

PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR- DEUDOR HIPOTECARIO: REALIDAD Y PERSPECTIVAS DE FUTURO

Cuenca, 3 y 4 de julio de 2017

NULIDAD DE LOS ÍNDICES DE REFERENCIA DE PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS

Pascual Martínez Espín
Catedrático acreditado de Derecho Civil

UCLM

CESCO

INTRODUCCIÓN

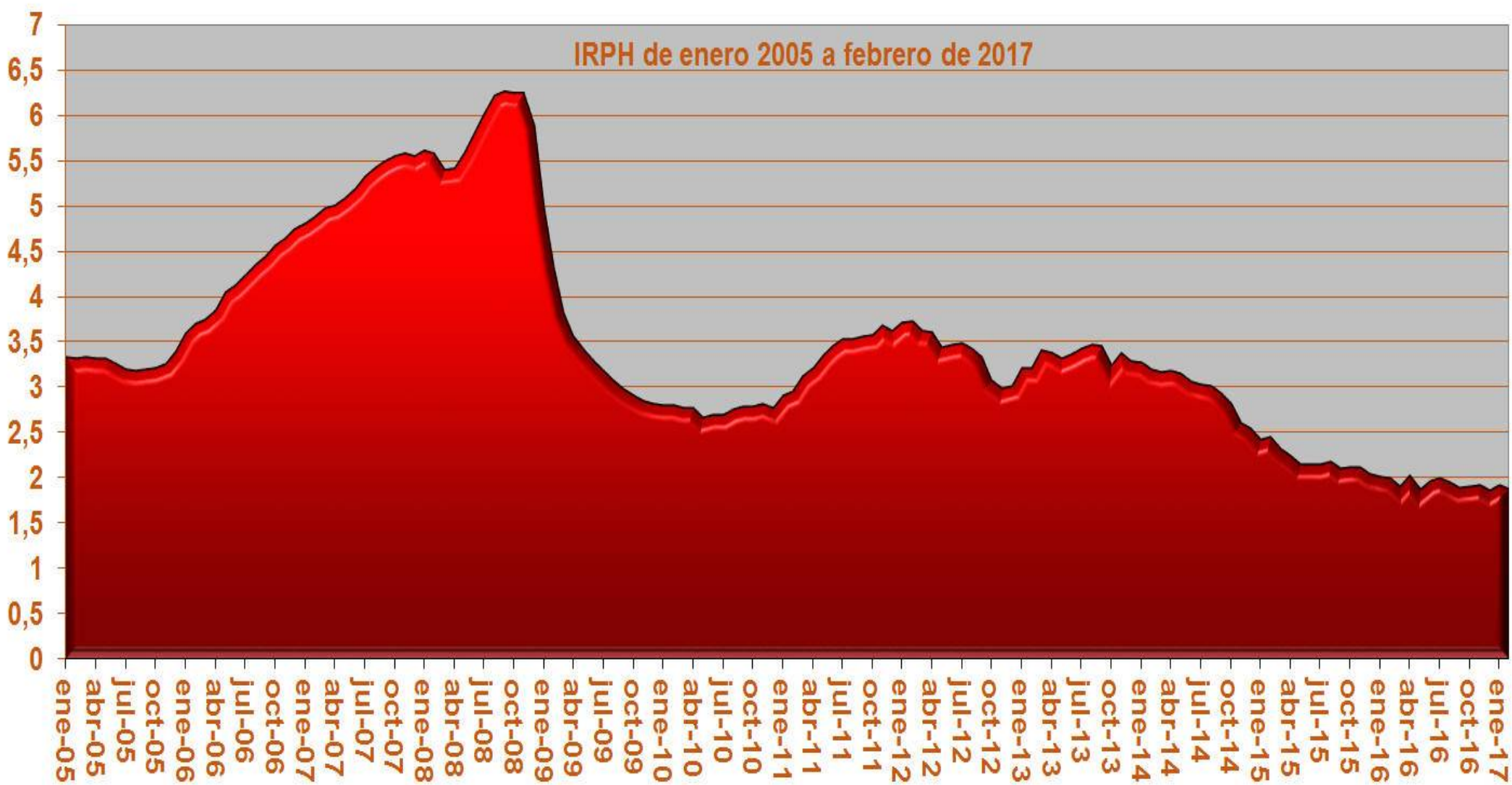
- **El Índice de Referencia de Préstamos Hipotecarios (IRPH) es el segundo índice más utilizado en los préstamos hipotecarios (en España hay unas 1,3 millones de hipotecas con IRPH).**
- **Camino de convertirse en la nueva cláusula suelo en una batalla judicial**
- **La caída libre del Euríbor, en valores negativos desde principios de 2016, no afecta a sus cuotas, que incluso se han incrementado.**

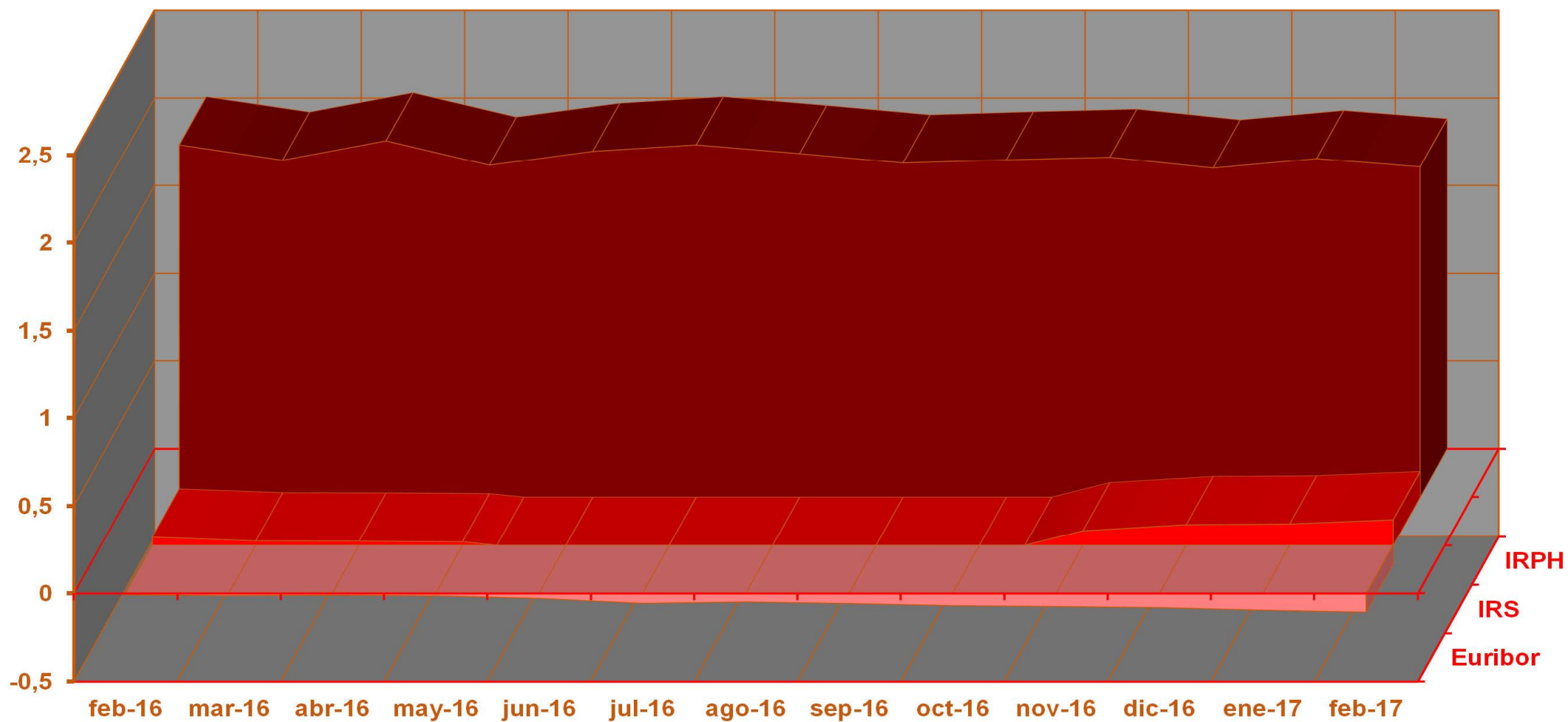
CONCEPTO DE IRPH

- El IRPH es uno de los indicadores que utilizan las entidades financieras de España para actualizar las hipotecas con tipos de interés variable (junto al EURIBOR, MIBOR), al que se añade un diferencial (vgr. 0,25%).
- A diferencia del EURIBOR, que se basa en el precio al que los bancos se prestan el dinero entre sí en los mercados financieros, el IRPH se calcula sacando la media del tipo efectivo al que las entidades concedieron sus hipotecas el mes anterior que, lógicamente, siempre es **más caro** del que ellas pagan.

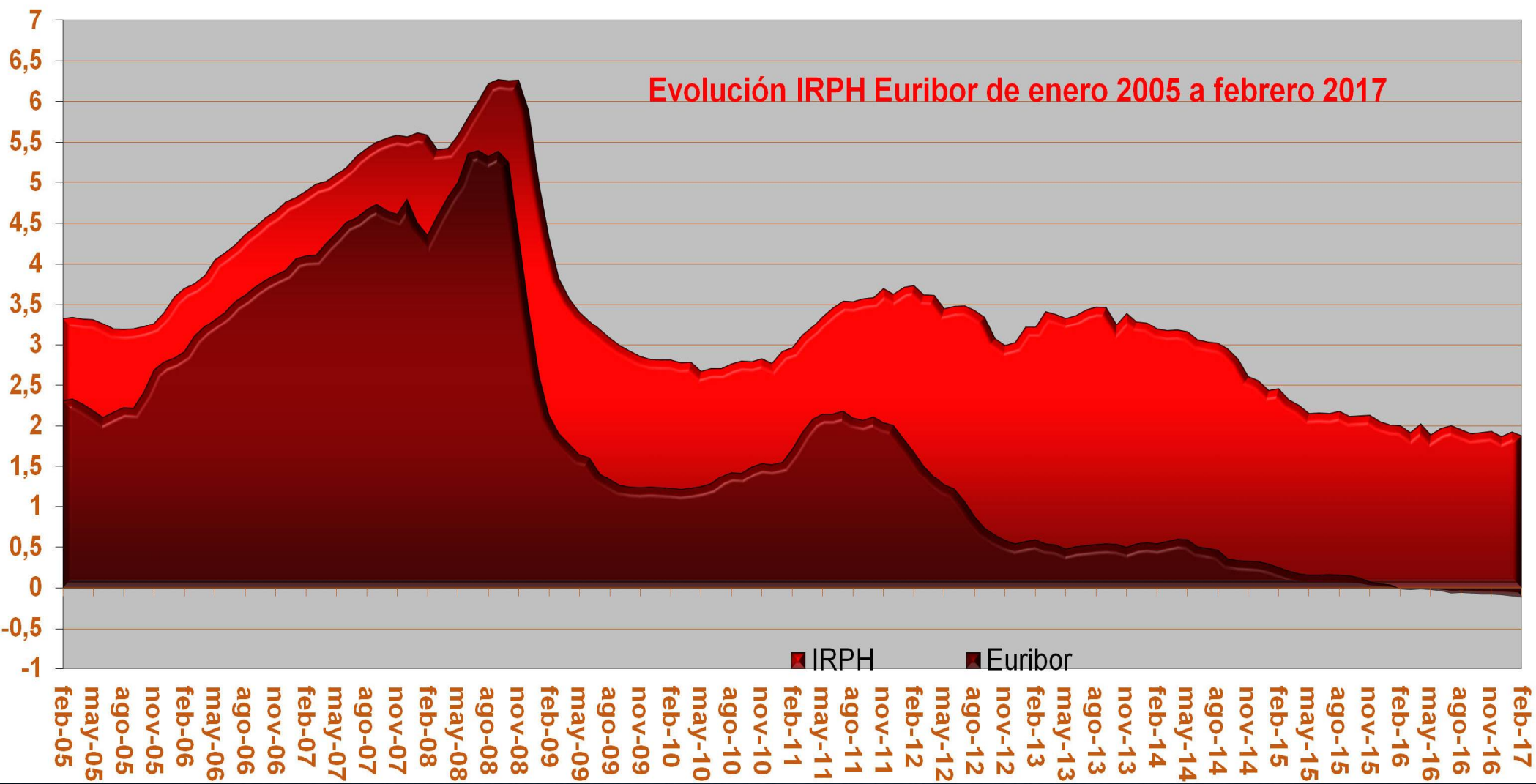
MODALIDADES

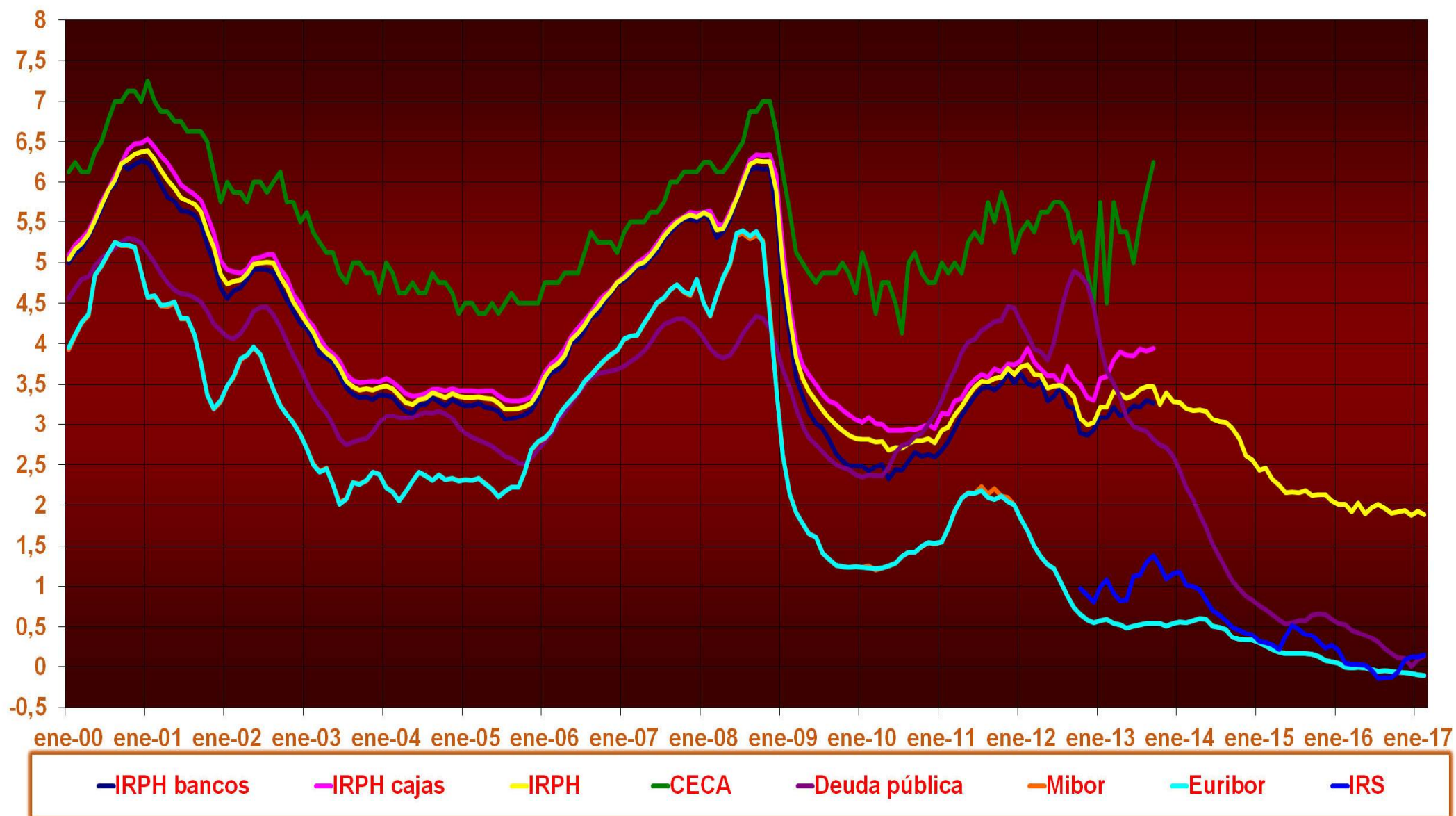
- El IRPH ofrece tres modalidades diferentes: Bancos, Cajas de Ahorro y la totalidad de las Entidades:
- IRPH de Bancos: es la media de los préstamos a tres años concedidos por estas entidades.
- IRPH de Cajas de ahorro: se calcula según las ofertas hipotecarias de las cajas de ahorros.
- IRPH del Conjunto de Entidades: se calcula teniendo en cuenta todas las entidades.
- TIPO MEDIO DE LOS PRESTAMOS HIPOTECARIOS, A MAS DE TRES AÑOS, DEL CONJUNTO DE ENTIDADES", definido como la media simple de los tipos de interés medios ponderados por los principales de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria de plazo igual o superior a tres años.
- Por lo general, su valor está por encima del MIBOR (EURIBOR), entre un 1.5% y un 3% por encima, aunque su oscilación es más lenta, en especial en la bajadas.





	feb-16	mar-16	abr-16	may-16	jun-16	jul-16	ago-16	sep-16	oct-16	nov-16	dic-16	ene-17	feb-17
■ Euribor	-0,008	-0,012	-0,010	-0,013	-0,028	-0,056	-0,048	-0,057	-0,069	-0,074	-0,080	-0,095	-0,106
■ IRS	0,047	0,025	0,024	0,020	-0,040	-0,140	-0,133	-0,131	-0,065	0,083	0,118	0,122	0,146
■ IRPH	2,007	1,919	2,030	1,890	1,970	2,007	1,957	1,903	1,921	1,936	1,874	1,928	1,881





LA CLÁUSULA

- ***“TERCERA BIS. TIPO DE INTERÉS VARIABLE.***
- ***(...) El Tipo de Referencia adoptado en este contrato es el índice de Referencia de los Préstamos Hipotecarios (IRPH) definido en la Resolución de 4 de febrero de 1991, de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera (B.O.E. de 9 de febrero de 1991), correspondiente al conjunto de Cajas de Ahorros, índice recomendado por el Banco de España y que se publica con periodicidad mensual en el Boletín Oficial del Estado.***
- ***Dicha Resolución define el referido índice como la media simple de los tipos de interés medios ponderados de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria, a plazo igual o superior a tres años, para adquisición de vivienda libre, que hayan sido iniciadas o renovadas durante el mes al que se refieren los índices, añadiendo que dichos tipos de interés medios ponderados serán los declarados al Banco de España de acuerdo con la norma segunda de la Circular de dicho Banco número 8/1990, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela. Este tipo de referencia, redondeado por exceso a cuartillos, es el que deberá ser objeto de adición al diferencial anteriormente definido (...).”.***

INDICE SUSTITUTIVO

- *“No obstante, en el supuesto de que en la fecha establecida para el cálculo del tipo de interés nominal anual correspondiente a la anualidad siguiente hubiere transcurrido más de un año, contado de fecha a fecha, sin que el citado Índice de Referencia se hubiere publicado en el Boletín Oficial del Estado, se adoptará como Tipo de Referencia para este contrato el tipo de interés que resulte del MIBOR.*
- *Se entenderá por MIBOR, a los efectos de este contrato, el tipo de interés vigente para depósitos a un año que haya regido en el Mercado Interbancario de Madrid en la fecha de cálculo establecida en el epígrafe 2.4 de este pacto y que haya sido publicado por el Banco de España, u Organismo que en el futuro pudiera sustituirle a estos efectos informativos. En caso de que el citado día no haya habido tipo de interés para depósitos a un año, por carencia de operaciones a ese plazo de tiempo, se aplicará el del primer día inmediato anterior en el que se hayan producido dichas operaciones al referido plazo de tiempo. El Tipo de Referencia así obtenido, redondeado por defecto o por exceso a cuartillos, tendrá el carácter de Sustitutivo”.*

ACCION DE NULIDAD DE C.G.C.

- ARGUMENTOS: el IRPH vulnera los arts. 6.2.a) OM 1994 y 26.1.a) OM 2011:
 - Falta de transparencia en su comercialización
 - Desequilibrio contractual, favorable siempre a las entidades de crédito frente a otros índices como son el Euribor.
 - Contrario al art. 1256 CC, por ser manipulable.
- SUPLICO: Que se declare la nulidad del índice IRPH, y, en consecuencia, sea de aplicación el tipo de referencia sustitutivo previsto en el contrato (vgr. EURIBOR), o en su defecto, ninguno, al tratarse el préstamo de un negocio esencialmente gratuito.
- Que se realice novación en escritura privada o, en su defecto, en escritura pública.

ARGUMENTOS A FAVOR DE LA NULIDAD DE LA CLÁUSULA

- **1.- Falta de negociación.**
- Información limitada a los datos relativos al capital inicial y duración y a otras condiciones básicas tales como comisiones de apertura, subrogación y cancelación parcial y total del préstamo, así como el tipo de interés inicial para las primeras cuotas.
- A los consumidores no se les informó de la existencia de otros tipos de referencia vigentes en el momento de la firma que podrían ser más ventajosos para los adherentes a los contratos de préstamo hipotecario.

2.- FALTA DE CONOCIMIENTOS FINANCIEROS

- La entidad financiera incumplió el deber de información, actuando sin claridad ni transparencia, en atención a los escasos conocimientos financieros de los actores, información que debería haberse proporcionado de manera sencilla, en un lenguaje claro y comprensible.

3.- FALTA DE INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL

- Dichas cláusulas se dieron a conocer el mismo día de la firma, en el momento de la lectura de los términos de la escritura otorgada ante Notario, sin haberles concedido la posibilidad de conocer previamente dichas cláusulas.
- No entrega de la oferta vinculante con carácter previo a la firma de la escritura notarial,
- y la no opción a tener a su disposición, con tres días de antelación, el proyecto de escritura, en los términos exigidos por la normativa sectorial sobre transparencia (vgr. Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994).

4.- DESEQUILIBRIO DE PRESTACIONES

- 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 con infracción del art. 82.1 RDL 1/2007.

5.- IMPOSIBILIDAD DE CONTROL DE ABUSIVIDAD PERO SÍ DE TRANSPARENCIA.

- 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 citada 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” (STS 9/05/2013).

INCUMPLIMIENTO DE LA NORMATIVA DE TRANSPARENCIA.

- La Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, regula el “iter negocial de la contratación” (y en los mismos términos la Orden EAH/2899/2011, de 28 de octubre).
- Según la misma, el proceso de constitución de las hipotecas en garantía de préstamos hipotecarios a los consumidores “comienza por la entrega al solicitante de un folleto informativo, sigue con una oferta vinculante que incluya las condiciones financieras, 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” (extracto de la STS de 9 de mayo de 2013).

6.- ÍNDICE MANIPULABLE

- 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, obteniendo así un enriquecimiento injusto.
- Al emplear datos aportados por las propias entidades, y debido a que se trata de una media simple no ponderada, las plataformas de afectados por el IRPH defienden que el índice es manipulable y, por tanto, contrario a la normativa vigente (argumento acogido, entre otras, por la Audiencia Provincial de Guipúzcoa (Sección 2ª), en sentencia núm. 125/2015 de 22 mayo, JUR 2015\175752).

7.- DESAPARICIÓN LEGAL DEL IRPH

- 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. 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"*.
- Luego la DA 15ª de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre (RCL 2013, 1422), 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 bancos. b) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las cajas de ahorros. c) Tipo activo de referencia de las cajas de ahorros. 2. Las referencias a los tipos previstos en el apartado anterior serán sustituidas, con efectos desde la siguiente revisión de los tipos aplicables, por el tipo o índice de referencia sustitutivo previsto en el contrato"*.

INICIATIVAS PARLAMENTOS AUTONÓMICOS

- **9-7-2015:** El Parlament aprueba una moción a favor de los afectados por el IRPH.
- **4-2-2016:** El Parlamento Vasco pide la derogación del tipo de interés hipotecario **IRPH:** Proposición no de ley de UPyD, que ha salido en adelante hoy en el pleno de la Cámara autonómica, con el apoyo de todos los grupos, con la salvedad del PNV, que se ha abstenido en alguno de sus puntos.

REGLAMENTO

*(UE) 2016/1011 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 8 DE JUNIO DE 2016, SOBRE LOS
ÍNDICES UTILIZADOS COMO REFERENCIA EN LOS INSTRUMENTOS FINANCIEROS Y EN LOS
CONTRATOS FINANCIEROS
O PARA MEDIR LA RENTABILIDAD DE LOS FONDOS DE INVERSIÓN*

- Publicado el 29 de junio, entró en vigor al día siguiente.
- Será de aplicación a partir del 1 de enero de 2018.
- Algunas de sus disposiciones, como las relativas a los índices críticos y los colegios de supervisores, son de aplicación desde el 30 de junio de 2016.
- El reciente Reglamento Europeo sobre Índices de Referencia pretende:
 - Asegurar que los índices producidos y utilizados en la Unión Europea sean fiables, representativos, adecuados para sus fines y no susceptibles de manipulación.
 - Reforma del Euribor.

OBJETIVOS

- Objeto: **restablecer la confianza** en los índices utilizados como índices de referencia financieros, a raíz de los escándalos de manipulación de los últimos años.
- 1.- Mejorar **la gobernanza y los controles** de los que es objeto el proceso de elaboración de índices de referencia, en particular para garantizar que los administradores eviten los conflictos de intereses, o, al menos, los gestionen adecuadamente;
- 2.- Mejorar la **calidad de los datos de cálculo** y de los métodos utilizados por los administradores de los índices de referencia;
- 3.- Garantizar que los contribuidores a los índices de referencia y los datos que aporten sean sometidos a controles adecuados, en particular con el fin de evitar **los conflictos de intereses**;
- **4.- Proteger al consumidor y al inversor** mediante una mayor transparencia y unos derechos de reparación adecuados.

REGLAMENTO

- **Código de conducta jurídicamente vinculante**
- **Tres categorías de índices de referencia:**
 - **Índices de referencia fundamentales**: los utilizados como referencia para los instrumentos o contratos financieros, o para la determinación del rendimiento de los fondos de inversión de un valor total igual o superior a **500.000 millones EUR**.
 - Los **índices de referencia importantes** usados como referencia para los instrumentos o contratos financieros, o para la determinación del rendimiento de los fondos de inversión de un valor total igual o superior a **50.000 millones EUR**.
 - Los **índices de referencia no importantes** están sujetos a un régimen normativo ligero basado en un mecanismo de «cumplir o dar explicaciones».

ARGUMENTOS A FAVOR DE LA VALIDEZ DE LA CLÁUSULA

- **1.- Negociación de la cláusula.**
- La cláusula controvertida no tiene carácter de condición general de la contratación, toda vez que la misma fue objeto de negociación individual y específica con los demandantes.
- En apoyo de su argumento se invoca la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona núm. 272/2014 de 14 noviembre (JUR\2014\285313).

2.- AUSENCIA DE PRUEBA DE MANIPULACIÓN

- En este sentido se ha pronunciado la AP Zaragoza (Sección 5ª), en sentencia núm. 62/2016 de 10 febrero (JUR 2016\76435):
- *“El informe pericial informa sobre la posibilidad de influenciar y manipular en los índices de referencia de los préstamos hipotecarios o de un posible riesgo de pacto entre unas pocas entidades, pero ni afirma ni apunta a que la concreta entidad demandada en este proceso haya sido partícipe en ello. Por tanto no resulta probado un comportamiento de la entidad demandada subsumible en las normas mencionadas”.*

3.- IMPOSIBILIDAD DE CONTROL DE ABUSIVIDAD

- Se trata de una estipulación negociada individualmente, que determina el precio que debe pagar el prestatario y en cuanto a tal, no cabe calificarlo como pacto accesorio porque define el objeto principal del contrato.
- El tipo de interés no puede reputarse abusivo *per se* puesto que forma parte del objeto principal del contrato, a los efectos de lo dispuesto en la Directiva 93/2013 y, por lo tanto, no está sometido al control de abusividad (Auto AP Girona 18/03/15).

4.- IMPOSIBILIDAD DE CONTROL POR REFLEJAR NORMAS IMPERATIVAS Y REGLAMENTARIAS.

- El art. 1.2 de la Directiva 93/13 señala que no están sometidas al control de abusividad las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas.
- Las entidades bancarias únicamente pactan referenciar el tipo de interés variable del préstamo al IRPH, pero la definición de este índice y su forma de elaboración y publicación por parte del Banco de España tiene carácter reglado, viene impuesto por normas imperativas y, en consecuencia, ni forma parte de la cláusula contractual, ni puede ser objeto de una acción de nulidad de condiciones generales de contratación.

5.- CONTROL DE INCLUSIÓN

- Se invoca lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del artículo 5 LCGC.
- La cláusula quedó perfectamente incorporada al contrato y conocieron los demandantes su contenido como certifica el Notario al otorgamiento de la misma:
- se redacta la escritura conforme a minuta facilitada por la entidad financiera;
- se permite la lectura previa del proyecto con tres días de antelación;
- por último, en las advertencias y comprobaciones notariales, se recoge expresamente la existencia de oferta vinculante.

6.- CONTROL DE TRANSPARENCIA

- Se alega que se cumplieron los requisitos de transparencia de dicha cláusula. La transparencia se proyecta sobre la definición y el cálculo del IRPH, dado que sobre su concepto o su método de cálculo se establece un paralelismo entre el IRPH y el Euribor.
- Desde el punto de vista de la concreción, claridad y sencillez de la cláusula, el IRPH es igual de complejo y oscuro que el EURIBOR.
- Por ello, se considera que no puede pretenderse que se declare la nulidad de una cláusula que fija un tipo de referencia como es el IRPH, alegando su falta de claridad y al mismo tiempo pedir que se aplique otra cláusula igual de oscura y compleja como es la que fijaría como tipo de referencia el EURIBOR.

EL CUMPLIMIENTO DEL REQUISITO DE TRANSPARENCIA SE PRETENDE ACREDITAR POR LOS SIGUIENTES MEDIOS:

- 1) Capacitación de la actora para entender el contrato.
 - Conocimientos suficientes para comprender
 - Producto financiero, que no es de inversión sino de financiación, no deja de ser un préstamo hipotecario sin clausulado especial.
- 2) Información suficiente.
- 3) Claridad de la redacción.
- 4) Doctrina de los actos propios.

7.- INEXISTENCIA DE DESEQUILIBRIO

- No debiéndose confundir la existencia de posibilidades menos onerosas que actualmente existen en el mercado con desequilibrio.
- En cualquier caso, el desequilibrio debe ser jurídico (no económico), importante y tomando en consideración la totalidad del préstamo.
- Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona Sentencia núm. 272/2014 de 14 noviembre (JUR\2014\285313).

ANÁLISIS DE LA CLÁUSULA A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA

- **1.- Sobre el carácter de condición general.**
- **2.- Posibilidad de control del interés adoptado**
- **3.- Imposibilidad de control por reflejar normas imperativas y reglamentarias:** El contrato no reproduce norma legal o reglamentaria, sino un índice, que tiene carácter oficial, pero que se calcula con datos que se facilitan al Banco de España por las Cajas de Ahorros.
- **4.- Sobre su carácter manipulable:** 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, las entidades bancarias influyen en el importe del índice que se utiliza. Además ante la progresiva disminución del número de cajas, esa influencia ha ido creciendo.

- **5.- Falta de información**

- a) Falta de acreditación de 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 económica es reiterada en la jurisprudencia: vid. Juzgado de Primera Instancia de Guadalajara Sentencia núm. 105/2014 de 2 diciembre);
- b) 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 de que terminara el primer período de interés fijo, teniendo en cuenta, además, que su duración era muy extensa, de modo que eran datos decisivos (Juzgado de lo Mercantil de San Sebastián (Provincia de Guipúzcoa) Sentencia núm. 372/2014 de 14 noviembre).

- **6.- Control de transparencia**

- 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".
- 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

7.- DESAPARICIÓN DEL ÍNDICE

- Estamos ante un índice que en los casos de IRPH Cajas, Bancos y CECA, han desaparecido en el año 2013.
- Procede la desaparición del índice, porque lo único que disponen las normas señaladas es que el Banco de España continuará publicando los índices, no que estos se mantengan.

8.- UNA CLÁUSULA SUELO ENCUBIERTA

- El índice IRPH actúa de facto como una especie de «cláusula suelo», un tipo de cláusula ésta última, que ha sido declarada nula por el Tribunal Supremo, al considerar que no supera el control de transparencia, y más recientemente, por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 21 de diciembre de 2016 (LA LEY 179803/2016), pero conllevando el IRPH efectos aún más perniciosos.

TRIBUNALES

- JUZGADO DE LO MERCANTIL N° 1 DE DONOSITA. 29/04/2014. Nulidad prestamo hipotecario intereses IRPH CAJAS: Nulidad sustitución euribor. Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las cajas de ahorros y tipo activo de referencia de las cajas de ahorros . Manipulación del índice del euribor
- En la sentencia núm. 158/15 del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Vitoria-Gasteiz, de 15 de junio de 2015 (LA LEY 196915/2015), se estimó íntegramente la demanda interpuesta contra Kutxabank, al declarar, la nulidad de la cláusula del contrato de préstamo hipotecario celebrado entre las partes, que referencia el mismo al índice IRPH Entidades y como índice sustitutivo al IRPH Cajas para toda la vida del préstamo.
- La sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, Sección 1.^a, de 10 de marzo de 2016 (LA LEY 19441/2016), se ha anulado el índice IRPH Entidades, así como el IRPH Cajas previsto como sustitutivo, y condena a la entidad Kutxabank a devolver con carácter retroactivo todos los intereses cobrados indebidamente al perjudicado. Para la Sala, la cláusula no puede pasar el filtro de la transparencia, al disponer que la entidad financiera:
- *«[...] no ofrece al cliente otros índices diferentes como el Euribor para que pudiese optar entre ellos. Es evidente que cuando un particular contrata un préstamo quiere abonar el menor interés posible, más cuando es una cantidad de principal tan importante. Pues bien, estamos seguros que si Kutxabank hubiese 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 el diferencial» (FJ 5, párrafo 26).*

- En este mismo sentido, se ha pronunciado la sentencia núm. 270/2015, del Juzgado de lo Mercantil de Valencia, de 15 de enero 2015, al declarar la abusividad de la cláusula relativa al tipo de interés de referencia IRPH-CAJAS, al no constar, que se hubieran facilitado a los prestatarios, la información precontractual para que conocieran la influencia que tiene la prestamista sobre la conformación del índice de referencia del interés variable, una vez transcurrido el segundo año de eficacia del contrato.

UNA OPORTUNIDAD PERDIDA: STS 06/04/2016, NÚMERO RECURSO: 1460/2015

- NULIDAD DE LA CLÁUSULA QUE EN UN PRESTAMO HIPOTECARIO FIJA EL INTERÉS REMUNERATORIO REFERENCIADO AL INDICE IRPH-CAJAS.
- INEXISTENCIA DE INTERÉS CASACIONAL.

SAP ALICANTE 11 DE MAYO DE 2017

- Novación e introducción por sorpresa: El caso concreto al que se refiere la sentencia es el de un ciudadano italiano afincado en Alicante que, en el año 2009, pidió una ampliación de la hipoteca que tenía con el Popular de 96.000 a 160.000 euros.
- 1.- Por sorpresa: Fue entonces cuando la entidad aprovechó para sustituir el euríbor por el que se regía el préstamo hasta esa fecha por el IRPH, sin que el cliente fuera consciente del cambio ni de lo que implicaba.
- 2.- Sin negociación. La cláusula formaba parte «de las **condiciones generales** de la contratación, predispuestas e impuestas en una oferta que el clientes se limita a aceptar».
- 3.- Falta de transparencia: puesto que «en ningún caso (de la documentación aportada por el banco) puede inferirse que la entidad demandada proporcionara información clara, comprensible y detallada sobre el tipo de referencia (principal y sustitutivos) a aplicar en el préstamo».
- Por tanto, declara nula la cláusula del IRPH y obliga a aplicar el **euribor** que tenía anteriormente el afectado y a devolverle una cantidad cercana a los 40.000 euros.

SAP MADRID, SECC. 13^a, APELACIÓN 936/2016, 4-5-2017

- **Primera sentencia estimatoria en la AP de Madrid:**
- **Bankia condenada a devolver todo lo cobrado de más en aplicación del IRPH desde el inicio de la hipoteca más intereses. El préstamo queda ahora referenciado a Euribor más un diferencial.**
- ASUFIN ha presentado además la primera la demanda colectiva contra Caixabank y está a punto de presentar más demandas colectivas contra entidades como BBVA o UCI que también colocaron este índice abusivo.

EFFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD

- 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.
- 1.- Restitución precio e intereses. El art. 1303 establece, para el caso de nulidad, la obligación de que las partes recíprocamente se restituyan el precio con sus intereses.
- 2.- Índice sustitutivo. Eso supone que al no poderse aplicar el índice IRPH, se atenderá a la previsión contractual que disponga como supletorio otro índice (generalmente, el Euribor).
- 3.- En lo sucesivo no podrá seguirse aplicando el índice declarado nulo.
- 4.- Recalculo de la cuota.

- **5.- Sobre los intereses.** En aplicación de los arts. 1100, 1108 y 1303 CC es procedente no sólo la restitución del exceso de lo indebidamente cobrado (en relación al interés sustitutivo, normalmente Euribor), sino el abono de su interés, por lo que la cantidad a devolver (el exceso) se verá incrementada en su interés legal ¿DIES A QUO?
 - Desde cada cobro.
 - Desde la interposición de la demanda.
 - Interés legal elevado en dos puntos desde la fecha de esta sentencia conforme a lo dispuesto en el 576.1 LEC.
- **6.- Sobre la caducidad de la acción de nulidad.** El art. 9.2 LCGC establece que *“la sentencia estimatoria, obtenida en un procedo incoado mediante el ejercicio de la acción individual de nulidad o la declaración de no incorporación, decretará la nulidad o la no incorporación al contrato de las cláusulas generales afectadas y aclarará la eficacia del contrato de acuerdo, con el artículo 10, o declarará la nulidad del propio contrato cuando la nulidad de aquellas o su incorporación afectara a uno de los elementos esenciales del mismo en los términos del artículo 1261 del Código Civil”*.
- *De este modo*, el precepto 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.

CONCLUSIONES

- 1. Condición general de contratación.
- 2. Control de abusividad al amparo de la normativa europea, concretamente la Directiva Comunitaria 93/13CEE, así como en virtud de lo establecido por la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 2013, por cuanto afectan al “método de cálculo” o “modalidades de modificación del precio”.
- 3. Cláusula abusiva por cuanto el IRPH es un índice manipulable.
- 4.- Falta de transparencia, por cuanto el cliente minorista, en el momento de contratar el préstamo hipotecario, no fue informado de que la entidad tenía capacidad de influir en la elaboración del índice de referencia que iba a regir el pago de los intereses de su préstamo hipotecario, lo que determinó que el cliente no pudiera tener un conocimiento real de su obligación de pago; y especialmente no pudo tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar la cláusula del IRPH en la economía del contrato.
- 5.- Efectos de la declaración de la abusividad:
 - Nulidad de la cláusula.
 - Restitución de prestaciones, con intereses legales (desde la fecha de cada cobro).
 - Índice sustitutivo o ningún índice.
 - Recalculo de la cuota.

FIN

- “Todo tiene una moraleja, sólo falta saber encontrarla”
- Alicia en el País de las maravillas,
Lewis Carroll.

