

¿CARÁCTER ABUSIVO DE LA “CLÁUSULA IRPH”?

Pascual Martínez Espín

*Catedrático acreditado de Derecho Civil
Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha*

Fecha de publicación: 26 de diciembre de 2014

1. Introducción

En este aluvión de sentencias sobre cláusulas abusivas a la que asistimos diariamente, nos encontramos con dos sentencias recientemente publicadas en sentido contrario sobre el carácter abusivo o no del interés de referencia del IRPH Cajas en un préstamo hipotecario.

De un lado, la sentencia del JPI de Guadalajara núm. 105/2014 de 2 diciembre (JUR 2014\285317) declara la nulidad de la cláusula por incumplimiento del deber de transparencia, al no constar acreditado la información al prestatario, antes de contratar, de forma clara y comprensible y adaptada a las circunstancias, de las características esenciales del contrato, en particular, de sus condiciones jurídicas y económicas, con devolución de las cantidades cobradas en exceso por aplicación de la cláusula declarada nula, y en lo que exceda de aplicar el tipo de interés sustitutivo pactado¹. En consecuencia, el Juzgado declara DECLARAR LA NULIDAD PARCIAL DE LA CLÁUSULA TERCERA BIS de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria que lleva por título "Tipo de interés variable", donde dice que “El nuevo tipo nominal de interés será el resultante de aplicar, durante toda la vida de la operación, el IRPH-CAJAS.

De otro lado, la sentencia dictada por el JMERC de Barcelona núm. 243/2014 de 27 noviembre (JUR 2014\285314) se pronuncia en sentido contrario al considerar que la cláusula reúne los requisitos de transparencia, claridad, concreción y sencillez, dado que

¹ En el mismo sentido se había pronunciado la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil N.º 1 de Donostia-San Sebastián, 156/2014 de 29 Abr. 2014, Rec. 950/2013. Vid. mi comentario en CESCO: “Nulidad por abusiva de la cláusula que fijaba el denominado IRPH Cajas como índice de referencia aplicable para determinar la remuneración del préstamo hipotecario” <http://blog.uclm.es/cesco/files/2014/10/Nulidad-por-abusiva-de-la-cl%C3%A1usula-que-fijaba-el-denominado-IRPH-Cajas-como-%C3%ADndice-de-referencia-aplicable-para-determinar-la-remuneraci%C3%B3n-del-pr%C3%A9stamo.pdf>

la información suministrada permitía al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo puede afectar a la economía del contrato.

2. Concepto de IRPH-CAJAS

Se entiende por IRPH-CAJAS la media simple de los tipos de interés medio ponderados por los principales de la operaciones de préstamos con garantía hipotecaria otorgados por las Cajas de Ahorro, a plazo igual o superior a tres años, para la adquisición de vivienda libre, sin transformación alguna, y que sea el último publicado por el Banco de España en el mes anterior de cada fecha prevista para la revisión del tipo de interés, y subsidiariamente, el último publicado por dicho Banco de España, con antelación al mes anterior citado".

3. Pretensiones

En estos casos se ejercita una acción de nulidad de cláusula contractual contenida en el contrato de préstamo hipotecario suscrito entre las partes referida al IRPH solicitando su nulidad por infracción de normas imperativas, falta de transparencia y por su carácter abusivo de conformidad con la normativa de defensa de los consumidores y de condiciones generales de la contratación y reclamación de cantidad.

Las demandas se fundamentan en la regulación contenida en el RD Legislativo 1/2007, de 16 de Noviembre, por el que se aprueba el TR de la LGDCU, en la Ley 7/1998, de Condiciones Generales de la Contratación, en la Jurisprudencia (especialmente STS de 9 de Mayo de 2013) y normativa comunitaria (Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores).

4. Argumentos a favor de la nulidad de la cláusula

1.- Se considera que la cláusula IRPH es abusiva puesto que va en contra de las exigencias de la buen fe y en perjuicio de los demandantes causando un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones infringiendo el art. 82.1 RDL 1/2007. Se alega que el índice de referencia tomado para el cálculo del tipo de interés (IRPH CAJAS), no ha sido negociado en ningún momento y se ha impuesto al consumidor generando un desequilibrio entre las partes por lo que los actores solicitan su nulidad.

2.- Al referirse dicha cláusula a un elemento esencial del contrato (el precio) no cabe el control del equilibrio de las “contraprestaciones”, de tal forma que no cabe un control de precio (sentencia 406/2012, de 18 de junio, RC 46/2010, el Pleno del TS). Ello no impide que se analice la denominada cláusula de conformidad con la jurisprudencia

comunitaria y del TS en el sentido que “una condición general defina el objeto principal de un contrato y que, como regla, no pueda examinarse la abusividad de su contenido, no supone que el sistema no las someta al doble control de transparencia que seguidamente se expone” (STS 9/05/2013).

3.- Se trata de un tipo de interés obtenido a partir de la participación y comportamiento de las propias entidades en el mercado hipotecario financiero, entendiendo que las Cajas, con su comportamiento en el mercado inmobiliario, elevando los diferenciales aplicables, contribuyen a aumentar el valor del IRPH Cajas, obteniendo así un enriquecimiento injusto.

4.- La OM 2899/2011, de 11 de Octubre, en su art. 27, y dentro de los tipos de intereses oficiales, ya no contempla el citado índice, llamado a desaparecer en los plazos indicados en su Disposición Adicional.

5.- La Ley 14/2013, de 27 de Septiembre, en su Disposición Adicional 15a, establece la definitiva desaparición, entre otros, del IRPH-Cajas el 1 de Noviembre de 2013.

5. Argumentos en contra

1.- Se mantiene que se trata de una cláusula totalmente válida y lícita, que ha sido libremente negociada por las partes y no impuesta o predispuesta en el contrato de préstamo.

2.- Se alega que se informó convenientemente a los actores sobre las cláusulas impugnadas constando tanto el proyecto de la operación y la oferta vinculante, como el proyecto informativo de tarifas de comisiones aplicables, simulación del cuadro de amortización y la declaración de compromiso y capacidad de pago.

3.- Además que no supone la falta de equilibrio ni reciprocidad entre las partes.

4.- Que el índice IRPH cajas es una de las referencias más utilizadas por las entidades financieras españolas en sus operaciones de préstamo hipotecario, siendo una referencia oficial, como así lo ha reconocido el Banco de España, y cumplen una serie de requisitos de objetividad, seguridad, difusión y simplificación de trámites, siendo dicho índice uno de los siete índices oficiales regulados en el apartado 3o de la Norma sexta bis de la Circular 8/1990, del Banco de España, de 7 de Septiembre; es, por ello, desde hace más de 20 años, un índice oficial;

5.- Que a diferencia del EURIBOR, el IRPH Cajas no es exclusivamente dependiente de las entidades financieras, sino que oscila en función de los valores de las operaciones realmente formalizadas, no siendo, pues, un valor manipulable;

6.- Tampoco es cierto que sea un valor constantemente al alza, más al contrario, viene experimentando una clara evolución a la baja;

- 7.- Que la razón de la desaparición del IRPH Cajas se debe a la desaparición de las Cajas por su conversión en Bancos, de manera que el IRPH Bancos iba a ser idéntico al IRPH Entidades, lo que carecería de sentido;
- 8.- Que los préstamos con referencia IRPH no han tenido que incorporar la llamada cláusula suelo porque son índices que consiguen mantener el equilibrio financiero.
9. Que se trata de una cláusula relativa a la fijación del precio del contrato, por lo que no puede ser objeto de control por parte de los tribunales al no estar sometido al control de contenidos abusivos del art. 8 RDL 1/2007, además de ser transparentes y negociadas.
- 10.- En la sentencia de Barcelona se alega la excepción de caducidad de conformidad con el art. 1.301 CC por transcurso de cuatro años desde la firma del contrato.

6. Marco normativo

Tanto a Ley 26/1984 de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aplicable al caso a efectos temporales, como la Ley 7/1998, de 13 de Abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (reformada por la Ley 39/2002 de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas Directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios y por la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios), desarrollan, por un lado, el art. 51 de la Constitución, que mandata a los poderes públicos para que garanticen la defensa de los consumidores y usuarios, y por otro, las diversas directivas comunitarias que pretenden idéntica finalidad. Ambas leyes han sido reformadas por el Texto Refundido de la LGDCU operado por el RDL 1/2007.

El artículo 1º de la Ley 7/98 define las condiciones generales de la contratación como *“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”*. Por tanto esta ley se aplica a los denominados contratos de adhesión y se identifica a las partes del contrato como: predisponente - Es el profesional, persona física o jurídica, que en sus negocios jurídicos con terceros hace uso de cláusulas prerredactadas que han sido elaboradas con la finalidad de ser incluidas en una pluralidad de contratos- y adherente - Puede ser consumidor o no, pudiendo ser también otro profesional que no actúe en el marco de su actividad, puede ser persona física o jurídica-.

En materia de condiciones generales de la contratación que tengan el carácter de abusivas, la formulación más pragmática es la que aparece en la Directiva 93/13 CEE

que en su art. 2 indica que se entenderá por cláusula abusiva *“las cláusulas de un contrato tal como quedan definidas en el art. 3”*. El art. 3 indica que *“Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato”*.

La Ley de Condiciones Generales en la Exposición de Motivos reproduce la definición de cláusula abusiva de la Directiva: *“Cláusula abusiva es la que, en contra de las exigencias de la buena fe, causa, en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales y puede tener o no el carácter de condición general, ya que también puede darse en contratos particulares cuando no exista negociación individual de sus cláusulas, esto es, en contratos de adhesión particulares”* remitiendo en el art. 8 de la Ley a la definición que de cláusulas abusivas da la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios e indicando que serán nulas las condiciones generales que sean abusivas cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor remitiéndose, en estos casos, a la normativa de defensa de los consumidores y usuarios.

La Orden ENA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (BOE de 29 octubre) supone el inicio del proceso de modificación de los índices de referencia de los mercados a escala europea y nacional por la necesidad, por un lado, de adaptarlos a la mayor integración de los mercados nacional y europeo, y por otro, con el fin de incrementar las alternativas de elección de tipo ajustándolas al coste real. Así, el art. 27 de la Orden enumera los nuevos tipos de interés que se consideran oficiales, dentro de los cuales no está incluido el IRPH Cajas.

La DT Única de la Orden dispone que los tipos que ya no son oficiales desaparecerán en un plazo transitorio de un año, tiempo durante el cual debería haberse desarrollado el correspondiente régimen transitorio para los préstamos afectados. A pesar de ello, el BDE, durante ese mismo período, ha continuado publicando mensualmente en su sede electrónica el IRPH Bancos, IRPH Cajas y el Tipo CECA.

En la misma línea que la Orden 2899/2011, la Disposición Adicional 15a de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, ha dispuesto que *“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 banca, 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".

Adviértase que en la entrada en vigor de la OM, en lo que a esta materia afecta, se produce, a los 9 meses, conforme resulta de la DO 5a en su apartado segundo. En consecuencia, la entrada en vigor se produce el 29 de Julio de 2012. Y la Disposición Transitoria Única señala que *"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"*. Ocurre que el régimen transitorio no es objeto de desarrollo sino hasta la publicación de la Ley 14/2013, de 27 de Septiembre, cuya DA 15a dispone lo que antes indicábamos, que desde el 1 de Noviembre de 2013 el BDE deje de publicar los tipos de referencia que se relacionan, debiendo ser sustituidos, desde la siguiente revisión, por el tipo o índice de referencia previsto en el contrato.

Por último, es importante destacar que los préstamos en cuestión se firman bajo la vigencia de la **OM de 5 de Mayo de 1994**, que en su **art. 6.2** señala que en el caso de préstamos a tipo de interés variable sujetos a la presente Orden, las entidades de crédito únicamente podrán utilizar como índices o tipos de referencia aquellos que no dependan exclusivamente de la propia entidad de crédito, ni sean susceptibles de influencia por ella en virtud de acuerdos o prácticas conscientemente paralelas con otras entidades. Lo que necesariamente se ha de conectar con el art. 1256 del Código Civil, que dispone que *"La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden, dejarse al arbitrio de uno de los contratantes"*.

7. Análisis de la cláusula: el concepto de transparencia

El índice sobre el que se calcula el tipo de interés forma parte del precio y constituye un elemento esencial del contrato. Así se desprende del artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CE y, a sensu contrario, del párrafo 229 de la Sentencia del TS de 9 de mayo de

2013. Si una cláusula, que puede ser aplicable o no al contrato, según la variación del tipo de interés, forma parte del precio, los parámetros que se utilizan de forma permanente y durante toda la vida del contrato para el cálculo del tipo de interés, deben tener la misma condición. Por tanto, la única posibilidad de atacar la citada cláusula es la de valorar que no es clara y comprensible, por ello debe llevarse a cabo el control de incorporación y transparencia previsto en el art. 5 y 7 de la LCGC.

7.1. Sentencia Guadalajara

El Juzgado aplica a la cláusula controvertida la doctrina relativa a la denominada cláusula suelo (en este caso, limitativa del tipo de interés a la baja), y ello porque los contratantes son consumidores y la cláusula es una condición general de la contratación, no habiéndose practicado prueba alguna que lo desvirtúe (esto es, no consta, en modo alguno, que se informara a los prestatarios de su existencia y contenido).

Así, la ST de la AP de Pontevedra, de 22 de Julio de 2013, contiene una serie de consideraciones referidas a la cláusula suelo/condición general de la contratación:

- que las cláusulas suelo tienen la consideración de condición general de la contratación con consumidores al ser una cláusula impuesta y no negociada individualmente y aun cuando afecten al objeto principal del contrato, pueden ser sometidas al control de transparencia por parte del Juez;
- que la calificación de una cláusula como condición general de la contratación no depende de que haya sido, o no, conocida y aceptada libremente por el adherente, sino de que el contenido de la misma no haya sido fruto de una previa negociación entre las partes y esté destinado a ser incorporado a una pluralidad de contratos similares;
- que la cláusula suelo, per se, es lícita, pero puede declararse la abusividad de la misma por falta de transparencia, apreciable de oficio.

Un breve resumen del contenido de la STS de 9 de Mayo de 2013 encontramos en la ST de la AP de Córdoba de 21 de Mayo de 2013, que en relación con el sistema de incorporación /imposición de las condiciones generales de la contratación argumenta que:

- la prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta por el empresario ha de calificarse como impuesta cuando el consumidor no puede influir en su supresión o en su contenido, de tal forma que, o se adhiere y consiente, o renuncia a contratar;
- la carga de la prueba de que una cláusula prerredactada no está destinada a ser incorporada a una pluralidad de ofertas de contratos recae sobre el empresario;
- la imposición de cláusulas o condiciones generales por el empresario a los consumidores no comporta su ilicitud. Se trata de un mecanismo propio de la contratación en masa ante la imposibilidad y costes de mantener diálogos

individualizados, concluyendo el TS, en ST de 4 de Marzo de 2009, que la calificación como contrato de adhesión [...] no provoca por ello mismo su nulidad.

Sentado lo anterior, ocurre que la entidad bancaria niega la mayor, esto es, no reconoce que la cláusula cuya nulidad por abusiva se pretende, sea una condición general de la contratación, si bien es cierto, como adelantábamos, que no aporta prueba que justifique sus manifestaciones, ni acredita haber informado al prestatario, antes de contratar, de forma clara y comprensible y adaptada a las circunstancias, de las características esenciales del contrato, en particular, de sus condiciones jurídicas y económicas (art. 60 del TRLGDCU).

Tampoco se ha cumplido el deber de transparencia al que se hace mención de forma recurrente ahora, tras la STS de 9 de Mayo de 2013. El control de transparencia, comprende un doble aspecto, formal -en contratos de consumo, a fin de constatar el cumplimiento de lo dispuesto en el art 80 del TRLCU, esto es, que la redacción de la cláusula es clara, concreta y sencilla, con posibilidad de comprensión directa por el consumidor, así como de haber sido conocida por éste con carácter previo a la conclusión del contrato-; y de transparencia material -esto es, control de la comprensibilidad real de la trascendencia de la cláusula en el contrato, lo que necesariamente exige un conocimiento previo de la existencia de la misma-. Y es la propia Sentencia del TS la que fija a tal fin una serie de parámetros que van a facilitar ese control de transparencia. Así, en el presente caso se evidencia la concurrencia de ciertos parámetros señalados por el TS tendentes a reforzar la apreciación de la nulidad, entre otros, el hecho de hallarse la cláusula redactada de forma técnica e incorporada entre otras cuya redacción es igualmente compleja, incluso para esta Juzgadora.

En consecuencia, ha lugar a apreciar la nulidad de la Cláusula Tercera bis del contrato de préstamo con garantía hipotecaria suscrito por las partes, en la parte de la misma que establece como tipo de interés de referencia el IRPH-Cajas (ex arts. 9 y 10 TRLGDCU), aplicándose, pues, para toda la vida del contrato, la previsión subsidiaria de la propia cláusula , que establece que "[...] las partes acuerdan que el nuevo tipo de interés sustitutivo será, en todos los casos, el resultante de incrementar al EURIBOR un margen de un punto porcentual (1 %) de interés, durante toda la vida de la operación".

7.2. Sentencia Barcelona

Por el contrario, según esta sentencia no puede dudarse de que las partes conocen, tampoco se niega, que su hipoteca va a girar sobre un índice denominado IRPH CAJAS. Se aporta por la demandada documentación suficiente que así lo acredita, el proyecto de la operación, folletos informativos y simulaciones de la evolución del tipo de interés

pactado, además de constar la oferta vinculante previa a la firma del préstamo. Se cumple, por parte de la entidad demandada, con lo dispuesto en la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios – vigente en la fecha de constitución del contrato- en materia de información precontractual (art. 3 y 5, folleto informativo y oferta vinculante).

Por ello la citada cláusula supera con creces el control de incorporación y transparencia previsto en los art. 5 y 7 L 7/98, pues reúne los requisitos de transparencia, claridad, concreción y sencillez dado el propio redactado de la cláusula. No puede pretender la parte actora llegar a comprender cómo se obtiene el citado índice, igual que sucede en el caso del Euríbor, pero el sistema bancario tiene sus organismos de control y vigilancia que velan porque el cálculo sea correcto, lo que sí comprendió el consumidor era la cláusula que aquí se impugna, por cuanto de la información recibida era consciente que estaba firmando un préstamo referido al IRPH y no al Euribor, comprensión que obtuvo tanto de la simple lectura de la cláusula como de los documentos precontractuales que se le suministraron, del propio préstamo y de las simulaciones y comparaciones que recibió de los índices que se podían utilizar, Euribor e IRPH.

Por ello es obvio que la información suministrada permitía al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato. Cuando se firmó el préstamo el índice pactado era más beneficioso que el Euribor, habiéndose invertido la tendencia con el transcurso de los años. Por ello, el juez no aprecia la nulidad de la citada cláusula puesto que se ha incorporado correctamente al contrato siendo conocedor el consumidor de la misma y de los riesgos que comportaba.

8. Caducidad de la acción de nulidad

En la segunda de las sentencias la parte demandada invoca la excepción de caducidad de la acción por haber transcurrido más de 4 años desde la firma del contrato de conformidad con el art. 1.301 del CC.

El art. 9 de la LCG remite para el ejercicio de la acción de no incorporación o de nulidad de una cláusula a lo dispuesto en sede de nulidad contractual, es decir, al art. 1.301 del CC, pero debemos destacar que el plazo previsto en la norma citada, ya que estamos ante una nulidad absoluta o radical, es imprescriptible. Dicho plazo del art. 1301 CC está referido a los supuestos de anulabilidad. El caso que nos ocupa la acción de nulidad contra la cláusula IRPH es de nulidad absoluta.

Tal art. 1301 CC ha sido interpretado por la Sala Primera del Tribunal Supremo, entre otras, en sentencias de 28 de abril de 2011 , 23 de septiembre de 2010 , 22 de febrero de 2007 , 4 de octubre de 2006 , señalando esta última que la ambigüedad terminológica del artículo 1301 CC al referirse a la "acción de nulidad", ha sido precisada doctrinal y jurisprudencialmente en el sentido de distinguir lo que son supuestos de nulidad radical o absoluta y lo que constituyen supuestos de nulidad relativa o anulabilidad; resultando asimismo de la expresada Sentencia que el plazo fijado en el precepto para el ejercicio de la acción de nulidad es aplicable a las ejercitadas para solicitar la declaración de nulidad de los contratos y, por extensión, de los demás negocios jurídicos que "adolezcan de algunos de los vicios que los invalidan con arreglo a la Ley", siempre que en ellos, según se desprende del artículo 1300 CC , al cual se remite implícitamente el artículo 1301 CC , "concurran los requisitos que expresa el artículo 1261", es decir, consentimiento, objeto y causa, sin los cuales "no hay contrato". Cuando no concurren los requisitos establecidos en el artículo 1261 CC se está en presencia de un supuesto de nulidad absoluta o de pleno Derecho, equivalente a la inexistencia, cuya característica radica en la imposibilidad de producir efecto jurídico alguno, en la retroacción al momento del nacimiento del acto de los efectos de la declaración de nulidad y en la inexistencia de plazo alguno de caducidad o prescripción para el ejercicio de la acción correspondiente. Por su parte, en la Sentencia de 21 de enero de 2000 se declara que "...resulta inaplicable el artículo 1301 ... ya que el plazo de los cuatro años procede respecto a los contratos en los que concurren los requisitos del artículo 1261, y las relaciones afectadas de nulidad absoluta, como la que nos ocupa, al resultar inexistentes en derecho, no pueden convalidarse con el transcurso del tiempo, al ser imprescriptible la acción de nulidad"(Y en los mismos términos las Sentencias de 22 de noviembre de 1983 , 25 de julio de 1991 , 31 de octubre de 1992 , 08 de marzo de 1994 , 27 de febrero de 1997 y 20 de octubre de 1999).

Pero aún en el caso que entendiéramos aplicable el art. 1301 CC en relación con el cómputo del plazo la doctrina entiende que el momento inicial no es nunca anterior al cumplimiento del contrato, por lo que la acción no puede caducar sino desde la consumación y el litigioso no puede entenderse cumplido ni consumado hasta la realización de todas las obligaciones. Y tal momento de la "consumación" no puede confundirse con el de la perfección del contrato, sino que sólo tiene lugar, cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes, hecho que no se ha producido.

9. Devolución de cantidades

Si se concluye que la referida cláusula es nula por abusiva -adoleciendo del defecto de falta de transparencia e insuficiente información-, la consecuencia ha de ser la de tenerla por no puesta y dejarla sin aplicación frente al consumidor, consecuencia que resulta respaldada por la Sentencia del TJUE, de 30 de Mayo de 2013, que en relación a una cláusula penal sostiene que no debe moderarse el importe de la pena contractual impuesta por esa cláusula al consumidor, sino que hay que limitarse, sin más, a excluir su aplicación, subsistiendo el contrato sin otra modificación que la resultante de la supresión de la cláusula abusiva.

En efecto, con arreglo al art. 6.1 de la Directiva 93/13 y art. 82.1 del TRLCU, la apreciación del carácter abusivo de una cláusula comporta su nulidad de pleno derecho, y, por tanto, su expulsión del contrato, sin que proceda moderación o integración de clase alguna, de manera que bajo ningún concepto pueda vincular al deudor. Es decir, que no cabe que, constatada la abusividad de una cláusula en contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, el Juez modifique el contenido de la cláusula, debiendo limitarse a dejarla sin aplicación frente al consumidor.

En similares términos, y con referencia específica a un supuesto de nulidad de cláusula suelo con reclamación de cantidades, la ST del JM nº 1 de Bilbao, de 19 de Junio de 2013, señala que "Conforme a la sentencia del pleno de la Sala I del TS de 09.05.13, eliminada del contrato de préstamo la cláusula examinada, "(dicho contrato) seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos sin la cláusula abusiva " (párr. 276). Y " como regla, nuestro sistema parte de que la ineficacia de los contratos -o de alguna de sus cláusulas, si el contrato subsiste- exige destruir sus consecuencias y borrar sus huellas como si no hubiesen existido y evitar así que de los mismos se deriven efectos, de acuerdo con la regla clásica " quod nullum est nullum effectum producit " (lo que es nulo no produce ningún efecto-. Así lo dispone el art. 1.303 del Código Civil ... "declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses...", (párr. 283).

Luego el TS, haciendo uso de "la posibilidad de limitar la retroactividad" de los efectos de la declaración de nulidad y valorando las circunstancias concurrentes (párr. 293), termina declarando la irretroactividad "de (su) sentencia" (pronunciamiento décimo del fallo). En mi opinión, este pronunciamiento del Alto Tribunal no impide la posibilidad de decidir, en un juicio posterior y atendiendo a las circunstancias concretas, si debe aplicarse o no la excepción a la regla general prevista en el art. 1.303 del CC (LA LEY 1/1889). Porque el TS " declara la irretroactividad (únicamente) de (su) sentencia ", aclarando acto seguido que (como no podría ser de otro modo), (i) " no afectará a las

situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada " (ni, por tanto, a las que puedan decidirse con posteridad); ni (ii) " a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esta sentencia " (lo que no supone que no puedan impugnarse en juicios posteriores). El TS no puede extender en su resolución los efectos de la cosa juzgada de la Sentencia hasta el punto de impedir los posteriores juicios que puedan interponer aquellos a los que no se les extiende por ley tales efectos (básicamente, a los que no han sido parte en el procedimiento (art 223.3 LEC (LA LEY 58/2000))). Y no lo hace.

Así las cosas, en el presente caso, ni en ningún otro, entiendo, no puede decirse que devolver al demandante el importe reclamado pueda generar ningún " riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico " (párr. 293, letra k). Esta parece ser, a la vista del resto de circunstancias enumeradas, la razón fundamental que lleva al TS (y al Ministerio Fiscal) a pronunciarse en contra de aplicar la regla general de los efectos retroactivos de la nulidad de la cláusula suelo. Y no es aplicable a este caso".

En igual sentido, las ST de la AP de Albacete⁹ Sección I^a de 17 de Abril de 2014 y de 28 de Abril de 2014 (Ponente José García Bleda), Fundamento de Derecho Tercero "[...] como regla, nuestro sistema parte de que la ineficacia de los contratos -o de alguna de sus cláusulas, si el contrato subsiste- exige destruir sus consecuencias y borrar sus huellas como si no hubiesen existido y evitar así que de los mismos se deriven efectos, de acuerdo con la regla clásica "quod nullum est nullum effectum producit" (lo que es nulo no produce ningún efecto) ya que así lo dispone el art. 1.303 del CC "declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses...". La cláusula es nula y no procede su integración, pues ello se opondría al Derecho Comunitario (STJUE de 14 de junio de 2012).

No es ocioso recordar que la regla contenida en dicho art. 1.303 del CC es clara y, como se aprecia en su redacción, sólo admite las excepciones que señalan los artículos que le suceden.

Su aplicación ha sido indiscutida (STS 8/1/07 y 22/11/06, entre otras) en los supuestos de declaración de nulidad hasta la Sentencia del TS de 9 de mayo de 2013. Esta sentencia hace una declaración de nulidad, pero declara que no ha lugar a la retroactividad de la misma, de manera que no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de la sentencia. No hace declaraciones la Sentencia respecto de las nulidades que ulteriormente pudieran decretarse en otros

procedimientos judiciales. Además, conviene recordar que la propia sentencia niega la eficacia ultrapartes de la irretroactividad que decreta de los efectos de la declaración de nulidad."

En consecuencia, el juzgado procede a declarar la nulidad de la Cláusula Tercera. Bis de la escritura de préstamo hipotecario, condenando a la parte demandada a eliminar dicha cláusula del contrato de préstamo, así como a devolver las cantidades cobradas en exceso por aplicación de la cláusula declarada nula, y en lo que exceda de aplicar el tipo de interés sustitutivo pactado (EURIBOR + 1%).

10. Conclusiones

La primera sentencia es criticable en la medida en que es dudosa (o al menos debería justificarse más) la aplicación de la doctrina de la cláusula suelo a la cláusula IRPH². Se echa en falta el análisis del resto de motivos y, en particular, la posible infracción del art. 6.2 de la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, según el cual las entidades de crédito únicamente podrán utilizar como índices o tipos de referencia aquellos que no dependan exclusivamente de la propia entidad de crédito, ni sean susceptibles de influencia por ella en virtud de acuerdos o prácticas conscientemente paralelas con otras entidades. Lo que necesariamente se ha de conectar con el art. 1256 del Código Civil, que dispone que "La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden, dejarse al arbitrio de uno de los contratantes".

La segunda sentencia merece el reproche por cuanto una cosa es que el consumidor entienda que su préstamo está referenciado al IRPH Cajas (y no al Euribor), entendimiento que debe producirse a la fecha de la firma del contrato (y no años después donde nuestra "cultura financiera" es sensiblemente mayor), y otra que comprenda el alcance de dicha referencia sobre su contrato; esto es, tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato.

Cuestión muy diferente a la transparencia es la de que el consumidor pueda comprender cómo se obtiene el citado índice (al igual que ningún consumidor sabe cómo se calcula la TAE en un contrato de préstamo al consumo y no por eso la cláusula es nula por falta de transparencia). No puede sostenerse, como hace esta segunda sentencia, que el deber

² Vid. mi comentario a Sentencia del Juzgado de lo Mercantil N°. 1 de Donostia-San Sebastián, Sentencia 156/2014 de 29 Abr. 2014, Rec. 950/2013, op. cit., p. 14, sobre la no exigencia de simulación de escenarios a la cláusula controvertida.



www.uclm.es/centro/cesco

de transparencia quede salvado por el supuesto control que realizan las entidades de supervisión de la corrección matemática del cálculo de esta operación, pues dicho control nada permite el conocimiento efectivo de las consecuencias económicas y jurídicas que para el contrato tiene referenciar el préstamo al IRPH Cajas. Y aunque así lo fuera, a estas alturas, y con lo que ha llovido, ¿dónde estaba ese sistema de control y vigilancia con relación a las cláusulas suelo, participaciones preferentes, acciones de Bankia, etc. etc.? . Menuda garantía para el consumidor.