

A PROPÓSITO DE LA NULIDAD DEL ÍNDICE HIPOTECARIO IRPH ENTIDADES*

SAP Álava (Sección 1ª) de 10 de marzo de 2016

Pascual Martínez Espín

Catedrático acreditado de Derecho civil

Centro de Estudios de Consumo

Universidad de Castilla-La Mancha

Fecha de publicación: 1 de abril de 2016

1. Resumen

La Sección primera de la Audiencia Provincial de Álava, en sentencia n. 85 de 10 de marzo de 2016, ha anulado el índice IRPH Entidades, así como el IRPH Cajas previsto como sustitutivo, y condenado a Kutxabank a devolver con retroactividad todos los intereses cobrados indebidamente al perjudicado. En consecuencia, el préstamo queda sin ningún interés remuneratorio. Además, la sentencia declara la nulidad de la cláusula de intereses de demora del 17,50% nominal anual.

De este modo, la Audiencia Provincial de Álava se ha convertido en la primera de España en anular los Índices de Referencia Hipotecaria (IRPH) Entidades e IRPH Cajas. La entidad financiera ha anunciado recurso ante el Tribunal Supremo.

2. Antecedentes legislativos

Esta sentencia llega poco después de que el pleno del Parlamento vasco declarara «que el tipo de interés IRPH es opaco, influenciado por las entidades bancarias, no representativo de la realidad del mercado, claramente perjudicial para los consumidores y que debe ser considerado abusivo». La Cámara de Vitoria instó a las entidades bancarias a «reintegrar a las personas consumidoras todos los intereses cobrados en

* Trabajo realizado en el marco de la Ayuda del Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia (Subprograma Estatal de Generación de Conocimiento) del Ministerio de Economía y Competitividad, otorgada al Grupo de investigación y Centro de investigación CESCO, *Mantenimiento y consolidación de una estructura de investigación dedicada al Derecho de consumo*, dirigido por el Prof. Ángel Carrasco Perera, de la UCLM, ref. DER2014-56016-P.

referencia a dicho índice” y “a devolver las viviendas desahuciadas” en aplicación del IRPH.

3. Antecedentes judiciales

La parte actora solicitó en su demanda se declaren nulas dos cláusulas del contrato: la cláusula tercera bis del contrato que se refiere al tipo de interés en su integridad, por falta de transparencia y por su carácter abusivo del tipo de referencia principal y también del sustitutivo, y la cláusula sexta que se refiere al interés de demora por considerarlo abusivo.

El Juzgado de lo Mercantil n. 1 de Vitoria-Gasteiz dictó sentencia n. 158/15, por la que se estimó íntegramente la demanda interpuesta contra Kutxabank. La sentencia declara la nulidad de la cláusula del contrato de préstamo hipotecario celebrado entre las partes que refiere el mismo al IRPH entidades y como índice sustitutivo al IRPH Cajas para toda la vida del préstamo. Asimismo, declara la nulidad de la cláusula de interés moratorio. Y condena a la entidad bancaria a estar y pasar por dicha declaración de nulidad, absteniéndose de aplicar en el futuro dichas cláusulas y a devolver las cantidades cobradas en concepto de interés remuneratorio en aplicación de dicho índice de referencia, y a abonar el interés legal desde la fecha del respectivo cobro, sin perjuicio de los intereses previstos en el art. 576 LEC.

4. Sobre el IRPH ENTIDADES

La Sala, siguiendo el recurso del apelante, se pronuncia sobre las siguientes cuestiones:

4.1. Sobre el carácter negociado del tipo de interés en el contrato de préstamo hipotecario y su consecuente exclusión del ámbito de aplicación de la LCGC

El apartado 1 del art.1 LCGC (RCL 1998, 960) dispone que son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos.

La STS 241/2013, de 9 de mayo (RJ 2013, 3088), establece que constituyen requisitos de las mismas los siguientes: a) contractualidad: se trata de cláusulas

contractuales y su inserción en el contrato no deriva del acatamiento de una norma imperativa que imponga su inclusión; b) predisposición: la cláusula ha de estar prerredactada, siendo su característica no ser fruto del consenso alcanzado después de una fase de tratos previos; c) Imposición: su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes, de tal forma que el bien o servicio sobre el que versa el contrato nada más puede obtenerse mediante el acatamiento a la inclusión en el mismo de la cláusula; y d) generalidad: las cláusulas deben estar incorporadas a una pluralidad de contratos o estar destinadas a tal fin (apartado 137).

La entidad bancaria mantiene que la cláusula controvertida no tiene carácter de condición general de la contratación, puesto que la misma no fue predispuesta, ni impuesta, existiendo una verdadera negociación entre las partes, tal y como se deduce de la oferta vinculante ofrecida.

En relación al primer extremo, la parte demandada reconoce que "la redacción de la cláusula fue efectuada por Kutxa", luego está admitiendo que fue prerredactada por ella.

En relación al segundo extremo, no se ha acreditado la negociación, y el hecho de que se efectúe una oferta vinculante por parte de la entidad bancaria no significa que la concreta cláusula controvertida haya sido objeto de negociación por las partes, tan sólo evidencia que fue conocida por el cliente con anterioridad a la suscripción del contrato. Como señala la STS 241/2013, de 9 de mayo, es notorio que en determinados productos y servicios tanto la oferta como el precio o contraprestación a satisfacer por ellos están absolutamente predeterminados.

La sentencia que comentamos señala que la entidad bancaria no presenta prueba sobre una negociación individual con el actor. Fue la entidad quien redactó la cláusula, idéntica en otros contratos de préstamo similares, sin posibilidad de que el cliente introdujese cambios. Ni siquiera se ha probado que la entidad permitiera elegir entre varias ofertas. En el mismo sentido se ha pronunciado el Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Barcelona en sentencia núm. 66/2015 de 16 marzo (AC 2015\451), al indicar que no consta la aportación de información suficiente a los demandantes ni de prueba alguna que certifique el ofrecimiento de alternativas en cuanto al tipo de interés, comparativas o información o análisis detallado del funcionamiento de la cláusula insertada en el contrato y prerredactada por la entidad financiera.

Igualmente, indica la citada resolución que la LCGC no contiene regla alguna sobre la carga de la prueba del carácter negociado de las cláusulas predispuestas incorporadas a los contratos a diferencia de lo que acontece en el supuesto de las cláusulas abusivas, en relación con las que el segundo párrafo del artículo 82.2 TRLCU dispone que "[e]l empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba" -a tenor del artículo 3.2 de la Directiva 93/13/CEE (LCEur 1993, 1071) "*[e]l profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba*"- en el caso de condiciones generales en contratos con consumidores es aplicable la expresada regla (apartado 160).

En todo caso, la prueba de un hecho negativo como es la ausencia de negociación constituye una prueba imposible o diabólica, por lo que la distribución o reparto de la carga de la prueba, que responde a principios de oportunidad, justicia distributiva e igualdad de partes, debe hacer recaer sobre el profesional que afirma que una cláusula tipo se ha negociado individualmente la carga de acreditar dicho extremo, porque tiene la facilidad probatoria para acreditar hechos positivos.

Por todo lo cual, la Sala considera totalmente acertada la conclusión del Juzgador de instancia de que la cláusula controvertida es condición general de la contratación.

4.2. *Sobre cómo el tipo de interés constituye un elemento integrante del objeto principal del contrato de préstamo hipotecario, el precio de éste, que es negociado entre las partes, y como en consecuencia no puede realizarse un control de abusividad sobre el contenido del mismo*

El art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993 dispone: "*La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá 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, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible*".

La sentencia de instancia declaró que el tipo de interés remuneratorio no forma parte del objeto principal del contrato de préstamo, a los efectos de lo previsto en la Directiva 93/13/CEE, y por lo tanto cabe el control de su abusividad sobre su contenido. Cuando la Directiva habla de la "definición del objeto principal del contrato" debe entenderse que se refiere a aquellos elementos que esencialmente lo caracterizan, apoyándose para ello en los apartados 42, 49 y 50 de la STJUE de

30 de abril de 2014, C-26/13, caso Arpad Kásler . Por otra parte, entiende que, de acuerdo con el art. 1.755 CC, el interés no es la causa del contrato de préstamo, pues éste puede ser gratuito y, por tanto, el objeto principal del contrato no desaparece aunque no haya pacto de interés.

Tal consideración es errónea y no se corresponde con el criterio sentado por el Tribunal Supremo en su sentencia de 9 de mayo de 2013 al señalar que la cláusula suelo (que en aquel caso se analizaba) forma parte del precio inescindible que debe pagar el prestatario y que en consecuencia se refiere al objeto principal del contrato. En el mismo sentido se pronunció la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2012.

En el caso sometido a nuestra consideración en el que las partes han pactado expresamente el devengo de interés, la cláusula que establece el interés variable constituye una cláusula que determina el precio que debe pagar el prestatario y, en cuanto tal, no cabe calificarlo como pacto accesorio, porque define el objeto principal del contrato.

La jurisprudencia deja claro que las cláusulas que definen el objeto principal del contrato no pueden estar sujetas al control de abusividad referido al precio del contrato de préstamo, aunque se las pueda someter al doble control de transparencia. Según la sentencia que comentamos, la cláusula se refiere a la remuneración que el cliente debe abonar a la entidad bancaria por el préstamo, debe ser calificada como cláusula que define el objeto principal del contrato, por tanto, no cabe el control del precio, sólo es posible analizar el control de transparencia, que comprende el control de inclusión, la información que se le dio al cliente, y el control de comprensibilidad, si llegó a entender el contenido de la cláusula y lo que significa.

En todo caso, aunque se entendiera que el índice IRPH no constituye objeto principal del contrato, ello no impide el control de abusividad con arreglo a la normativa española, como señalan las SSTs de 2 de marzo de 2011 y 9 de mayo de 2013. En este sentido, la STS 24172013, de 9 de mayo, señala: "194. Esta posibilidad de que la normativa nacional autorice el control de las cláusulas que definen el objeto principal del contrato se reitera en el apartado 49 de la expresada STJUE de 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, según el cual "los artículos 2 CE (RCL 1978, 2836), 3 CE, apartado 1, letra g), y 4 CE , apartado 1, no se oponen a una interpretación de los artículos 4, apartado 2, y 8 de la Directiva según la cual los Estados miembros pueden adoptar una normativa nacional que autorice un control jurisdiccional del

carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible", y, de hecho, la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, modificó la Directiva 93/13/CEE añadiendo el artículo 8 bis a fin de que los Estados miembros informen a la Comisión si adopta disposiciones que "[...]hacen extensiva la evaluación del carácter abusivo a las cláusulas contractuales negociadas individualmente o a la adecuación del precio o de la remuneración". En aplicación de tal doctrina las SSTS 401/2010, de 1 de julio (RJ 2010, 6554), RC 1762/2006 ; 663/2010, de 4 de noviembre (RJ 2010, 8021) , RC 982/2007 ; y 861/2010, de 29 de diciembre (RJ 2011, 148) , RC 1074/2007 , apuntaron, más o menos obiter dicta [dicho de paso] la posibilidad de control de contenido de condiciones generales cláusulas referidas al objeto principal del contrato".

4.3. Sobre la naturaleza del índice oficial de referencia, su contenido y modo de elaboración, su evolución a lo largo de los años, las razones por las que las autoridades económicas han acordado su desaparición y el régimen transitorio fijado para llevarlo a cabo

Cuando se concertó el contrato de préstamo hipotecario que nos ocupa (2006), se encontraba vigente la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito de 29 de Julio de 1988, en cuyo artículo 48 se determinaba que "*Se faculta al Ministro de Economía y Hacienda para establecer y modificar las normas de contabilidad y los modelos a que deberá sujetarse el balance y la cuenta de resultados de las entidades de crédito, así como los balances y cuentas de resultados consolidados previstos en la Ley 13/1985, de 25 de Mayo (RCL 1985, 1216), disponiendo la frecuencia y el detalle con que los correspondientes datos deberán ser suministrados a las autoridades administrativas encargadas de su control y hacerse públicos con carácter general por las propias entidades de crédito. En el uso de esta facultad, cuyo ejercicio podrá encomendar el Ministro citado al Banco de España, no existirán más restricciones que la exigencia de que los criterios de publicidad sean homogéneos para todas las entidades de crédito de una misma categoría y análogos para las diversas categorías de entidades de crédito. Para el establecimiento y modificación de las señaladas normas y modelos, con la excepción de los estados contables reservados, será preceptivo el informe previo del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas*".

En el desarrollo de la misma se dictó la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 12 de Diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito, la cual, además de hacer extensivas al conjunto de las entidades de crédito las normas que en las citadas materias estableció ya para las entidades de depósito la Orden de 3 de marzo de 1987, así como refundir su contenido con el de la Orden de 16 de junio de 1988 y complementarlas con algunas disposiciones que la experiencia adquirida aconsejaba, establecía en su Disposición Final Primera que *"Se faculta al Banco de España para dictar las normas precisas para el desarrollo y ejecución de la presente Orden y, en particular, para: Determinar la forma en que se publicarán los tipos de interés mencionados en el número tercero. Definir el concepto de tipo de interés preferencial mencionado en el punto 1 del número tercero"*.

La actualización de las previsiones contenidas en dicha normativa se produjo con la publicación de la Orden 2899/2011, de 28 de Octubre (RCL 2011, 1943 y 2238), de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, que estableció un plazo para la desaparición de los índices o tipos de referencia, que se concreta en el plazo de un año, pero contemplando en su Disposición Transitoria Única, el régimen transitorio de índices o tipos de referencia, estableciendo que dichos índices o tipos de referencia habían de continuar siendo considerados "aptos" y que el Banco de España había de continuar encargándose de su publicación, como lo había estado haciendo hasta ese momento.

Según la D.T. única de la Orden EHA 2899/2011:

"1. Los índices o tipos de referencia que se publicaran con carácter oficial y estuvieran siendo empleados en préstamos a interés variable a la entrada en vigor de esta orden, continuarán siendo considerados aptos a todos los efectos. La desaparición completa de los citados índices o tipos, con todos sus efectos, se producirá transcurrido un año de la entrada en vigor de la presente orden y su normativa de desarrollo, siempre que en ese plazo se hubiese establecido el correspondiente régimen de transición para los préstamos afectados.

2. Hasta el momento indicado en el último inciso del apartado anterior, el Banco de España se encargará de publicar mensualmente en su sede electrónica los índices y tipos de referencia siguientes:

- 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.*

Para la publicación de estos índices continuarán vigentes las actuales definiciones de los mismos conforme a lo previsto 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, con las siguientes particularidades:

- a) Las cajas de ahorro que ejerzan indirectamente su negocio financiero conforme a lo previsto en el artículo 5 del Real Decreto-ley 11/2010, de 9 de julio, de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las Cajas de Ahorros declararán al Banco de España, de acuerdo con lo establecido en las especificaciones técnicas correspondientes, como tipos de interés a efectos de la elaboración de los citados índices, los que practique la entidad bancaria a la que hayan aportado su negocio financiero.*
- b) Las declaraciones que a tal fin hagan las entidades bancarias a través de los que se ejerza indirectamente no se tomarán en consideración para la elaboración de los índices”.*

En cuanto a las razones que motivaron su desaparición, el Preámbulo de la citada Orden 2899/2011, de 28 de Octubre, señala que, dentro del sector financiero, la defensa de la clientela ha pivotado tradicionalmente sobre dos ejes, cuales son la normativa prudencial y de solvencia de las entidades de crédito y la legislación financiera, que cuenta también con un sistema especial de protección directa del cliente, que esta normativa de transparencia se ha venido desplegando en España a través del desarrollo del artículo 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio (RCL 1988, 1656 y RCL 1989, 1782), sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, siendo así que el primer desarrollo reglamentario que vino a dar contenido a la mencionada regulación tuvo lugar con el dictado de la Orden de 12 de Diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito, y, posteriormente, con el objetivo de facilitar al cliente la perfecta comprensión e implicaciones financieras del contrato de préstamo hipotecario, entró en vigor la Orden de 5 de Mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios. Precisa también que en este punto la normativa común o general de

transparencia española (Órdenes Ministeriales de 1989 y 1994 y Circular 8/1990 del Banco de España (RCL 1990, 1944) que las desarrolla) ha quedado injustificablemente obsoleta, debido a los referidos avances de la regulación sectorial y a causa de la enorme transformación que ha sufrido la comercialización de servicios bancarios, habiendo tratado la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, de llevar a cabo un avance sustancial en materia de transparencia bancaria, mediante la introducción en nuestro ordenamiento de un nuevo enfoque de intervención regulatoria, con la finalidad de fomentar la responsabilidad en el préstamo, y mediante la concesión de la facultad expresa a la Ministra de Economía y Hacienda de aprobar las normas necesarias para garantizar el adecuado nivel de protección de los usuarios de servicios financieros en sus relaciones con las entidades de crédito, siendo fruto de dicha facultad precisamente la Orden en cuestión, cuyos objetivos han sido concentrar en un único texto la normativa básica de transparencia, actualizar el conjunto de las previsiones relativas a la protección del cliente bancario y desarrollar los principios generales previstos en la referida Ley de Economía Sostenible, en lo que se refiere al préstamo responsable, al tiempo que, adicionalmente, aborda otras áreas sustanciales, cuales son el desarrollo específico de la normativa de transparencia del préstamo hipotecario para la adquisición de vivienda, y a efectos de sustituir la regulación anterior, de 1994, refuerza específicamente la transparencia, en lo que se refiere a determinados servicios, tales como las cláusulas suelo o techo y los instrumentos financieros de cobertura del tipo de interés, y regula los que serán tipos de interés oficiales, conforme a la habilitación incluida en el ya mencionado artículo 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, respondiendo a la necesidad de adaptar los tipos de referencia a una integración de los mercados a escala europea y nacional cada vez mayor y a la necesidad de aumentar las alternativas de elección de tipos, al tiempo que se ajustan estos al coste real de obtención de recursos por las entidades de crédito. Y finaliza puntualizando que "La presente orden se dicta en uso de las habilitaciones expresamente conferidas al Ministro de Economía y Hacienda en los artículos 29.2 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, y en la disposición adicional primera de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre (RCL 2007, 2221), por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo (RCL 1981, 900), de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria".

De este modo, desde el 1 de noviembre de 2013, el IRPH Bancos y el IRPH Cajas de ahorros desaparecieron (Disposición Transitoria decimoquinta de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre). Por lo tanto, desde esa fecha el IRPH Bancos y el IRPH Cajas de ahorros deberían ser sustituidos por otros en función de las condiciones que se especifiquen en la escritura de cada hipoteca, o lo que es lo mismo, si en la escritura de la hipoteca aparece un índice sustitutivo del IRPH Bancos o Cajas, deberá aplicarse dicho índice. Si, como en el presente caso, el IRPH Cajas es sustitutivo, la nulidad del índice principal determinará la inaplicación de índice alguno, como veremos a continuación.

4.4. Imposibilidad de ejercitar acción de nulidad de condiciones generales de la contratación sobre el contenido de disposiciones normativas de carácter imperativo (arts. 1.256 CC y 13.1 LGDCU)

Según la cláusula litigiosa:

CONJUNTO DE ENTIDADES: “el tipo de interés será el resultante de adicionar el MARGEN al tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para la adquisición de vivienda libre, concedidos por el conjunto de entidades de crédito definido por la Circular 5/94 del Banco de España de 22-7-94 que se publica en el BOE de 3-8-94”.

“MARGEN, es el porcentaje de añadir al tipo determinado de acuerdo con el apartado anterior. El margen será de cero como cincuenta (0,50) puntos”.

Se añade en la misma cláusula, apartado segundo c) lo siguiente en relación al interés sustitutivo:

“El tipo de interés sustitutivo entrará en vigor cuando por cualquier razón dejara de publicarse el citado tipo de referencia, y se tomará como tal a sus mismos efectos el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para la adquisición de vivienda libre, para la adquisición de vivienda libre concedidos por las Cajas de Ahorros, definido por la Circular 5/94 del Banco de España de 22-7-94, que se publica en el BOE del 3-8-94, más un margen de cero coma cincuenta (0,50) puntos”.

La Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, que tiene por objeto la trasposición de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, así como regulación en las condiciones generales de la contratación dispone en el párrafo

segundo de su artículo cuarto: *"Tampoco será de aplicación esta Ley a las condiciones generales que reflejen las disposiciones o los principios de los Convenios internacionales en que el Reino de España sea parte, ni las que vengan reguladas específicamente por una disposición legal o administrativa de carácter general y que sean de aplicación obligatoria para los contratantes"*. Por su parte la indicada Directiva señala en su art.1.2 que *"Las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas, así como las disposiciones o los principios de los convenios internacionales, en especial en el ámbito de los transportes, donde los Estados miembros o la Comunidad son parte, no estarán sometidas a las disposiciones de la presente Directiva"*.

Como declara la Exposición de Motivos de la LCGC la exclusión objetiva del ámbito de la citada norma atiende a ciertos contratos que por su características específicas, por la materia que tratan y por alienidad de la idea de predisposición contractual, no deben estar comprendidos en la Ley". Por tanto, el fundamento de exclusión de la posibilidad de control de las condiciones generales se encuentra en la alienidad de la idea de predisposición contractual al ser impuestas por disposiciones legales o administrativas de carácter general y aplicación obligatoria.

En el presente caso, y con independencia de que se encuentre normativamente regulado el proceso para la determinación del referido índice, la cláusula controvertida no viene regulada específicamente por una disposición legal o administrativa y mucho menos resulta de aplicación obligatoria para los contratantes. Y, en consecuencia, la Sala comparte la conclusión del Juzgador de instancia de que no está excluida del ámbito de control de la LCGC.

En este sentido, la sentencia de instancia acoge la tesis de la demandante al afirmar que en las disposiciones normativas no hay ni un solo precepto que obligue a la entidad oferente a aplicar el tipo de referencia IRPH, una cosa es que se regule y otra que su introducción en el contrato de préstamo obedezca a una disposición imperativa. La sentencia critica que el Banco de España elabore el IRPH a partir de la "media simple de los tipos de interés medios ponderados". También que su cálculo se realice con los datos de las operaciones de financiación hipotecaria formalizadas para la adquisición de vivienda libre que las entidades de crédito comunican cada mes al Banco de España (Norma segunda de la Circular 8/1990, y Norma decimosexta de la Circular 5/2012). Y que los tipos de interés medios que se han de comunicar con los que el Banco de España elabora el índice IRPH sean los tipos anuales equivalentes de las operaciones de préstamo (Anexo VIII de las Circulares 8/1990 y 5/2012). Señala el Juez de instancia que, pese a

que el índice IRPH Cajas se trata de un índice oficial, la entidad prestamista influye en su determinación porque proporciona los datos para su cálculo, que varía en función de que los préstamos concedidos (por las Cajas) se concierten a un interés superior o inferior. Y habida cuenta del aumento de influencia de las Cajas de Ahorros, por la desaparición de muchas de ellas, el Juez de instancia entiende que la prohibición del art. 1256 del C. Civil (la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes) queda comprometida, puesto que en caso de que todas las Cajas se hubieran puesto de acuerdo para elevar los tipos de interés de sus préstamos, el índice IRPH Cajas habría subido.

El apelante sostiene que no cabe declarar la nulidad de la cláusula ya que el índice referido se regula en estas Circulares del Banco de España de forma legal e imperativa. La Directiva 93/13, en su art. 1.2º excluye de su ámbito de aplicación las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas. La Ley 7/98, en su art. 4.2º señala que “tampoco será de aplicación esta Ley a las condiciones generales que reflejen las disposiciones o los principios de los Convenios internacionales en que el Reino de España sea parte, ni las que vengan reguladas específicamente por una disposición legal o administrativa de carácter general y que sean de aplicación obligatoria para los contratantes”.

La AP señala que estas cuestiones son ajenas a la voluntad de la entidad bancaria, están reguladas por disposiciones normativas, el banco no es quien ha fijado las pautas para decidir el IRPH en cada período. Los comentarios que realiza la sentencia sobre el “falso de diseño del índice”, ponderaciones, tipos marginales, con o sin comisiones, y otros, son simples opiniones. Lo cierto es que las Circulares 8/1990 y 5/2012 del BE otorgan el carácter de índice oficial al IRPH, que fue diseñado por las autoridades financieras del país. Pues bien, en relación con la posibilidad de manipulación de índices oficiales, conviene recordar que en el tráfico actual, y no solo en el mercado financiero, se aplican índices de referencia para fijar precios y prestaciones en productos y contratos. Así ocurre con el I.P.C., de extrema importancia para regular los incrementos salariales o de rentas arrendaticias, por citar solo un ejemplo. La aplicación de tales índices es aceptada por las empresas y consumidores ante la evidente la necesidad de referencias en las transacciones económicas y en la determinación de productos, precios y salarios.

Dentro del sector financiero, los índices oficiales siguen existiendo en el ámbito de la Comunidad Europea. Concretamente en España, los tipos de interés de referencia oficiales son los que se establecen en el artículo 27 de la Orden

2899/2011, de 28 de octubre y se definen en la norma decimocuarta y anejo 8 de la Circular del Banco de España 5/2012 (RCL 2012, 943 y 1390) . De acuerdo con lo dispuesto en dicha Orden y Circular tenemos: Referencia interbancaria a un año (euribor); Tipo interbancario a un año (mibor); Tipo de rendimiento interno en el mercado secundario de la deuda pública; Tipo de los préstamos hipotecarios a más de tres años concedidos por el conjunto de las entidades de crédito; Tipo medio de los préstamos hipotecarios entre uno y cinco años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en la zona euro; Permuta de intereses/Interest Rate Swap (IRS) al plazo de cinco años.

Por otra parte, no cabe admitir los razonamientos de la sentencia en cuanto al carácter influenciado y manipulable del IRPH, puesto que: a) Se trata de un índice similar al IRPH bancos y cajas, existente hasta su desaparición junto con el anterior, aunque en realidad han venido a refundirse en el actual índice IRPH conjunto de entidades de crédito; b) Su manipulación por parte de las entidades prestamistas, que en la propia sentencia se contempla como una mera especulación, solo podría conseguirse, bien falseando los datos proporcionados al Banco de España (comunicando tipos de interés superiores a los realmente concedidos) o mediante un acuerdo del conjunto de entidades (Cajas en este caso), para elevar sus tipos de interés. La primera posibilidad implicaría una conducta delictiva por parte de las entidades de crédito, que en modo alguno cabe admitir por cuanto la actividad bancaria es un sector ampliamente regulado y sometido al control de Banco de España que verifica las oportunas inspecciones en las que se detectaría tal falseamiento de datos; y la segunda posibilidad implicaría una práctica contraria a las normas de competencia que además de ser detectada, con las consecuentes sanciones, ninguna ventaja podría acarrear para las entidades que incurrieran en tal práctica.

Y ello porque, aun en la hipótesis contemplada en la sentencia, de que las Cajas de Ahorro se hubieran puesto de acuerdo para subir los intereses de sus préstamos, tal incremento, además de ser ilegal, no hubiera reportado beneficio alguno a las Cajas, puesto que ante la subida de sus tipos de interés, los prestatarios hubieran acudido a solicitar sus préstamos a los bancos; y lo mismo hubiera ocurrido a la inversa, en caso de que los bancos se hubieran puesto de acuerdo para elevar los intereses que ofrecían a sus clientes. Por lo tanto, la supuesta posibilidad de manipulación contemplada en la sentencia de instancia como una hipótesis sin fundamento (desde el momento en que el juez señala que "no tiene por qué haber ocurrido"), en modo alguno puede sustentar la nulidad de la cláusula controvertida por vulneración del art. 1256 C.C.

4.5. Control de transparencia

El apelante señala que la acción de nulidad ejercitada se basa en el supuesto carácter manipulable del IRPH entidades y en su presunta abusividad intrínseca. Y añade que el demandante no realizó alegación alguna sobre la insuficiencia de la información recibida de la entidad sobre las condiciones del préstamo en el momento de formar su voluntad negocial, ni cuestionó la validez del consentimiento al formalizar el contrato.

La sentencia de la Audiencia niega este extremo, pues señala que el actor habla de falta de información, critica el IPRH y lo compara con el Euribor, mostrando gráficos que acreditan la evolución de uno y otro y como el Euribor ha bajado más que el IRPH.

Sobre las dos cuestiones planteadas por el actor, la sentencia comentada señala:

- 1) Con relación al carácter manipulable ninguna prueba realiza al efecto.

El IRPH es un índice oficial al igual que otros que también considera oficiales el Banco de España. La OM de 5 de mayo de 1994 regula el proceso de constitución de las hipotecas en garantía de préstamos hipotecarios a los consumidores que comienza por la entrega al solicitante de un folleto informativo, sigue con una oferta vinculante que incluya las condiciones financieras (entre ellas, en su caso, tipo de interés variable y límites a la variación del tipo de interés), posible examen de la escritura pública por el prestatario durante los tres días anteriores al otorgamiento y, por último, se formaliza el préstamo en escritura pública, estando obligado el notario a informar a las partes y a advertir sobre las circunstancias del interés variable, y especialmente si las limitaciones a la variación del tipo de interés no son semejantes al alza y a la baja.

Esta regulación legal del recorrido preparatorio del contrato garantiza la información al cliente; otra cosa es que el cliente haya tenido conocimiento del contenido de la cláusula que contiene el interés variable, y haya podido comprenderla, de ahí la importancia de su claridad, que no solo debe ser gramatical sino conceptual.

En consecuencia, la primera cuestión a dilucidar es si la información que se facilita, y en los términos en los que se facilita, cubre las exigencias positivas de oportunidad real de su conocimiento por el adherente al tiempo

de la celebración del contrato, y las negativas de no ser ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles. El art. 5.5 LCGC indica que la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez, y añade el apartado séptimo que no quedarán incorporadas al contrato las condiciones que no hayan tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato, las ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles.

En resumen, en relación al control de incorporación, la Sala entiende que el actor tuvo oportunidad de conocer la cláusula tercera bis que define el interés ordinario como precio del contrato, lo que garantiza razonablemente la observancia de los requisitos exigidos por la LCGC para la incorporación de las cláusulas de determinación de los intereses y sus oscilaciones en función de las variaciones del IRPH. La cláusula sobre el tipo de interés se conoció por el actor, la entidad le dio suficiente información. El actor no cuestiona la información precontractual facilitada por la entidad a través de la oferta vinculante, pudo examinar las condiciones con carácter previo a la firma de la escritura.

- 2) En segundo lugar, procede examinar si se cumplió el control de transparencia, es decir, si comprendió el significado de la cláusula y si la entidad ofreció otras alternativas más favorables para el cliente. El vigésimo considerando de la Directiva 93/13 indica que “...*los contratos deben redactarse en términos claros y comprensibles que el consumidor debe contar con la posibilidad real de tener conocimiento de todas las cláusulas...*”, y el art. 5 dispone que “*en los casos de contratos en que todas las cláusulas propuestas al consumidor o algunas de ellas consten por escrito, estas cláusulas deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensibles*”. El art. 4.2 Directiva 93/13 señala que la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensibles.

Tras transcribir los apartados 210 y sig. de la STS de 9 de mayo de 2013 la Sala concluye que, en el caso que nos ocupa, la cláusula se dio a conocer al cliente, hubo una oferta vinculante que se trasladó al actor y se depositó en la Notaría donde se describía el interés remuneratorio como condición esencial del contrato. En esta información precontractual se destacaba el índice IRPH entidades, dando a conocer al consumidor que el tipo de interés variable a partir del primer año se calculará en base a este índice. Sin

embargo, no consta explicación alguna por parte de la entidad al cliente sobre cómo se halla el IRPH. Tampoco se explica cómo se ha comportado dicho índice en los últimos años. La diferencia con otros índices oficiales de los que contiene la Circular 8/90 y su modificación en 1994, la entidad pudo presentar gráficos similares a los que aporta el actor en su demanda, pero nada de esto consta siendo lo cierto que la demandada omitió todo tipo de explicación sobre la cláusula tercera bis. Y añade la Sala que lo que es más importante es que la entidad no ofrece al cliente otros índices diferentes como el Euribor para que pudiese optar entre ellos. Cuando un consumidor contrata un préstamo quiere abonar el menor interés posible, más cuando es una cantidad tan importante. Si la entidad hubiera explicado la diferencia entre varios índices, y hubiese mostrado gráficos sobre la forma de comportamiento del IRPH y del Euribor, pudiendo elegir el cliente entre uno y otro con las explicaciones oportunas, el actor habría optado por el Euribor más un diferencial. En la sentencia de instancia se explica la diferencia de comportamiento entre el IRPH y el Euribor. Corresponde a la entidad probar que explicó al cliente la cláusula tercera bis que contiene el interés variable a partir del primer año, y también le corresponde acreditar que ofreció al cliente otras alternativas, que el índice IRPH no fue la única propuesta, y que dentro del posible abanico el cliente pudo elegir, pero nada de esto se ha acreditado.

Con ocasión de la novación del contrato, para ampliación del plazo de devolución, la entidad tuvo oportunidad de modificar la cláusula tercera bis del contrato admitiendo que el IRPH perjudicaba al cliente, pudo ofrecer en ese momento otro índice diferente en beneficio del actor y si no lo hizo es porque con el IRPH cobra más intereses por el préstamo.

A tenor de la STS de 9 de mayo de 2013 las cláusulas son lícitas siempre que su transparencia permita al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos. En este caso, la cláusula aparece destacada en la escritura pública, el actor no lo cuestiona, se trata de una de las condiciones más importantes del contrato, la que afecta su patrimonio, la suma de dinero que deberá devolver mensualmente al banco por el dinero prestado. Es por ello que la Sala no declara la abusividad de la cláusula en relación al precio del contrato.

En cambio, la Sala concluye que la cláusula no puede pasar el filtro de la transparencia, pues se incorporó al contrato sin que la entidad bancaria se

asegurase que el cliente comprendía su contenido, sin explicarle la forma de determinar este índice por el BE ni las diferencias entre el IRPH y el resto de índices, y su comportamiento en los últimos años. Y, lo que es más importante, sin poder elegir entre este índice y otros como el Euribor que eran más ventajosos para el cliente y precisamente por esta razón se omitieron. Por dicha falta de transparencia, la Sala declara la nulidad de la cláusula tercera bis, ratificando la sentencia de instancia.

También la sentencia del JMerc de Valencia núm. 270/2015 de 15 enero (JUR 2016\54634) ha declarado la abusividad de la cláusula relativa al tipo de interés de referencia IRPH-CAJAS al no constar facilitada a los prestatarios la información precisa para conocer la influencia que tiene la prestamista sobre la conformación del índice de referencia del interés variable que iba a aplicarse a partir del segundo año de eficacia del contrato, teniendo en cuenta, además, que su duración era muy extensa, treinta y tres años, de modo que eran datos decisivos.

4.6. Índice sustitutivo

La sentencia de instancia dedica el fundamento séptimo a la desaparición del IRPH Cajas, citando la sentencia del JM de Donostia San Sebastián de 29 de abril de 2014. La desaparición del índice IRPH Cajas y el de bancos (no IRPH entidades) fue consecuencia de la reforma del sector financiero español iniciado por Orden 2899/2011, de 28 de octubre, cuyo desarrollo corresponde a la Circular 5/2012, de 27 de junio del BE. Mientras, la Ley 14/2013, de 27 de septiembre en su DA decimoquinta establece con efectos desde el 1 de noviembre de 2013 que 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. 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.

Con relación a ello, la Sala se remite a la SAP Guipúzcoa de 10 de junio de 2015 y, especialmente, a la de 9 de junio de 2015 que indica: “*No cabe admitir los*

razonamientos de la sentencia de instancia en cuanto al carácter influenciable y manipulable del IRPH Entidades, puesto que: a) Se trata de un índice que sigue manteniéndose vigente después la OM 2899/2011, de 29 de octubre; b) Su manipulación por parte de las entidades prestamistas solo podría conseguirse, bien falseando los datos proporcionados al Banco de España (comunicando tipos de interés superiores a los realmente concedidos) o mediante un acuerdo del conjunto de entidades para elevar sus tipos de interés. La primera posibilidad implicaría una conducta delictiva por parte de las entidades de crédito, que en modo alguno cabe admitir por cuanto la actividad bancaria es un sector ampliamente regulado y sometido al control de Banco de España que verifica las oportunas inspecciones en las que se detectaría tal falseamiento de datos; y la segunda posibilidad implicaría una práctica contraria a las normas de competencia que además de ser detectada, con las consecuentes sanciones, ninguna ventaja podría acarrear para las entidades que incurrieran en tal práctica; y c) Que el índice IRPH Entidades se vea influido por los tipos de interés a los que las entidades financieras suscriben los contratos de préstamo no determina que el mismo sea manipulable por dichas entidades, pues el consumidor es libre de suscribir o no el contrato de préstamo y acudir a otras entidades financieras. Por lo tanto, el carácter influenciable del IRPH Entidades en los términos que se describe en la sentencia de instancia en modo alguno puede sustentar la nulidad de la cláusula controvertida por vulneración del art. 1256 C.C”.

Y nada más dice la sentencia que comentamos. Esto es, se remite a la sentencia mencionada que establece la validez del IRPH Cajas, como índice sustitutivo, a diferencia de la sentencia de instancia que declara la nulidad total de la cláusula y, por tanto, del índice IRPH entidades y del índice sustitutivo del IRPH Cajas.

La sentencia debería haber señalado que dado que el IRPH ha desaparecido, a pesar de que parece sostener su validez, no procede la aplicación de índice alguno. En efecto, el régimen de transición se aprobó mediante la Disposición Adicional 15ª de la L. 14/2013 de 27 de septiembre, conforme a la cual el Banco de España dejaría de publicar los índices IRPH Cajas y IRPH CECA, desde el día 1 de noviembre de 2013, produciéndose la sustitución de los mismos por los respectivos índices sustitutivos previstos en los contratos, con efectos a la siguiente revisión del tipo de interés que tuviera lugar tras la referida fecha.

4.7. Sentencias en favor de la validez del IRPH entidades

Como decíamos anteriormente, la sentencia que comentamos constituye la primera sentencia que declara la nulidad de la cláusula en contra de una tendencia generalizada. Así, la STS de 13 de enero de 2015 señala que “Esta Sala no puede aceptar que la revisión del tipo de interés se efectuase unilateralmente (art. 1256 CC) por la prestamista, pues el tipo estaba referenciado al índice del Mercado Hipotecario publicado por la Dirección General del Tesoro, como interés medio de los concedidos por las entidades de la Asociación Hipotecaria Española, no constando que los tipos suministrados por LA CAIXA provocasen un alza artificial de los mismos”.

La SAP Guipúzcoa de 15 de julio de 2015 expresa: “El hecho de que el legislador estableciera el IRPH Cajas (índice similar al IRPH bancos, existente hasta su desaparición junto con el anterior, aunque en realidad han venido a refundirse en el actual índice IRPH conjunto de entidades de crédito) como uno de los tipos de referencia oficiales del mercado hipotecario no constituye una lesión de la situación jurídica del consumidor. No supone una restricción de derechos del consumidor, ni un obstáculo a su ejercicio, ni le impone una obligación adicional no prevista. El desequilibrio se daría si la entidad financiera pudiera influir en la configuración del índice, no por el hecho de que su actuación, por la forma de cálculo del mismo, incida en él. Y, en este sentido, la sentencia de instancia reconoce que la alegación de los actores de manipulación del índice por KUTXABANK no ha sido tan siquiera objeto de prueba...”.

5. Sobre el interés de demora

La cláusula sexta del mismo contrato se refiere al interés de demora: *“Sin perjuicio del derecho de resolución del contrato por parte de la Caja, si el prestatario incurriere en retraso, cualquier que fuese su causa, en el cumplimiento de las obligaciones de pago con arreglo a lo establecido en el presente contrato, sea en concepto de pago del principal, intereses, comisiones o gastos, así como en el caso de que vencido el préstamo por cualquier de las causas previstas contractualmente, el prestatario no reintegrase el total del importe reclamado, está obligado a satisfacer un interés de demora de diecisiete puntos con cincuenta centésimas de punto por ciento (17,50%) nominal anual, sin necesidad de previa interpelación, siendo el TAE resultante total de dieciocho coma novecientos setenta y cuatro milésimas por ciento (18,974%)”.*

La sentencia de instancia declara la abusividad de la cláusula sexta por considerar que el tipo de interés de demora del 17,50% anual establecido para ser aplicado a las obligaciones dinerarias vencidas y no satisfechas es desproporcionado si se compara con el tipo de interés legal del 4%.

La recurrente defiende que el actor tuvo conocimiento del interés de demora en la oferta vinculante que recibió por escrito. Habla de la naturaleza del interés de demora, disuasoria, compensatoria, e incluso penalizadora. Y refiere que el tipo de interés legal en el año 2008 estaba sobre el 5,5% por lo que no resulta tan desproporcionado.

Según la Sala, la ausencia de vicios del consentimiento no es obstáculo para que pueda declararse la nulidad de las cláusulas abusivas cuando, pese a las exigencias de buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.

Como señala la STS de 22 de abril de 2015 la cláusula que establece el interés de demora es susceptible de control por abusividad de su contenido, no solo en cuanto a su transparencia, sino también respecto a si, en contra de las exigencias de la buena fe y en perjuicio del consumidor, causan un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato, por no estar incluida en el ámbito de aplicación del art. 4.2 Directiva 1993/13/CEE. No define el objeto principal del contrato ni la adecuación entre el precio y la prestación. Regula un elemento accesorio como es la indemnización a abonar por el prestatario en caso de retraso en el pago de las cuotas. Es más, tanto la Directiva como la Ley, prevén expresamente la abusividad de este tipo de cláusulas cuando existe una desproporción de la indemnización por incumplimiento del consumidor con el quebranto patrimonial efectivamente causado al profesional o empresario.

La Sala se remite a su propia sentencia de fecha 13 de enero de 2016. En primer lugar, para decidir si una cláusula es abusiva, el TJUE afirma que el juez nacional debe comprobar, por un lado, las normas nacionales aplicables entre las partes en el supuesto de que no se hubiera estipulado ningún acuerdo en el contrato controvertido o en diferentes contratos de ese tipo celebrados con los consumidores y, por otro lado, el tipo de interés de demora fijado con respecto al tipo de interés legal, con el fin de verificar que es adecuado para garantizar la realización de los objetivos que éste persigue en el Estado miembro de que se trate y que no va más allá de lo necesario para alcanzarlos (STJUE de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11, caso Mohamed Aziz, párrafos 68 y 74). En segundo lugar, el juez debe comprobar si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de

manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de este tipo en el marco de una negociación individual (STJUE de 14 de marzo de 2013, párrafo 69). Habría que hacer el pronóstico de cuál sería el interés de demora que, en una negociación individual, aceptaría un consumidor que admitiera que su demora en el pago de las cuotas de un préstamo personal supone un quebranto patrimonial para el prestamista que debe ser indemnizado.

La Sala concluye que en este caso tampoco hubo negociación entre la entidad y el actor. La entidad informó al cliente sobre las condiciones del préstamo, la oferta vinculante se depositó en la Notaría, hubo información precontractual, pero no negociación individual. Si la entidad hubiese negociado la cláusula sobre el interés de demora con el cliente, dice la Sala, “estamos seguros que éste no la hubiese aceptado por abusiva”. Además, entiende que la cláusula es totalmente desproporcional, supera en aproximadamente tres veces el interés legal del año 2006 (fecha de formalización del contrato), y en más del doble el interés pactado como ordinario en el mismo contrato. La entidad, se señala, no tenía motivo alguno para fijar un interés de demora tan elevado, ni siquiera el impago de cuotas justifica este interés de demora en el contrato.

6. Efectos de la declaración de nulidad

El TJUE ha señalado, en interpretación del art. 6, apartado 1, de la Directiva 1993/13, que los jueces nacionales están obligados a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma. El contrato debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas de Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible. Así lo ha afirmado en sentencias de 14 de junio de 2012, asunto C-618/2010, caso Banesto, apartado 65, de 30 de mayo de 2013, asunto C-488/11, caso Asbeek Brusse y de Man Garabito, apartado 57, y 21 de enero de 2015, asuntos acumulados C 482/13, C 484/13, C485/13, caso Unicaja y Caixabank, apartado 28.

Esta solución es consecuencia de lo previsto en el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 1993/13/CEE, en relación su vigésimo cuarto considerando, que impone a los Estados miembros la obligación de prever medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, al considerar que si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que

figuran en tales contratos, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objeto a largo plazo previsto en dicho precepto.

A esta conclusión llega la sentencia de instancia cuando dispone la nulidad de las cláusulas tercera bis y sexta del contrato que deben excluirse del contrato. La declaración de nulidad implica, ex art. 1303 CC, que las partes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato con sus frutos y el precio de los intereses. Cuestión distinta, y absurda, es que el TS en las sentencias dictadas sobre cláusulas suelo haya optado por una retroactividad limitada a 9 de mayo de 2013.

En cuanto a los efectos que supone tal declaración, y debido a la obligación de restitución de prestaciones que marca el Código Civil, al no poderse aplicar el índice IRPH Entidades, y **siendo el préstamo un contrato naturalmente gratuito** conforme al artículo 1755 del Código Civil, habrá de **reintegrarse a los prestatarios la totalidad de lo percibido por interés** desde la firma del contrato, junto con su **interés legal** desde la fecha de presentación de la demanda, todo ello teniendo en cuenta el **interés legal aumentado en dos puntos** desde la publicación de la sentencia hasta la completa satisfacción de los demandantes conforme al artículo 576.1 LEC.

7. Valoración final

Varias son las cuestiones que suscita la presente sentencia: falta de información, posible manipulación en el IRPH y consecuencias de la nulidad parcial.

La propia sentencia descarta tanto la falta de información como la manipulación por parte de la entidad bancaria. En cuanto a la falta de información, se supera el control de incorporación y, en cuanto a la segunda de las cuestiones, no se admite el carácter influenciado y manipulable del IRPH entidades por las razones expuestas. El hecho de que el índice IRPH Entidades se vea influido por los tipos de interés a los que las entidades financieras suscriben los contratos de préstamo no determina que el mismo sea manipulable por éstas.

Sin embargo, la sentencia es criticable por varios motivos:

- i. Es dudosa (o al menos debería justificarse más) la aplicación de la doctrina sobre transparencia de la cláusula suelo a la cláusula IRPH entidades. No existe obligación legal de ofrecer alternativas al citado índice, como el Euribor, para que el cliente pudiese optar entre ellas. Dicha exigencia jurisprudencial sólo es

exigible a las cláusulas suelo, por lo que es excesivo exigir explicación de cómo se halla el IRPH (como no se exige explicación similar cuando el índice es el EURIBOR); o de cuál ha sido su comportamiento en los últimos años (tampoco se exige para el EURIBOR), mediante la aportación de gráficos. Teniendo por misión el control de transparencia la proscripción de la sorpresa o el engaño entendemos que en el caso presente la cláusula objeto de enjuiciamiento que aquí nos ocupa no pudo pasar inadvertida para el demandante.

- ii. No puede sugerirse que KUTXA impuso ese concreto tipo de interés a sabiendas de su previsible evolución alcista. No deja de resultar contradictorio que se mantenga que la entidad financiera impuso un determinado tipo de interés a sabiendas de algo que no era seguro, sino previsible y, por tanto, incierto. La evolución del indicado índice desde la fecha de suscripción del contrato (2006) ha sido variable tanto al alza como a la baja. Por ejemplo, en febrero de 2011 era del 2,96% y en enero 2016 del 2,01%. Y entre ambos períodos ha habido subidas y bajadas.
- iii. Y tampoco se puede comparar el IRPH Entidades con el Euribor porque es sabido que las entidades financieras aplican un diferencial al alza cuando aplican este último índice. El mantenimiento de este índice, que es idéntico a los anteriores, excluye su carácter abusivo. En el art. 27.1.b de la O.M. 2899/2011 (RCL 2011, 1943 y 2238) se ha incluido este índice IRPH Entidades de la Zona Euro, que elabora el Banco Central Europeo, que evidencia la confianza de las autoridades en el mismo y además en la Disposición Adicional 15ª de la Ley 14/2013 de 27 de septiembre (RCL 2013, 1422), de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, se ha designado el índice IRPH Entidades como tipo de interés sustitutivo para aquellos contratos de préstamo y crédito cuyos índices de referencia desaparezcan sin tener previsto otro índice sustitutivo en su clausulado. El reconocimiento de dicho índice con rango de ley excluye cualquier reserva respecto a esa supuesta manipulación que la parte demandante atribuye en su determinación.
- iv. En relación con la referencia de la sentencia a la Directiva 93/13, hay que tener en cuenta que la expulsión del ordenamiento de los índices IRPH no ha tenido como causa ningún supuesto carácter abusivo, sino que obedece a la actualización de los índices tras la reforma del mercado financiero.
- v. En algunos procedimientos, no deja de llamar la atención que se cuestione el IRPH y se interese la aplicación del Euribor. Este se constituye por "la media aritmética simple de los valores diarios de los días con mercado de cada mes, del

tipo contado publicado por la Federación Bancaria Europea para las operaciones de depósito en euros a plazo de un años calculado a partir del ofertado por una muestra de bancos para operaciones entre entidades de similar calificación". Como se advierte, el cálculo del indicado índice es complejo, admitiéndose en la contratación aunque el consumidor no conozca los cálculos matemáticos que se verifican para su determinación y que son sometidos al control de los correspondientes organismos de regulación. Igualmente, cabría predicar el carácter influenciado y manipulable del citado índice. Por tanto, si el euribor se admite como válido por tratarse de un índice oficial, y se aplica como sustitutivo conforme a lo pactado, la misma validez se ha de reconocer al IRPH entidades. Así, por ejemplo, la sentencia del JMerc de Valencia núm. 270/2015 de 15 enero (JUR 2016\54634), anteriormente citada, determinó que la ausencia de información precontractual respecto al IRPH Cajas tiene por efecto la sustitución del IRPH, declarado nulo, por el tipo Euribor más un punto de diferencial comprendido en la escritura matriz respecto a la cual se produjo la subrogación hipotecaria.