

**NULIDAD POR ABUSIVA DE LA CLÁUSULA QUE FIJABA EL
DENOMINADO IRPH CAJAS COMO ÍNDICE DE REFERENCIA APLICABLE
PARA DETERMINAR LA REMUNERACIÓN DEL PRÉSTAMO
HIPOTECARIO¹**

**Comentario a Sentencia del Juzgado de lo Mercantil N.º 1 de Donostia-San
Sebastián, Sentencia 156/2014 de 29 Abr. 2014, Rec. 950/2013**

Pascual Martínez Espín
Catedrático acreditado de Derecho Civil
Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha

Fecha de publicación: 7 de octubre de 2014

1. Introducción

El Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Donostia estima la demanda y declara la nulidad de la cláusula sobre el índice de referencia aplicable en el contrato de préstamo hipotecario suscrito entre los litigantes por entender que la referencia al citado índice sin explicitar la influencia que la prestamista tenía en su conformación y cuantificación supone la vulneración de normas de naturaleza imperativa (el art. 1256 CC y el art. 60.1 de la Ley de Consumidores y Usuarios) y de las normas de disciplina bancaria, que obligan a un nivel de información y transparencia que no refleja la escritura de préstamo. Las sentencia condena a la aplicación del índice alternativo acordado (Euribor más 1 %), debiendo la demandada reintegrar a los demandantes la diferencia entre lo que se abonó aplicando el índice anulado y el citado índice supletorio, incrementada con el interés legal del dinero desde la fecha de presentación de la demanda.

2. Hechos

La actora interpuso demanda frente a KUTXABANK S.A., alegando que había suscrito con dicha entidad un contrato de préstamo por importe de 156.000 €, constituyendo al tiempo garantía hipotecaria el 13 de diciembre de 2007, en el que se pactó la devolución en 25 años mediante 300 pagos mensuales que en los dos primeros años el interés sería del 5 % y a partir de entonces, interés variable conforme a la cláusula tercera bis, que

¹ Trabajo realizado dentro del Proyecto de Investigación DER2011-28562, del Ministerio de Economía y Competitividad (“Grupo de Investigación y Centro de Investigación CESCO: mantenimiento de una estructura de investigación dedicada al Derecho de Consumo”), que dirige el Prof. Ángel Carrasco Perera.

disponía que "el nuevo tipo nominal de interés será el resultante de aplicar , durante toda la vida de la operación, el IRPH-CAJAS".

2.1. Fundamentos de la demanda

Dice la demandante que tal interés le fue impuesto al tomar el préstamo, que su cuantía en comparación en el Euribor es mucho más elevada, que se determina por las propias cajas de ahorro, que por su fórmula de cálculo al ir desapareciendo cajas se facilita su manipulación, que la propia autoridad competente está procurando expulsar este tipo del mercado y que la conversión de Kutxa, con quien se suscribe, en la actual Kutxabank influye al haberse convertido el prestamista inicial de Caja a banco.

La demanda reclama que la cláusula tercera bis del contrato de préstamo con garantía hipotecaria celebrado el 13 de diciembre de 2007, que reza: "El nuevo tipo nominal de interés será el resultante de aplicar, durante toda la vida de la operación, el IRPH-CAJAS. Se entiende por IRPH-CAMS 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", sea declarada nula y no despliegue ningún efecto, aplicándose el índice sustitutivo que establece el propio texto del contrato de préstamo, procediendo la devolución de las cantidades indebidamente cobradas por razón de intereses ordinarios en aplicación de dicho índice IRPH Cajas. Subsidiariamente, que se tenga por nula y no despliegue eficacia de ningún tipo de efecto la citada cláusula tercera bis desde el 28 de octubre de 2011, fecha en que se publicó la Orden Ministerial 2899/2011, procediendo a la devolución de las cantidades indebidamente cobradas por razón de intereses ordinarios desde entonces, y, subsidiariamente, que se tenga por nula y no despliegue ningún tipo de efecto la citada cláusula tercera bis desde el 28 de abril de 2012, fecha en la que entró en vigor la citada Orden Ministerial 2899/2011, momento en el que tipo de interés IRPH Cajas dejó de ser un tipo de interés oficial, procediendo la devolución de las cantidades indebidamente cobradas desde entonces, y subsidiariamente, que se tenga por nula y no despliegue eficacia de ningún tipo la citada cláusula tercera bis desde el 28 de abril de 2013, fecha en la que finalizó el periodo transitorio establecido en la Disposición Transitoria de la Orden Ministerial 2899/2011 para la definitiva desaparición del tipo de interés IRPH Cajas como tipo de interés, oficial, procediendo a la devolución de las cantidades indebidamente cobradas desde entonces. Se solicita en todos los casos intereses desde la presentación de la demanda y costas.

2.2. Fundamentos de la entidad bancaria

La entidad bancaria se opone a la demanda alegando que el IRPH Cajas es uno de los siete índices oficiales que regulaba la Circular 8/1990, de 7 de septiembre del Banco de España, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela, vigente al suscribirse el contrato con la actora.

Defiende su validez porque se basa, a diferencia de otros índices, en datos reales de préstamos efectivamente concedidos, por lo que entiende infundadas las alegaciones sobre su carácter manipulable. Añade que la razón de que se haya producido su finalización es la desaparición de las Cajas de Ahorros, transformadas en bancos, no a su carácter manipulable, siendo sustituido por el IRPH conjunto de entidades en virtud de la DA 5ª.3 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.

Añade que la Orden Ministerial 2899/2011 dispuso el modo en que los índices iban a ir adaptándose y su plazo transitorio, así como la opinión del Banco de España en su memoria de 2012. Cita también la nota informativa del Banco de España de 30 de abril de 2013.

2.3. Diferencias entre IRPH Cajas y el Euribor

Durante la vigencia del contrato se han producido las siguientes diferencias entre el IRPH Cajas y el Euribor. Enero 2011, IRPH 3,144. Euribor 1,550; febrero 2011, IRPH 3,132, Euribor 1,714; marzo 2011, IRPH 3,294, Euribor 1,924; abril 2011, IRPH 3,327, Euribor 2,086; mayo 2011, IRPH 3,471, IRPH 2,147; junio 2011, IRPH 3,559, Euribor 2,144; julio 2011, IRPH 3,624, Euribor 2,183; agosto 2011; IRPH 3,590, Euribor 2,097; septiembre 2011, IRPH 3,694, Euribor 2,067; octubre 2011, IRPH 3,659, Euribor 2,110; noviembre 2011, IRPH 3,747, Euribor 2,044; diciembre 2011, IRPH 3,739, Euribor 2,004; enero 2012, IRPH 3,793, Euribor 1,837; febrero 2012, IRPH 3,946, Euribor 1,678,; marzo 2012, IRPH 3,777, Euribor 1,499; abril 2012, IRPH 3,691, IRPH 1,368; mayo 2012, IRPH 3,697, Euribor 1,266; junio 2012, IRPH 3,605, Euribor 1,219; julio 2012, IRPH 3,504, Euribor 1,061; agosto 2012 , IRPH 3,724, Euribor 0,877; septiembre 2012, IRPH 3,573, Euribor 0,740; octubre 2012, IRPH 3,498, Euribor 0,650; noviembre 2012, IRPH 3,336, Euribor 0,588; diciembre 2012, IRPH 3,304, Euribor 0,549; enero 2013, IRPH 3,572, Euribor 0,575; febrero 2013, IRPH 3,595, Euribor 0,594; marzo 2013, IRPH 3,796, Euribor 0,545; abril 2013, IRPH 3,900, Euribor 0,528; mayo 2013, IRPH 3,862, Euribor 0,484; junio 2013, IRPH 3,851, Euribor 0,507; julio 2013, IRPH 3,932, Euribor 0,525; y en agosto 2013, IRPH 3,91.15 Euribor 0,542.

3. Los términos del litigio

La actora pretende la nulidad del índice de referencia suscrito por las partes en un contrato de préstamo con garantía hipotecaria, denominado IRPH Cajas, por considerarlo contrario la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, la Ley 7/1998, de 13 de abril de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC), y el RDL 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGDCU) y otras leyes complementarias.

Considera abusivo su funcionamiento y cuantificación, que entiende manipulable por la propia parte prestamista, pide que se extraña del contrato por nulo, y en consecuencia, que opere el índice sustitutivo pactado en la propia escritura, es decir, Euribor más uno por ciento, con devolución de las cantidades indebidamente abonadas al aplicar el IRPH, que como demuestra el quinto hecho probado son siempre superiores a las del Euribor en cuantía que en algunos meses llegan a superar los tres puntos.

Añade que esta declaración de nulidad supondría la consecuente reintegración de las cantidades indebidamente cobradas al aplicar el IRPH Cajas en lugar del Euribor + 1 %, lo que con carácter principal reclama desde su inicio, o subsidiariamente, desde fecha de publicación de la Orden Ministerial 2899/2011, que organiza la sustitución de dicho índice, desde su entrada en vigor, o desde la finalización del periodo transitorio para verificarlo, todo ello con intereses y costas.

La entidad demandada asegura que no es posible el control pretendido conforme al considerando decimonoveno y art. 4.2 de la mencionada Directiva 93/13/CEE, que impide el control del precio del contrato, y en cualquier caso afirma la validez del índice señalado, su no manipulabilidad su previsión normativa en el momento en que el contrato fue suscrito, su mantenimiento con la normativa vigente, en particular la DA 5ª.3 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, y el conocimiento de la prestataria del índice que se suscribió por las partes al otorgarse del préstamo con garantía hipotecaria en el que está inserta la cláusula controvertida.

4. La sentencia

4.1. La desaparición del IRPH Cajas y su sustitución, conforme a lo pactado, por el Euribor

Es obvio que para el prestatario el IRPH Cajas se ha demostrado, en la práctica, más perjudicial que el Euribor. Además, hay una clarísima previsión contractual, el párrafo cuarto de la cláusula tercera bis que dispone que si desaparece el índice pactado, IRPH Cajas, le sustituirá -por voluntad de las partes-, el tipo Euribor más un punto porcentual. *En la actualidad el IRPH Cajas ha desaparecido como índice oficial. Luego debiera operar la previsión contractual. Sin embargo la entidad demandada no ha atendido las previsiones contractuales, porque ha seguido girando los importes del préstamo de autos aplicando un interés que ha desaparecido, con la excusa de que hay normas que disponen su sustitución por otros tipos diversos.*

Efectivamente la Orden ENA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (BOE 29 octubre) supone, parafraseando el texto de la memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España de 2012, el inicio del proceso de modificación de los índices de referencia de los mercados a escala europea y nacional por la necesidad, en primer lugar, 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. *El nuevo art. 27 de tal orden enumera los nuevos tipos de interés que se consideran oficiales, y no incluye el IRPH Cajas. La DT Única 1 de la Orden citada, establece que los tipos que ya no son oficiales desaparecerán en un plazo transitorio de un año. Durante el mismo, el Banco de España ha continuado publicando mensualmente en su sede electrónica el IRPH Bancos, IRPH Cajas y el Tipo CECA, índices que se suprimen con carácter oficial, con las definiciones de la Circular 8/1990 del Banco de España, de 7 de septiembre, pero con las peculiaridades que señala el apartado 2 de la citada DT Única OM 2899/2011. Incluso ha publicado una nota informativa el 30 de abril de 2013 en el que explica que "...dichos índices, mientras sigan publicándose, continúan siendo índices válidos para los créditos o préstamos hipotecarios a tipo de interés variable que a la entrada en vigor de la Orden los tuvieran como índice de referencia" dando a entender que mientras que no se establezca régimen de transición los tipos sigues siendo aplicables.* Luego la DA 15ª de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (LAEI), 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".

El Capítulo II del Título III de la OM 2899/2011 el 29 octubre 2011 entra en vigor a los nueve meses de su publicación según su DF 5ª.2. Entra en vigor, por lo tanto, el 29 de julio de 2012. *En un año desde entonces, el IRPH deja de ser tipo de interés oficial según su art. 27. Añade la DT Única, 1 de la orden 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", que el Banco de España entiende en el sentido de que se mantiene si no se adopta tal régimen. Cumplido ese plazo no se dictó el "régimen de transición", que demora hasta septiembre de 2013 (con la DA 15ª Ley 14/2013).*

La desaparición ha operado, porque lo único que disponen las normas señaladas es que el Banco de España continuará publicando los índices, no que estos se mantengan. No perduran porque el legislador no cumple sus propios plazos, aunque de modo transitorio, como señalaba la Orden citada, el Banco de España mantenga su publicación. El retraso del legislador en cumplir sus propios plazos no puede traer como consecuencia que los consumidores se vean notablemente perjudicados en el índice a aplicar, máxime cuando se incumple una norma, la citada OM 2899/2911 que autoproclama en su introducción que "La presente orden viene, por tanto, en uso y cumplimiento de la anterior habilitación a cumplir un triple objetivo. De un lado, concentrar en un único texto la normativa básica de transparencia de modo que de manera sistemática e ilustrativa, la propia codificación de la materia mejore por sí misma su claridad y accesibilidad para el ciudadano, superando la actual dispersión normativa. En segundo lugar, la norma trata de actualizar el conjunto de las previsiones relativas a la protección del cliente bancario, al objeto de racionalizar, mejorar y aumentar donde resultaba imprescindible, las obligaciones de transparencia y conducta de las entidades de crédito...". Si se pretende proteger al cliente bancario., la hermenéutica de la orden debe ser que desaparece tras el periodo transitorio de un año desde su entrada en vigor a los nueve meses de su publicación. Desde entonces, el IRPH Cajas deja de surtir efecto.

En definitiva, cuando menos desde el 29 de julio de 2013, fecha en que cesa la consideración del IRPH Cajas como índice oficial, el contrato de autos tendría que estar siendo remunerado con el índice Euribor + 1 %, porque así lo pactaron las partes. En octubre de 2013, constatado que el índice que se aplica, que ha desaparecido por disposición legal, y que suponía por entonces que la entidad prestamista reciba aproximadamente 3,5 puntos por encima, se presenta la demanda.

El demandante pide en la tercera solicitud subsidiaria de su demanda que deje de aplicarse el IRPH CAJAS desde el 28 de abril de 2013. Entendiendo que en realidad ha de ser desde el 29 de julio de 2013, por desaparecer el IRPH al año de entrar en vigor, entrada en vigor que se produce nueve meses después de su publicación, el 29 de octubre de 2011, dicha petición subsidiaria colocada en tercer lugar debe ser inmediatamente acogida porque lo pactado por las partes en la escritura de constitución del préstamo con garantía hipotecaria fue, precisamente, que el Euribor + 1 % operara para el caso en que, como sucedió aquí, desapareciera el interés al que se referencia dicho préstamo, **IRPH Cajas**. *En definitiva, antes de entrar siquiera al fondo del litigio debe señalar que la demanda debe ser estimada cuando menos respecto de esta tercera solicitud subsidiaria de la demanda, aunque con efectos desde el 29 de octubre de 2013, puesto que las partes se deben a lo pactado, que es ley entre ellas conforme al principio pacta sunt servanda que proclaman los arts. 1091, 1255, 1256 y 1258 CC y la jurisprudencia recogida, entre otras muchas, por las STS 6 mayo 2013, rec. 223/2011, 21 febrero 2014, rec. 406/2013².*

4.2. La cuestión de la nulidad del propio índice desde la suscripción del contrato o momentos posteriores

Alega Kutxabank SA, la imposibilidad de control judicial del índice IRPH Cajas, en tanto que el mismo constituye parte del precio del contrato suscrito, Se esgrime al respecto tanto la STS 18 junio 2012, rec. 46/2010, como la STS 9 mayo 2013, rec. 485/2012, muy conocida por haber declarado la nulidad de algunas "cláusulas suelo" de varias entidades bancarias por falta de transparencia, y la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores. Entiende la parte demandada que los demandantes lo que buscan es modificar el precio del contrato, puesto que a su entender, el interés que se abona por el préstamo es su precio.

Según el TJUE (STJUE 3 junio 2010, caso Caja Madrid) las cláusulas contempladas en el art 4.2 de la misma, esgrimido por Kutxabank S.A. como impedimento para analizar la cláusula controvertida, que es referenciar al IRPH Cajas el préstamo de autos, pueden ser analizadas por los tribunales españoles. España, además, no ha incorporado tal

² Kutxa ha revisado el 85% de los contratos con IRPH Cajas de los clientes que ahora pagarán el Euribor +1, ya que el primer índice ha dejado de existir tras la reestructuración del sistema financiero, indicó en una nota de prensa. La revisión se hará extensible a todos los clientes para el 31 de octubre, añadió la entidad que asegura que así se ahorrarán «250 euros al mes -para un préstamo de 200.000 euros- con respecto a clientes de otras entidades» que aplican el IPRH Entidades. Fuente: <http://www.diariovasco.com/gipuzkoa/201406/12/kutxa-revisa-irph-cajas-20140612000611-v.html>

apartado de la citada directiva, lo que supone que los tribunales españoles pueden analizar el objeto principal del contrato, y la adecuación entre el precio y la retribución. En el mismo sentido se expresan las conclusiones del Abogado General, Sr. Nils Walsh, presentadas el 12 febrero 2014. caso Arpad Kásler, C-26/13.

El Tribunal Supremo admite en estas sentencias el control que la entidad demandada sostiene imposible con arreglo a la Directiva (SSTS 4 noviembre 2010, rec. 982/2007 y 29 diciembre 2010, rec. 1074/2007, 2 marzo 2011, rec. 33/2003).

Dicha doctrina debe ser confirmada por dos motivos:

1.- Porque una cosa es que los tribunales no estén para evaluar si el precio convenido fue alto o bajo, o la calidad mucha o poca, y otra diferente, constatar elementales principios del derecho de la contratación, como el justo equilibrio de las prestaciones, o el respeto a normas imperativas en ámbitos especialmente protegidos, como es el caso de la contratación bancaria, muy en particular cuando se refiere a la adquisición de vivienda destinada a hogar familiar. No inmiscuirse en el precio convenido es una cosa, y asegurar el cumplimiento de las normas del ordenamiento jurídico, en particular cuando se trata de tutelar los derechos del cliente bancario y de los consumidores, otra bien diferente, y esta última función corresponde sin duda a los tribunales.

2.- Porque cuando el art. 4.2 de la Directiva habla de la "definición del objeto principal del contrato" debe entenderse se refiere a aquellos elementos que esencialmente lo caracterizan. Nos encontramos ante un contrato de préstamo, que en nuestro ordenamiento jurídico es naturalmente gratuito, como rotundamente dispone el art. 1755 CC, que establece "no se deberán intereses sino cuando expresamente se hubieran pactado". Un contrato de préstamo, aunque cuente con garantía hipotecaria, puede existir sin pacto de remuneración mediante intereses. Es decir, discrepándose de la cita doctrinal que realiza la parte demandada, que entiende que interés es la causa del contrato para el prestamista, según nuestro Código Civil ni el interés puede ser causa, ni el objeto principal del contrato desaparece aunque no haya pacto de interés.

El pacto de interés es accesorio, no esencial, puesto que hay préstamo aunque no haya pacto de interés. De modo que no puede considerarse que el objeto principal del contrato pueda verse afectado por este pronunciamiento judicial, porque si no hubieran convenido las partes interés variable referenciado al IRPH Cajas, seguiría habiendo préstamo, reconocible sin tal previsión. Al ser prescindible, no se altera la esencia de lo convenido en un contrato de préstamo, que es la devolución del tantumdem, es decir, "otro tanto de la misma especie y calidad", que menciona el art. 1753 CC cuando define el simple préstamo.

4.3. Sobre la nulidad del índice IRPH Cajas

El punto central de la cuestión litigiosa es si la utilización del índice IRPH Cajas en este contrato se somete a las exigencias que disponen las normas nacionales que transponen la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores. La demandante considera que no se han respetado, porque se asegura impuesto a los prestatarios, por la capacidad de una de las partes de influir en su conformación a diferencia de otros tipos oficiales en el momento de la contratación, por la protección que merecen los prestatarios en tanto que consumidores, por falta de negociación individual de esta cláusula, y por falta de transparencia.

4.3.1. Carácter manipulable del IRPH Cajas

Según la entidad demandada "... para la elaboración del IRPH Cajas no se toman datos teóricos, ni ofertas unilaterales, sino los valores de las operaciones realmente formalizadas por las entidades con sus clientes en cada periodo..".

En opinión de la sentencia esto supone que *la concreción de la cuantía del índice se verifica con datos que facilitan las cajas respecto a los préstamos que conceden. Si conceden más préstamos a un interés superior, éste se eleva. Si conceden más a precio inferior, disminuye. En mayor o menor medida, por lo tanto, la entidad demandada influye en el importe del índice que se utiliza. Queda comprometido, por tanto, lo dispuesto en el art. 1256 CC que dispone "La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden, dejarse al arbitrio de uno de los contratantes".* No tiene por qué haber ocurrido, pero si todas las Cajas se pusieran de acuerdo para elevar el importe del interés que ofrecen a sus clientes, el IRPH Cajas habría subido. En suma, una de las partes, el prestamista, tiene la posibilidad de influir en el importe del índice tomado como referencia por el préstamo suscrito entre los litigantes.

El préstamo se toma el 13 de diciembre de 2007, bajo la vigencia de la Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, aunque el importe prestado supere los 150.000 € allí mencionados aunque se denominaran en pesetas. En desarrollo de la DA 2ª de esa orden se dicta la Circular 5/1994, de 22 de julio, del Banco de España, a entidades de crédito, sobre modificación de la circular 8/1990, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela (BOE 3 agosto 1994) que prevé el IRPH Cajas como uno de los índices oficiales a que se refiere la orden.

La citada orden dispone en su art. 6.2 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 cumplan las siguientes condiciones: a)

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". Es decir, la norma que habilita en su DA. 2ª que el IRPH Cajas pudiera ser utilizado como índice oficial advierte que no debiera ser susceptible de influencia por la propia entidad de crédito, o por varias de ellas concertadas. En idéntico sentido, la Circular 8/1990 modificada por la Circular 5/1994, del Banco de España, en el apartado 7 de su norma 6ª.

La entidad demandada ha admitido en la contestación que el índice se elabora con los datos que ella misma, y otras cajas, facilitan con tal fin. Por lo tanto, el índice utilizado es índice en el que puede influir, y además cada vez en mayor medida en cuanto que la concentración de las Cajas propició la disminución de su número. En consecuencia, el IRPH Cajas, partiendo del propio reconocimiento de la parte demandada respecto al modo en que se determina su cuantía, supone vulnerar normas administrativas como las citadas, el art. 1256 CC, y el art. 2 de la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, lo que en aplicación del art. 6.3 CC acarrearía, su nulidad como ha reiterado la jurisprudencia (STS 30 noviembre de 2006, rec. 5670/2000, 31 octubre 2007, rec. 3948/2000, 10 octubre 2008, rec. 5707/2000, 19 noviembre 2008, rec. 1709/2003, 9 diciembre de 2009, rec. 407/2006, 22 diciembre 2009, rec. 407/2006, 11 junio 2010, rec. 1331/2006, 7 octubre 2011), rec. 504/2008, 30 octubre 2013, rec. 1899/2011).

4.3.2. Falta de transparencia

La sentencia señala que la cláusula adolece de falta de transparencia pues, al menos debería explicarse *el modo en que se determina la cuantía del IRPH*, disciplinadas en normas de rango reglamentario y por lo tanto de muy complicado conocimiento, y no afectadas por la previsión del art. 6.1 CC.

4.3.3. Ausencia de información precontractual

La sentencia invoca también la infracción de los arts. 8, 38 y 60 TRLGDCU, *puesto que no consta facilitada a los prestatarios la información precisa para conocer la influencia que tenía 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, veinticinco años, de modo que eran datos decisivos. La información precontractual ni siquiera consta, pues no se ha hecho ninguna alegación al respecto.*

En conclusión, la referencia al IRPH Cajas sin explicitar la influencia que la prestamista tiene en su conformación y cuantificación supone la vulneración de las normas antes expresadas, de naturaleza imperativa, es decir, el art. 1256 CC, el art. 60.1 TRLGDCU, y la disciplina bancaria antes mencionada, que obligan a un nivel de información y transparencia que no refleja la escritura de préstamo disponible.

4.3.4. Consecuencias de la nulidad

Dispone el art. 9.2 LCGC que la sentencia que declare nulidad debe aclarar su eficacia conforme al artículo siguiente. Dicho art. 10 LCGC establece que la nulidad no determina la ineficacia total del contrato. Procede, exclusivamente, la nulidad de la cláusula que merezca tal sanción, lo que visto el art. 1303 CC, obliga a la restitución recíproca de las prestaciones.

El art. 1303 establece, para el caso de nulidad, la obligación de que las partes recíprocamente se restituyan el precio con sus intereses, salvo lo dispuesto en los preceptos sucesivos que no son de aplicación. Eso supone que al no poderse aplicar el índice IRPH Cajas, opera la previsión contractual que dispone como supletorio el índice Euribor más un punto porcentual contenida en el párrafo cuarto de la estipulación tercera bis Aunque la previsión contractual lo es para el caso de "desaparición" del índice señalado, puede considerarse equivalente su desaparición a la declaración de nulidad que se ha hecho conforme a lo dispuesto en el anterior ordinal.

Por lo tanto desde que opera la previsión contractual de aplicación del IRPH Cajas, es decir, a partir del segundo año del contrato que es enero de 2011, habrá de aplicarse el índice alternativo, Euribor más 1 %, debiendo la parte demandada reintegrar a los demandantes la diferencia entre lo que se abonó aplicando el índice anulado y el citado índice supletorio.

Además es consecuencia de la declaración de nulidad que, en lo sucesivo no podrá seguirse aplicando el índice declarado nulo, debiendo el banco demandado aplicar el índice supletorio Euribor + 1 %, como dispone la propia cláusula tercera bis del contrato controvertido para el caso de desaparición del mencionado índice.

En aplicación de los arts. 1100, 1108 y 1303 CC es procedente no sólo la restitución de lo indebidamente cobrado, sino el abono de su interés, que la parte demandante limita al momento en que se presenta la demanda, por lo que la cantidad a devolver se verá incrementada en su interés legal desde tal fecha, el 21 de octubre de 2013. El total que resulte de sumar el principal que ha de reintegrarse y el interés anterior, devengará, a su

vez, interés legal elevado en dos puntos desde la fecha de esta sentencia conforme a lo dispuesto en el art. 576.1 LEC.

5. Examen de la jurisprudencia

La jurisprudencia ha señalado que el índice establecido para los prestatarios en el contrato resulta claramente perjudicial para aquellos, frente al más objetivo del Euribor, porque al tratarse de un índice basado en el tipo medio de los préstamos hipotecarios que conceden Bancos y Cajas de Ahorro, y desvinculado al precio del dinero, resulta palmario que es mucho más gravoso para los consumidores que si se hubiera establecido la referencia al Euribor.

La STS de 9 de mayo de 2013 establece (apdo. 215) que la transparencia en la negociación de una cláusula contractual “incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato”, señalando en este sentido la necesidad de que “la información suministrada permita 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”. Precisamente, la referida STS de 9 de mayo de 2013, dictada en relación a las llamadas “cláusulas suelo”, denunciaba dicha práctica bancaria al establecer en el apartado 296, lo siguiente:

“b) La falta de información suficiente de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.

d) Su ubicación entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor en el caso de las utilizadas por el BBVA.

e) La ausencia de simulaciones de escenarios diversos, relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, en fase precontractual.

f) Inexistencia de advertencia previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad.”

El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 7 de Collado Villalba (Provincia de Madrid), ha señalado en Auto de 5 septiembre de 2013 (JUR 2014\199191) que “por lo que se refiere a la cláusula financiera tercera bis, cabe señalar que establecer el IRPH como índice en sustitución del EURIBOR resulta más perjudicial para el prestatario”, lo que da lugar a confirmar la declaración de dicho índice como abusivo. En este mismo sentido se han pronunciado el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Almería en Auto núm. 207/2014 de 7 abril (JUR 2014\135706) y la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 1ª) en Auto de 7 abril 2014 (JUR 2014\199189).

6. Valoración personal

Una cosa es que la cláusula que utiliza el IRPH Cajas como referencia sea abusiva por el solo hecho de que este índice sea más caro que el Euribor y otra que éste haya dejado de estar en vigor y sea necesaria su sustitución por el pactado en la escritura o por el previsto legalmente.

6.1. Carácter abusivo

Con relación a su carácter abusivo, la doctrina jurisprudencial expuesta supone desconocer que ni la Ley General de Protección de los Consumidores ni la legislación sectorial vigente en materia de créditos hipotecarios autorizan a considerar “abusiva” la utilización de un índice de referencia concreto, por más que éste no ofrezca la misma sensibilidad a las bajadas de tipos de interés que el Euribor. El art. 27 de la Orden EHA 2899/2011 permite la utilización de los tipos de referencia oficiales allí definidos, que se publican mensualmente (entre los cuales se encuentra en el primer apartado, el IRPH). En todo caso, la elección del índice de referencia para determinar la variación del tipo de interés es libre para las partes, con el único límite de que se hayan calculado a coste de mercado y no sean susceptibles de influencia por la propia entidad en virtud de acuerdos o prácticas conscientemente paralelas con otras entidades y, además que los datos que sirvan de base al índice o tipo sean agregados de acuerdo con un procedimiento matemático objetivo (art. 26 Orden EHA art. 26 Orden EHA/2899/2011) 2899). Y siempre sea claro, concreto y comprensible por el prestatario [cfr. RRDGRN 14 de marzo de 2002 (RJ 2002, 6183); 15 de marzo de 2002 (RJ 2002, 6184)], lo que se cumple conforme a la EHA 2899/2011 si se ofrece el escenario de simulaciones de evolución a tres años a que se refiere su art. 26 y se ofrece dónde encontrar información adicional sobre dicho índice (anexo II)³. En el presente caso no queda probado el carácter manipulable del índice por dos razones: a) El hecho de la fusión de las Cajas no supone necesariamente minoración del número de operaciones; b) Tampoco puede justificarse el carácter manipulable en un hipotético acuerdo de las entidades, pues la propia sentencia reconoce que dicho acuerdo no se ha producido. La propia sentencia reconoce: “No tiene por qué haber ocurrido, pero si todas las Cajas se pusieran de acuerdo para elevar el importe del interés que ofrecen a sus olientes, el IRPH Cajas habría subido” y añade que “tal posibilidad (de la que no hay constancia en autos), se habría incrementado para las que subsistieron”. El propio juzgado es consciente de la debilidad de este argumento cuando señala “algún fundamento tiene el reproche”. Poco fundamento jurídico, a mi entender, al tratarse de una mera conjetura, sin prueba alguna.

³ Vid. GONZALEZ CARRASCO, C., Una carrera hasta el fondo de la degradación jurídica en materia de cláusulas abusivas hipotecarias: Juzgado 7 Collado Villalba, en Revista CESCO de Derecho de Consumo, n. 7, 2013, pp. 265-270.

Sentado lo anterior, es el momento de analizar la falta de transparencia. Según la sentencia la entidad no ha acreditado, tal y como le correspondía, que se diese información previa a los prestatarios sobre la incidencia que la cláusula relativa al índice de referencia pudiera tener en la economía del contrato. Estos es, para la validez de la cláusula del IRPH, dado que no existe constancia de que los clientes tuviesen conocimientos financieros, se les debería haber realizado, previamente a la firma del contrato, las distintas simulaciones entre los referenciales más comunes, comenzando por el Euribor, y lo cierto es que no se ha acreditado tal circunstancia. La pregunta es: ¿tal simulación es exigible por la normativa? El préstamo se contrata el 13 de diciembre de 2007, bajo la vigencia de la Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios. El Anexo I de dicha Orden especifica el contenido del folleto informativo sobre préstamos hipotecarios sometidos a la Orden. Su punto 3 alude al “índice o tipo de referencia, en préstamos a interés variable (identificación del índice o tipo, indicándose su evolución durante, al menos, los dos últimos años naturales, así como el último valor disponible)”. El Anexo II, relativo a las cláusulas financieras de los contratos de préstamo hipotecario, señala que en lo relativo al tipo de interés o índice de referencia, la cláusula deberá expresar:

- a) La definición del mencionado índice o tipo de interés; el organismo público, asociación o entidad privada que lo elabore; y la periodicidad y forma en que se publique o sea susceptible de conocimiento por el prestatario.
- (...)
- c) El índice o tipo de interés de referencia sustitutivo que deba utilizarse excepcionalmente cuando resulte imposible, por razones ajenas a las partes, la determinación del índice o tipo de interés de referencia designado en primer término.

En ningún momento hace referencia la normativa a la simulación de escenarios. Dicha exigencia deriva de la STS de 9 de mayo de 2013, sobre cláusulas suelo/techo, y, por tanto, no es aplicable al caso que nos ocupa. En efecto, dicha sentencia señalaba:

“222. De hecho, el IBE **propone** (la negrita es nuestra), como una de las medidas para superar la polémica desatada sobre su aplicación, la ampliación de los contenidos que deban ser objeto de información previa a la clientela, para que incorporen simulaciones de escenarios diversos, en relación al comportamiento del tipo de interés, así como información previa sobre el coste comparativo de asegurar la variación del tipo de interés en relación con la evolución posible del índice para el periodo al que pudiera contratarse la cobertura y la promoción de prácticas de concesión y cobertura de créditos en los que la evaluación del riesgo de crédito de la operación tenga en cuenta los

posibles escenarios de variación de los tipos y la mayor incertidumbre que tiene la operación-“.

Y la citada sentencia concluye (apartado 2.2. de la sentencia) que las cláusulas analizadas no son transparentes (en cuanto a claridad se refiere) pues:

...

c) No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar.

d) No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad – caso de existir- o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas.

Por tanto, dicha doctrina sólo es aplicable a las cláusulas suelo pero no pueden exigirse dichas simulaciones para cualesquiera otras cláusulas como la relativa al índice de referencia de los préstamos hipotecarios cuya validez ahora se enjuicia.

Quedaría por examinar si la cláusula supone un “desequilibrio importante” del art. 3.1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en contratos con consumidores. Según la STJUE (Sala Primera) de 16 de enero de 2014 “la existencia de un «desequilibrio importante» no requiere necesariamente que los costes puestos a cargo del consumidor por una cláusula contractual tengan una incidencia económica importante para éste en relación con el importe de la operación de que se trate, sino que puede resultar del solo hecho de una lesión suficientemente grave de la situación jurídica en la que ese consumidor se encuentra, como parte en el contrato, en virtud de las disposiciones nacionales aplicables, ya sea en forma de una restricción del contenido de los derechos que, según esas disposiciones, le confiere ese contrato, o bien de un obstáculo al ejercicio de éstos, o también de que se le imponga una obligación adicional no prevista por las normas nacionales”. El hecho de que el IPRH Cajas sea superior al Euribor (incidencia económica importante) no es suficiente para apreciar “desequilibrio importante” pues no concurre lesión grave de la situación jurídica ya sea en forma de restricción de derechos, de obstáculo o de obligación adicional, pues ninguna de estas circunstancias concurre en el caso que examinamos.

6.2. Desaparición del IPRH

Desde el 1 de noviembre de 2013 (D.T. decimoquinta de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre) los dos índices de referencia hipotecaria IPRH Bancos e IPRH Cajas

desaparecieron y, por tanto, deberían ser sustituidos por otros en función de las condiciones que se especifiquen en la escritura de cada hipoteca. Si en la escritura de la hipoteca, aparecen los índices sustitutivos de la hipoteca, deberá aplicarse dicho índice. En defecto del tipo o índice de referencia previsto en el contrato o en caso de que este fuera alguno de los índices o tipos que desaparecen, la sustitución se realizará por el tipo de interés oficial denominado «tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en España», aplicándole un diferencial equivalente a la media aritmética de las diferencias entre el tipo que desaparece y el citado anteriormente, calculadas con los datos disponibles entre la fecha de otorgamiento del contrato y la fecha en la que efectivamente se produce la sustitución del tipo. La sustitución de los tipos de implicará la novación automática del contrato sin suponer una alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita. Las partes carecerán de acción para reclamar la modificación, alteración unilateral o extinción del préstamo o crédito como contrapartida de la aplicación de lo dispuesto en esta Disposición Transitoria. En este sentido recordemos la imposibilidad de integrar el contrato por el juez cuando éste declare el carácter abusivo de una cláusula (art. 83 TRLGDCU).

En el presente caso, y a pesar de que existía índice alternativo pactado en el contrato, se da la circunstancia de que la entidad bancaria seguía aplicando el citado índice con posterioridad a su pérdida de vigencia, lo que por sí solo supondría la estimación de la demanda, si bien la restitución de cantidades se debería sólo desde el 1 de noviembre de 2013. En el presente caso, descartado el carácter abusivo de la cláusula, la sentencia debería haber procedido a una estimación parcial de la demanda en el sentido ahora indicado.