a favor de la entidad bancaria al aplicar la demandada un interés de 4,351% cuando debería aplicar un 2,436%.

Frente a esto, la parte demandada se opone a dicha reclamación alegando que la controversia se centra en determinar si el índice de referencia sustitutivo que ha venido aplicando desde el 29 de septiembre de 2013 la entidad bancaria es conforme a lo pactado y lo legalmente previsto, o si por el contrario, debió aplicarse, tal y como defiende la actora el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para la adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en España; igualmente, se solicita por la actora que se devuelvan las cantidades que se consideran indebidamente cobradas.

Alega en primer lugar, que la actora no tiene la condición de consumidor porque es una sociedad mercantil cuyo objeto social es la promoción, construcción, etc., de fincas, naves, entre otros.

El índice de referencia pactado entre las partes se define como la media simple de los tipos de interés medios ponderados por los principales de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria de plazo igual o superior a tres años para la adquisición de vivienda libre iniciadas o renovadas por el conjunto de cajas de ahorro en el mes a que se refiere el índice. En el índice sustitutivo o TAR, intervienen los tipos de las cajas tanto los aplicados en operaciones de préstamo a más de tres años para la adquisición de vivienda libre, como los aplicados en las operaciones de préstamo personal de uno a tres años. El Banco de España en virtud de la DPA15ª de la ley 14/2013, dejó de publicar tanto el IRPH CAJAS como el TAR. La demandada comunicó a la actora que dado que se había suspendido durante un lapso de tiempo superior a un periodo de revisión, se comenzará a aplicar, según lo previsto en el contrato, el último tipo de interés nominal anual que haya sido posible calcular, esto es el 4,351%.

Afirma la demandada que la cláusula pactada entre las partes, no es una condición general de la contratación, porque la inclusión en un préstamo de un tipo de referencia no puede entenderse como tal, ya que dicha fijación viene establecida por una disposición legal obligatoria para ambos contratantes. Tampoco es una cláusula oscura ni provoca desequilibrio. La cláusula establece la interrupción durante un lapso de tiempo superior a un periodo de revisión de la publicación del índice de referencia sustitutivo. Es decir, una norma con rango de ley ha venido a interrumpir, mandando su desaparición el índice sustitutivo pactado por las partes en primer lugar, pero nada impide que mañana otra norma vuelva a reanudar su publicación, previendo las partes esta posibilidad, estableciendo la forma en la que debe suplirse " con el último tipo de interés nominal anual que haya sido posible calcular".

SEGUNDO.- Centrado el tema objeto de debate, se trata de una cuestión jurídica a resolver.

Establece la Ley 14/2013 de 27 de septiembre, Disposición Adicional decimoquinta referente al Régimen de transición para la desaparición de índices o tipos de intereses de referencia que " 1. 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 intereses 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".



Por su parte, el propio Código Civil en materia de interpretación de los contratos establece en el artículo 1281 que "Si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes se estará al sentido literal de sus cláusulas. Si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas".

Del estudio pormenorizado tanto de la meritada Disposición Adicional 15ª de la Ley 14/2013, como de la propia doctrina general de la interpretación de los contratos, debe compartirse la postura manifestada por la parte demandada por los siguientes motivos.

No puede acogerse la postura de la demandante, en primer lugar, la propia disposición adicional establece el mecanismo a desarrollar para el supuesto que aquí nos ocupa, manifestando que serán sustituidas por el tipo o índice de referencia sustitutivo previsto en el contrato. Como consecuencia de esto, y así figura acreditado mediante el documento nº3 de la contestación a la demanda, la propia demandada se puso en comunicación con la actora para comenzar a aplicar el último tipo de interés nominal anual que se calculó, siendo éste 4,351%. No se ha alegado por la actora que las cláusulas pactadas por las partes en el contrato de marzo de 2006, pudieran tener alguna nota de abusividad, centrando su reclamación en la propia interpretación de la disposición alegada.

Pues bien, a pesar de esto, analizada la cláusula del contrato a la que se hace referencia, en modo alguno se puede concluir que esté revestida de las notas de oscuridad o falta de nitidez a la hora de plasmar el fin de la misma, entendiéndose que no hay motivo para determinar que no fuera una cláusula pactada por las partes conforme a las reglas de la buena fe.

Así las cosas, debe compartirse que la cláusula cuando manifiesta que "la interrupción durante un lapso de tiempo superior a un periodo de revisión de la publicación del índice de referencia sustitutivo", supone, según la finalidad del contrato firmando entre las partes, así como de la propia finalidad del legislador en la redacción de la disposición adicional decimoquinta que, si la norma con rango de ley ha mandado su desaparición, esto supone la aplicación del último tipo de interés nominal anual que haya sido posible. No compartiendo tampoco con la actora, el hecho de que no se aplique la cláusula establecida libremente por las partes, porque el caso contrario no se ha probado en modo alguno, estando vigente, tal y como resalta el demandado el índice sustitutivo libremente pactado por las partes.

Así las cosas, del estudio de la documental obrante en autos, se concluye que las partes pactaron, libremente, pues no ha existido prueba que demuestre lo contrario, los intereses a aplicar para el caso de que alguno se interrumpiera, entendiéndose retorcida y no acorde con la finalidad de la ley alegada ni del propio contrato, la interpretación realizada por la actora. Por ello, en la propia escritura se pactó el caso de que alguno de los intereses se dejara de aplicar, existiendo ya una respuesta en el propio clausurado de cómo debía desarrollarse la aplicación del interés.

Por todo lo anterior, procede la desestimación íntegra de la demanda, entendiéndose ajustada a derecho la acción llevada a cabo por la entidad demandada."

SEGUNDO.- 2.1. Las Sentencias de la Audiencia Provincial de Burgos (s. 3ª) de 28 de septiembre de 2017 (Pte: Don José Ignacio Melgosa Camarero) y de Pontevedra (s. 1ª) de 12 de enero de 2018 (Pte: Doña María Begoña Rodríguez González), resolviendo una cuestión idéntica a la aquí planteada, dicen lo siguiente:

"Veamos, la Disposición adicional decimoquinta de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, regula el régimen transitorio para la desaparición de índices o tipos de referencia, señalando:

"1. 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."

Cabría considerar que suprimida la publicación por el Banco de España del índice de referencia principal - "tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para la adquisición de vivienda libre, concedidos por las cajas de ahorro "- y del índice de referencia sustitutivo - " tipo activo de referencia de las cajas de ahorro ", debe aplicarse el tipo pactado en el contrato de préstamo, que según la cláusula tercera bis del mismo es el último tipo de interés nominal anual que haya sido posible calcular, y ello conforme al párrafo tercero del apartado C) del pacto tercero bis del contrato de préstamo - página 67 de los autos - que señala:

"La interrupción a su vez, durante un lapso de tiempo superior a dos meses de la publicación del índice de referencia sustitutivo, implicará la perduración de la aplicabilidad al crédito del último tipo de interés nominal anual que haya sido posible calcular".

Lo cierto es que la aplicación de la mentada cláusula contractual conlleva la aplicación de un mismo tipo durante toda la vida del contrato que resta hasta su vencimiento, el último tipo que fue posible calcular conforme el índice de referencia pactado como principal, es decir el " tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para la adquisición de vivienda libre, concedidos por cajas de ahorro " cuya publicación suprime la una vez más mentada disposición adicional decimoquinta de la Ley 14/2013 , lo cual determina como consecuencia la desnaturalización del contrato de préstamo concertado pues habiéndose pactado un préstamo hipotecario con interés variable el mismo se convierte en un préstamo con interés fijo.

Ello supone un perjuicio del prestatario que con ello pierde la posibilidad de beneficiarse de las bajadas de tipos de interés, con lo cual debe darse la razón al demandante prestatario en el sentido que el párrafo cuestionado de la cláusula tercera bis del contrato de préstamo es una cláusula nula por abusiva, y ello en los términos del art. 82-1 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, y conforme al cual: "Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato".

Por tanto, la conclusión del banco no es conforme a Derecho, suponiendo una vulneración de lo previsto en la Disposición Adicional decimoquinta de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre , pues la aplicación del tipo previsto en el contrato debe entenderse aplicable en caso que el pacto contractual se remita a un tipo o índice oficial distinto de los suprimidos no siendo posible la aplicación el último tipo que fue posible calcular, tal como señala la cláusula tercera bis del contrato en el párrafo que hemos reproducido, dado que ello contradice lo previsto en el apartado 3º de la mentada disposición adicional decimoquinta de la Ley 14/2013 , que impide la aplicación de uno de los tipos o índices suprimidos, y en el presente caso la aplicación del último tipo que ha sido posible calcular supone la perpetuación de la aplicación de uno de los tipos suprimidos, por lo cual la interpretación que el banco hace del contrato es contraria a la susodicha disposición adicional decimoquinta.

A su vez, no estamos aquí ante una cláusula negociada entre las partes, pues una cosa es considerar que el cliente prestatario pudo aceptar la aplicación de índice de referencia pactado en el contrato como principal - "tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las cajas de ahorro "- en el sentido que habiéndosele dado a elegir entre tal índice y el Euribor eligió el primero por ser más estable y no contar con un diferencial añadido, y otra muy distinta considerar que se pactó o negoció la estipulación cuestionada sobre la previsión del tipo a aplicar en el caso que se suprimiese la publicación del índice de referencia pactado como principal y el índice pactado como sustitutivo del anterior, pues tal estipulación es una previsión muy a futuro y además tiene un carácter técnico, siendo muy improbable que una persona leiga en cuestiones financieras se percatase del significado de dicha cláusula y su alcance real, con constandingo que haya sido informado al respecto por el banco demandado, con reproducción de dicho escenario.

En definitiva, estamos, pues, ante una cláusula contractual no negociada, predispuesta por el banco prestamista e impuesta al cliente prestatario con efectos del 1/11/13, fecha en la que se aplicó la primera revisión del interés variable del préstamo tras la entrada en vigor de la mentada disposición adicional



decimoquinta, con condena al banco demandado a devolver al prestatario demandante todas las cantidades cobradas en concepto de interés remuneratorio desde la citada fecha de modo indebido por exceder de los intereses a cobrar según el tipo de interés previsto en el apartado 3º de la disposición adicional decimoquinta de la Ley 14/2013, de 27 de julio ."

2.2. Por su parte, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Les Illes Balears (s. 3ª) de 29 de mayo de 2015 (Pte: D. Carlos Gómez Martínez), resolviendo igualmente un supuesto idéntico al aquí enjuiciado, señala:

"PRIMERO.- El 28 de julio de 2009 las partes hoy litigantes firmaron una escritura "de crédito abierto con garantía hipotecaria" indexando la operación al tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años de cajas de ahorro y pactando como índice sustitutivo el tipo activo de referencia de las cajas de ahorro.

Tanto un tipo como el otro, es decir, el inicialmente adoptado y el sustitutivo han dejado de publicarse como consecuencia de lo establecido en el apartado primero de la disposición adicional decimoquinta de la Ley 14/2013 de apoyo a los emprendedores.

El apartado segundo de la misma disposición prevé que "las referencias a los tipos previstos en el apartado anterior serán sustituidos, con efectos desde la siguiente revisión de tipos aplicables, por el tipo o índice de referencia sustitutivo previsto en el contrato".

El apartado tercero de la misma norma establece que "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 que efectivamente se produce la sustitución del tipo".

Pues bien, en el presente proceso, la entidad prestataria, esto es, Promocions Tango Port, S.L., ejerce acción en solicitud de que se declare que en el negocio jurídico de autos resulta de aplicación dicho apartado tercero de la disposición adicional decimoquinta de la Ley 14/2013 de apoyo a los emprendedores ya que los índices de referencia pactados, tanto el inicial como el sustitutivo, han desaparecido.

A dicha pretensión se opuso la demandada aduciendo, en síntesis, que en el contrato de autos sí se pactó un índice sustitutivo para el caso de que se interrumpiese la publicación tanto del inicial como del sustitutivo y que, según el apartado segundo de la disposición adicional decimoquinta de la Ley 14/2013 de apoyo a los emprendedores, ha de aplicarse con preferencia al previsto en el apartado tercero de la misma norma. En concreto, alega Caixabank, en el pacto tercero de la tercera fase de intereses, "e", estipularon las partes que "La interrupción durante un lapso de tiempo superior a un período de revisión, de la publicación del índice de Referencia Sustitutivo, dará lugar a aplicar el último tipo de interés nominal anual que haya sido posible calcular. Si se reemprendiere la publicación del Índice de Referencia Adoptado o del Sustitutivo, volverán a utilizarse, con preferencia del primero sobre el segundo para el cálculo del tipo de interés nominal anual".

Por ello, sostiene la demandada, al ser de preferencia la aplicación del índice sustitutivo pactado sobre el legal, deberá desestimarse la pretensión actora.

La sentencia de primera instancia estima la demanda por entender el juez "a quo" que el pacto de interés sustitutivo tenía como presupuesto de hecho la interrupción del índice primeramente adoptado, lo que no se corresponde con la previsión legal que es de supresión del índice y, en consecuencia, no es de aplicación el índice sustitutivo del sustitutivo pactado sino el legal. Además, razona el juez de primera instancia, cualquier duda interpretativa de una cláusula oscura debe beneficiar al prestatario dado que nos hallamos ante un contrato cuyas condiciones han sido predispuestas por la entidad bancaria prestamista.

Dicha sentencia constituye el objeto de la presente apelación al haber sido recurrida por la parte demandada cuya dirección letrada, en el escrito de interposición del recurso, aduce como motivos en los que funda este, en síntesis, los siguientes:

a) El término "interrupción" que se utiliza en la escritura pública hace referencia al cese de continuidad tanto temporal como definitiva y esto último, es decir, la desaparición definitiva del índice de referencia inicialmente adoptado y del sustitutivo pactado es lo acaecido y, por tanto, resulta de aplicación el índice sustitutivo al sustitutivo pactado por las partes, no el legal.

b) Si el pacto no se entendiese de ese modo no se explica que en él se previese la posibilidad de que "se reemprenda la publicación". Dicha posibilidad sería indicativa de que el término "interrupción" utilizado en la cláusula, hacía referencia tanto a la definitiva como a la temporal, pues en caso contrario, es decir, si hubiésemos de entender que la interrupción es siempre temporal, no se entendería que se previese la



posibilidad de que la publicación del índice se reanudase, lo que implica admitir la hipótesis contraria, esto es, que no se reanude dicha publicación.

c) A la conclusión sostenida por la parte se llegaría, sostiene la apelante, también, en virtud de una interpretación integradora del contrato basada en los artículos 1255 y 1258 del Código Civil .

SEGUNDO.- El recurso ha de desestimarse, por las siguientes razones:

a) La disposición adicional decimoquinta de la Ley 14/2013 de apoyo a los emprendedores hace referencia, toda ella, a un supuesto, cual es el de "la desaparición completa de los índices oficiales aplicables a los préstamos o créditos hipotecarios", según reza su apartado primero. El supuesto de hecho previsto en el pacto sustitutivo es la interrupción, sustantivo que procede del verbo interrumpir que, a su vez, quiere decir, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, en su primera acepción "Cortar la continuidad de una cosa en el lugar o en el tiempo". Lo que hace la disposición adicional decimoquinta de la Ley 14/2013 de apoyo a los emprendedores, es "hacer desaparecer" los índices de referencia pactados en el contrato. Más que de un término general -que según la apelante sería la interrupción, comprensiva de la cesación tanto temporal como definitiva- y otro específico -que sería según la parte recurrente, interrupción definitiva equivalente a la desaparición de los tipos-, de lo que se trata es de conceptos e ideas distintas. La interrupción se refiere a algo que existe, pero cuyos efectos cesan, y la desaparición o abolición de algo por disposición legal, equivale a su inexistencia en el mundo del derecho. Así, sería diferente la interrupción de un plazo, que presupone que el plazo existe, pero, de momento, no corre; y la supresión de un plazo, que equivale a su inexistencia.

Por su propia redacción el pacto sustitutivo parece referirse a cambios producidos en el mercado hipotecario, o en la situación económica, que pudieran haber llevado a modificaciones o vaivenes en el catálogo de índices de referencia disponibles para los préstamos o créditos hipotecarios, pero no a lo relevante para el caso de autos, como es la supresión legal de ciertos índices de referencia.

b) La previsión en el pacto tercero, intereses tercera fase e) de la escritura de 28 de julio de 2009 que "se reemprendiese la publicación del índice de Referencia Adoptado o del Sustitutivo" puede ser interpretada, como lo hace el apelante, en el sentido de que si cabía la reanudación, de ello se deduce que cabía también la no reanudación y, por ende, que la interrupción fuese definitiva.

Sin embargo, también cabe otra interpretación: La interrupción, siendo por definición temporal, podía siempre reanudarse. Si el índice en cuestión volvía a publicarse durante la vigencia del contrato, se producirían los efectos previstos en ese párrafo segundo de la cláusula de autos. En consecuencia, la previsión de una posible reanudación lo que supone es admitir que cabía también la no reanudación, pero esta no necesariamente había de obedecer a una supresión definitiva del índice, sino que cabía también que la reanudación fuese irrelevante para el contrato por producirse cuando éste ya se había cumplido o había extinguido sus efectos.

c) En cualquier caso, este tribunal comparte el parecer del juez "a quo" de que la oscuridad o confusión en la cláusula habrá de perjudicar a la entidad financiera, por aplicación del principio contra proferentem del artículo 1288 del Código Civil .

d) La apelación a la integración del contrato constituye, en cierta manera, una contradicción en la que incurre el recurrente, dado que su posición en este proceso ha sido la de interpretar la cláusula de índice de referencia sustitutivo en un cierto sentido, dando a la palabra interrupción un significado equivalente al de supresión o desaparición legal. La integración supone, por el contrario, considerar como parte del contrato un pacto que inicialmente no está comprendido en él. Interpretar consiste en determinar el sentido y alcance de la reglamentación intersubjetiva que nace de la concorde voluntad de las partes sobre un objeto y un concreto fin económico-social. En cambio, integrar consiste en considerar como parte del contrato lo que los PECL llama "implied terms" a los que se refiere su artículo 6:102 cuando dispone que, además, de los pactos explícitos, el contrato podría contener acuerdos implícitos derivados de: a) La voluntad de las partes; b) la naturaleza y el fin del contrato; c) la buena fe y la honestidad en las transacciones.

Para algunos autores, ha de distinguirse entre efectos autónomos y efectos heterónomos del contrato. Mientras que la determinación de los efectos autónomos del contrato se denomina interpretación, la determinación de efectos heterónomos es, directamente, integración. Y una de las más importantes fuentes de determinación de los efectos heterónomos del contrato es, precisamente, la buena fe, recogida en el artículo 1258 de nuestro Código Civil en el que se basa la demandada al formular este motivo de su recurso.

Ahora bien, la integración solo procede si mediante la interpretación no ha podido llegarse a dilucidar el sentido de las cláusulas contractuales y sus efectos, tal como los quisieron las partes y ello, como se ha dicho, no es lo que ha ocurrido en el supuesto enjuiciado en el que mediante la hermenéutica ha podido establecerse que el tipo sustitutivo se pactó para el caso de interrupción de la publicación de los índices, no para el supuesto de su



supresión o desaparición legal, por lo que resulta de aplicación el índice sustitutivo previsto en la disposición adicional decimoquinta de la Ley 14/2013 de apoyo a los emprendedores, y no el contractualmente pactado."

TERCERO.- Estando esta Sala totalmente de acuerdo con la doctrina que se acaba de expresar, procede estimar el recurso y revocar la sentencia de instancia en el sentido siguiente:

Debe estimarse la demanda interpuesta por _____, S.L. contra CAIXABANK, S.A. y, en consecuencia, se condena a la demandada a aplicar al préstamo hipotecario solemnizado en escritura pública autorizada con fecha de 28 de marzo de 2006, por el Notario que fue de Puerto del Rosario, el tipo de interés denominado "tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para la adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito de España", con un diferencial del 0,0% con efectos desde el 29 de septiembre de 2013, así como devolver a la actora las cantidades indebidamente percibidas, desde dicha fecha, las cuales serán calculadas en fase de ejecución de sentencia mediante la comprobación de la diferencia entre el tipo de interés aplicable (2,436%), y el tipo de interés aplicado (4,351%), por la demandada desde la entrada en vigor de la ley 14/2013, hasta la firmeza de dicha resolución, con imposición de costas a la parte demandada.

Sin declaración sobre costas en esta alzada.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación;

FALLAMOS

Que se debe estimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de GIORVA, S.L. contra la sentencia de fecha 2 de noviembre de 2015, revocando dicha resolución en el sentido siguiente:

Debe estimarse la demanda interpuesta por _____ A, S.L. contra CAIXABANK, S.A. y, en consecuencia, se condena a la demandada a aplicar al préstamo hipotecario solemnizado en escritura pública autorizada con fecha de 28 de marzo de 2006, por el Notario que fue de Puerto del Rosario, el tipo de interés denominado "tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para la adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito de España", con un diferencial del 0,0% con efectos desde el 29 de septiembre de 2013, así como devolver a la actora las cantidades indebidamente percibidas, desde dicha fecha, las cuales serán calculadas en fase de ejecución de sentencia mediante la comprobación de la diferencia entre el tipo de interés aplicable (2,436%), y el tipo de interés aplicado (4,351%), por la demandada desde la entrada en vigor de la ley 14/2013, hasta la firmeza de dicha resolución, con imposición de costas a la parte demandada.

Sin declaración sobre costas en esta alzada.

Contra esta sentencia podrán las partes legitimadas interponer recurso extraordinario por infracción procesal, en los casos del artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; o el recurso de casación, en los del artículo 477. El recurso se interpondrá ante este Tribunal en el plazo de 20 días desde el siguiente a su notificación, y será resuelto por la Sala Civil del Tribunal Supremo, conforme a la Disposición Final decimosesta.

La SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL SUPREMO, en Pleno no jurisdiccional de 27 de enero de 2017, adoptó un "Acuerdo sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal".

<http://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2017/02/Acuerdos-criterios-de-admision-2-2017.pdf>

Dedúzcanse testimonios de esta resolución, que se llevarán al Rollo y autos de su razón, devolviendo los autos originales al Juzgado de procedencia para su conocimiento y ejecución una vez sea firme, interesando acuse recibo.

Así por esta nuestra sentencia definitivamente juzgando, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN: Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de su fecha. Certifico.