

INFORME SOBRE LA CLÁUSULA QUE INCLUYE EL ÍNDICE IRPH EN LOS CONTRATOS DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO CELEBRADOS CON CONSUMIDORES

Paco Sanz, Responsable Departamento de Estudios ADICAE
Zaragoza, 06_07_2016

Objetivo

El objeto de este informe es analizar la naturaleza del índice IRPH y su nulidad en cuanto cláusula predispuesta de forma masiva por las entidades de crédito en los contratos de préstamo hipotecario suscrito con consumidores. Para ello se han analizado 18 sentencias de primera y segunda instancia.

Con carácter previo se ha definido la configuración de este índice así como su evolución jurídica, ya que desde 2011 se tenía prevista su eliminación al “desaparecer” las cajas de ahorros como generadoras del cálculo del mismo. Tal eliminación tuvo lugar efectivamente en noviembre de 2013.

Índice

- 1.- IRPH, concepto y evolución financiera.**
- 2.- Cálculo del IRPH.**
- 3.- Evolución jurídica de la aplicación de los distintos IRPH y el régimen de**

sustitución de los mismos.

4.- Problemática jurídica del IRPH a través de sentencias judiciales.

A) Sobre la “manipulabilidad” de las entidades de crédito del índice IRPH

B) Sobre la consideración de abusiva de la cláusula que incluye el índice IRPH en los préstamos con garantía hipotecaria

- 1. La naturaleza de “condición general” de la cláusula que incluye el índice IRPH en las escrituras de préstamo hipotecario.**
- 2. El índice IRPH como elemento definidor del objeto principal del contrato**
- 3. Control de incorporación y de transparencia de la cláusula del IRPH**
- 4. Condenas y consecuencias de la anulación de la cláusula en su caso**

C) Otras cuestiones

- 1. Vicio del consentimiento.**
- 2. La nulidad de cláusulas IRPH en procedimientos de ejecución hipotecaria**

D) Conclusiones

1.- IRPH, concepto y evolución financiera.

El Índice de Referencia de Préstamos Hipotecarios es uno de los tipos usados para remunerar los préstamos con garantía hipotecaria concedidos por las entidades de crédito en España. Su denominación técnica es la de “Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre”. Hasta el 1 de noviembre de 2013 existían tres tipos de IRPH :

1. IRPH bancos
2. IRPH cajas
3. IRPH entidades conjunto de entidades (un promedio de ambos)

Desde el 1 de noviembre dejó de publicarse por el Banco de España el IRPH Bancos y el IRPH Cajas, sustituidos en los préstamos referenciados a cualquiera de estos tipos, como veremos, por el IRPH de Entidades de Crédito más un diferencial. Se calcula que en torno al 10 ó 15% de los préstamos hipotecarios firmados en España tienen estos índices.

Una de las características de este índice es que ha sido siempre más elevado que el Euribor, índice más comúnmente empleado para referenciar la remuneración en las hipotecas. Nótese cómo a partir de 2009 esta diferencia es cada vez mayor, con especial atención a 2012 y 2013.

Año	Euribor*	IRPH Bancos**	IRPH Cajas**	IRPH Conjunto de entidades
2006	2,833	3,52	3,65	3,591
2007	4,064	4,78	4,84	4,811
2008	4,498	5,6	5,63	5,611
2009	2,622	4,68	5,2	4,983
2010	1,232	2,487	3,025	2,810
2011	1,550	2,68	3,14	2,918
2012	1,837	3,63	3,79	3,716
2013**	0,575	3,09	3,57	3,216

- * Índice de enero de cada año
- ** Desde el 1 de noviembre dejó de publicarse por el Banco de España IRPH Bancos e IRPH Cajas, se sigue publicando IRPH de Entidades como vemos en el cuadro siguiente.

Año	Euribor*	IRPH de Entidades**
2014	0,562	3,274
2015	0,298	2,44
2016	0,042	2,01

- * Índice de enero de cada año
- ** Según la disposición adicional 15ª de la ley 14/2013 este índice (IRPH Entidades) sustituye tanto al IRPH Bancos como al IRPH Cajas más un diferencial, como tendremos ocasión de comprobar.

2.- Cálculo del IRPH

La cuestión del cálculo del IRPH es muy relevante al objeto de nuestro análisis, pues como veremos al analizar las sentencias que declaran nula la cláusula que incluye el IRPH, los demandantes han alegado que se trata de un índice “manipulable” o “influenciable” por parte de las entidades que lo predisponen precisamente en los contratos de préstamo como índice de referencia, como veremos al analizar las sentencias en el apartado correspondiente.

Es en el Anexo VIII de la Circular del Banco de España 8/1990, donde se recoge el método de cálculo de este índice en sus tres variantes.

El “Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años de bancos” (IRPH de Bancos) se calculaba como la media simple de los tipos de interés medios ponderados por los principales de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria de plazo igual o superior a tres años para adquisición de vivienda libre que hayan sido iniciadas o renovadas en el mes al que se refiere el índice por el conjunto de bancos.

La misma definición cabe para “Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años de cajas de ahorro” (IRPH de Cajas), solo que referido “al conjunto de cajas de ahorro”.

Por último, el “Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años del conjunto de entidades” (IRPH del conjunto de Entidades): se define como la media simple de los

tipos de interés medios ponderados por los principales de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria de plazo igual o superior a tres años para adquisición de vivienda libre, que hayan sido iniciadas o renovadas en el mes a que se refiere el índice por los bancos, las cajas de ahorros y las sociedades de crédito hipotecario.

Por su parte, a partir de 1 de noviembre de 2013, el “tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en España” que se aplica en sustitución de los desaparecidos IRPH Bancos e IRPH Cajas, se calcula aplicándole un diferencial equivalente a la media aritmética de las diferencias entre el tipo que desaparece (IRPH bancos o IRPH cajas) 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 (Disposición Adicional Decimoquinta de la ley 14/2013 de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.)

Para profundizar más sobre la forma en que se calcula este índice, es interesante el Informe emitido por el Banco de España (Departamento Jurídico) de fecha 2 de junio de 2015. Dicho Informe en realidad es un cuestionario respondido por el organismo supervisor, remitido por el Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Burgos a petición de la parte demandante. Su objetivo es tratar de demostrar la manipulabilidad por las entidades de este índice. En este procedimiento se juzga la posible nulidad de la cláusula a través de la cual Kutxabank incluyó el IRPH Cajas en los préstamos con garantía hipotecaria.

El Banco de España, con apoyo en la normativa descrita, deja claro lo siguiente respecto al índice IRPH Cajas (ya desaparecido):

a) El IRPH Cajas se calculaba a partir de de datos facilitados por las propias cajas cada mes (Circular del Banco de España 5/2012, norma decimosexta, apartado 4)

b) El dato facilitado por cada caja era el tipo de interés medio ponderado por los principales de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria de plazo igual o superior a tres años para adquisición de vivienda libre que hubieran sido iniciadas o renovadas en el mes. (Disposición transitoria segunda, apartado b) de la Circular del Banco de España 5/2012) Estas medias facilitadas por cada Caja de Ahorros incluye las comisiones, ya que el tipo declarado es la Tasa Anual Equivalente, por tanto, el coste total

del crédito, no exclusivamente el precio del dinero. Por tanto, el aumento de comisiones por parte de una de las Cajas incrementaría automáticamente el resultado del IRPH Cajas.

c) El calculo realizado con dichos datos por el banco de España era una media simple, en el que todas las cajas tenían el mismo peso específico independientemente del volumen de préstamos concedidos por cada una.

d) Al cierre de 2007, el registro del Banco de España listaba 46 cajas de ahorros. Si todas las Cajas de Ahorros aportaban sus datos al Banco de España para el cálculo del IRPH Cajas, cada una de ellas tenía un peso específico igual y equivalente a un 2,1739% cada una. Si por ejemplo, se redujeran a la mitad el número de Cajas de Ahorros, 32, cada caja de Ahorros tendría un peso específico igual y equivalente a un 4,3478% cada una. En definitiva, que el peso específico de cada Caja podía calcularse mediante el cociente $100/n$ siendo n el número de Cajas.

e) Al cierre del año 2007, el volumen de crédito a la clientela de Kutxa y de Caixa Pollença era respectivamente de 14.783.281.000 euros y 259.148.000 euros. Por su parte, el de La Caixa era de 162.214.787.000 euros, 11 veces superior a Kutxa y 600 veces superior a caixa Pollença. Pese a la gran diferencia de volumen, las tres Cajas descritas en el ejemplo tenían el mismo peso específico en el cálculo del IRPH Cajas.

f) Suponiendo un escenario con 46 Cajas de Ahorros, si 45 de ellas mantienen el tipo de interés y la Caja restante lo sube un 1%, el resultado del IRPH Cajas aumentará en un 0,0217%. Si, en el mismo supuesto, esa Caja restante lo sube un 2%, el resultado del IRPH Cajas aumentará en un 0,0435%

g) Cada Caja de Ahorros podía influir en el resultado del IRPH Cajas aumentando los intereses aplicados por ella, y que el aumento en el tipo resultante tendrá una correlación exacta con el número de cajas existentes en el mercado.

h) Si una Caja de Ahorros aumentara los tipo de interés de sus hipotecas con objeto de influir en el resultado del IRPH Cajas, la pérdida de cuota de mercado que experimentaría no afectaría en absoluto a su peso específico en el IRPH Cajas por tratarse de un media simple y no ponderada.

3.- Evolución jurídica de la aplicación de los distintos IRPH y el régimen de sustitución de los mismos

a) Desde el 20 de septiembre de 1990 al 29 de abril de 2012

Según la Norma Sexta Bis de la Circular del Banco de España 8/1990, se consideraban oficiales los siguientes índices o tipos de referencia:

- a) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre concedidos por los bancos. IRPH Bancos
- b) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda libre concedidos por las cajas de ahorro. IRPH Cajas
- c) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda libre concedidos por el conjunto de las entidades de crédito. IRPH Conjunto de entidades.
- d) Tipo activo de referencia de las cajas de ahorro.
- e) Tipo de rendimiento interno en el mercado secundario de la deuda pública de plazo entre 2 y 6 años.
- f) Tipo interbancario a un año (MIBOR), exclusivamente para los préstamos hipotecarios formalizados con anterioridad al 1 de enero del año 2000.
- g) Referencia interbancaria a un año.

b) Desde el 29 de abril de 2012 a la actualidad

Las razones esgrimidas por el Banco de España para la modificación de los índices de referencia de los préstamos hipotecarios se encuentra en las memorias del Servicio de Reclamaciones de esta entidad supervisora referidos a 2012 (página 327). Tal cambio obedece a *“la necesidad de adaptarlos a la mayor integración de los mercados a escala europea y nacional, y por aumentar las alternativas de elección de tipo, ajustándolos al coste real de obtención de recursos por las entidades de crédito.”*

Así, según el Artículo 27 de la Orden 2899/2011 de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (y la norma Decimocuarta de la Circular del Banco de España

5/2012) se consideran tipos de interés oficiales:

- a) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en España. (IRPH Entidades)
- b) Tipo medio de los préstamos hipotecarios entre uno y cinco años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en la zona euro.
- c) Tipo de rendimiento interno en el mercado secundario de la deuda pública de plazo entre dos y seis años.
- d) Referencia interbancaria a un año (Euribor).
- e) Permuta de intereses/Interest Rate Swap (IRS) al plazo de cinco años.
- f) El Mibor, exclusivamente para los préstamos hipotecarios formalizados con anterioridad al 1 de enero de 2000 conforme a lo previsto en el artículo 32 de la Ley 46/1998, de 17 de diciembre, sobre introducción del euro.

La Disposición transitoria única de la Orden 2899/2011 creó un régimen transitorio de índices o tipos de referencia ante la desaparición de algunos de ellos (en particular IRPH Bancos e IRPH Cajas) como hemos visto en el artículo 27 anterior. Así, *“los índices o tipos de referencia que se publicaran con carácter oficial y estuvieran siendo empleados en préstamos a interés variable a la entrada en vigor de esta orden, continuarán siendo considerados aptos a todos los efectos”*.

Este régimen transitorio dio problemas a los consumidores que acabaron en el Servicio de Reclamaciones del Banco de España. Así, en la memoria de este servicio del año 2012, (Expediente R-201213994), el reclamante solicitaba que se le aplicase a su préstamo hipotecario el tipo de interés del Euribor+1 que se había pactado en la escritura como sustitutivo del IRPH de cajas, para el caso de que este último índice desapareciera, pues sostenía que este último había dejado de ser oficial a la entrada en vigor de la Orden 2899/2011, el 29 de abril de 2012. La entidad por su parte alegó que, mientras no se establezca el régimen de transición, el IRPH de cajas aplicado es plenamente vigente y correcto. Dado que no se había cumplido aún un año desde la entrada en vigor de la orden y de su normativa desarrollo, y que tampoco había sido establecido el régimen de

transición para los préstamos afectados. El informe dictado por este Servicio fue favorable a la actuación de la entidad, pues se entendió que respetó lo pactado en el contrato y en la normativa vigente. El Servicio de Reclamaciones del Banco de España considera que el 29 de abril de 2012 los tipos de interés de referencia que dejaron de ser oficiales fueron el IRPH Cajas, el IRPH Bancos y el Tipo CECA. No obstante, mientras dichos índices sigan publicándose, continuaron siendo índices válidos para aquellos préstamos y créditos que a la entrada en vigor de la orden citada los tuvieran como índice de referencia. La desaparición completa de dichos índices se producirá más tarde, el 6 de octubre de 2013, siempre que en ese plazo se haya aprobado el correspondiente régimen de transición. En todo caso, el Banco de España siguió publicando mensualmente tanto el “Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por los bancos” (IRPH Bancos) como el “Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las cajas de ahorros” (IRPH Cajas), hasta el 1 de noviembre de 2013, como veremos a continuación.

En efecto, la desaparición completa de los citados índices se debía producir transcurrido un año de la entrada en vigor de la Orden 2899/2011 que se produjo efectivamente el 29 de abril de 2012. La desaparición completa debía tener lugar por tanto el 29 de abril de 2013, (Disposición Final Quinta 2).

No obstante, la Disposición transitoria única (Régimen transitorio de índices o tipos de referencia¹) dice 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”*. La “normativa de desarrollo” a que se refiere esta Disposición transitoria única se llevó a efecto mediante Circular del Banco de España 5/2012, que entró en vigor el 6 de octubre de 2013

Por su parte, el “correspondiente régimen de transición para los préstamos afectados” se dictó en septiembre de 2013, con la publicación de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.

En la Disposición adicional decimoquinta de esta ley se fijó el “Régimen de transición para

la desaparición de índices o tipos de interés de referencia”, en virtud del cual, con efectos desde el 1 de noviembre de 2013, el Banco de España dejó de publicar entre otros el IRPH Bancos y el IRPH Cajas, produciéndose su desaparición completa en los préstamos o créditos hipotecarios. Como sustitución, el punto 2 de la mencionada Disposición adicional decimoquinta estableció que las referencias a los tipos previstos en el apartado anterior (se refiere en nuestro caso a IRPH Bancos e IRPH Cajas) serán sustituidas, *“con efectos desde la siguiente revisión de los tipos aplicables, por el tipo o índice de referencia sustitutivo previsto en el contrato.”*

Y continuaba la Disposición adicional decimoquinta diciendo que, *“en defecto del tipo o índice de referencia previsto en el contrato o en caso de que este fuera alguno de los índices o tipos que desaparecen, la sustitución se realizará por el tipo de interés oficial denominado 'tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en España', aplicándole un diferencial equivalente a la media aritmética de las diferencias entre el tipo que desaparece y el citado anteriormente, calculadas con los datos disponibles entre la fecha de otorgamiento del contrato y la fecha en la que efectivamente se produce la sustitución del tipo.”*

En resumen, tanto el IRPH Bancos como el IRPH Cajas dejaron de tener la consideración de tipos oficiales de referencia para las nuevas operaciones hipotecarias realizadas tras la entrada en vigor de la Orden 2899/2011, que no fue efectiva hasta noviembre de 2013. Para los contratos de préstamo hipotecario que con anterioridad a esa fecha incluían como referencia estos tipos, se sustituyeron, o bien por lo previsto en la escritura de préstamo hipotecario, o en caso contrario por el índice que señala la ley 14/2013, en su Disposición adicional decimoquinta: el 'tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en España', pero no con carácter directo, sino que a este tipo se le aplicaría 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

4.- Problemática jurídica del IRPH a través de sentencias judiciales

La anulación del IRPH incorporado en las escrituras de préstamos hipotecario se ha llevado a cabo por los tribunales respecto de sus modalidades previas su sustitución en 2013, en particular IRPH de Cajas e IRPH de conjunto de entidades.

Para analizar las cuestiones planteadas sobre la anulación del IRPH por las sentencias analizadas, vamos a dividir las cuestiones en diversos apartados:

a) Sobre la “manipulabilidad” de las entidades de crédito del índice IRPH

Ya hemos visto cómo se calcula el índice IRPH en todas sus variantes, en particular el IRPH Cajas, así como su evolución jurídica hasta la situación actual de tipos sustitutivos establecida por la ley 14/2013 en su disposición adicional decimoquinta. Vamos a analizar ahora esta cuestión desde las sentencias dictadas por los tribunales que se han ocupado de enjuiciar la nulidad del mencionado índice.

Antes de comentar en detalle las sentencias analizar, es menester aclarar algunos aspectos sobre la naturaleza de los tipos de interés a aplicar en general en préstamos referenciados a índices variables.

Así, según el artículo Artículo 26.1 de la Orden 2899/2011, en el caso de préstamos concedidos a tipo de interés variable, las entidades de crédito únicamente podrán utilizar como índices o tipos de referencia aquellos que cumplan las siguientes condiciones:

a) 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.

b) Y que los datos que sirvan de base al índice o tipo sean agregados de acuerdo con un procedimiento matemático objetivo.

Hasta la entrada en vigor de la Orden 2899/2011, el 29 de abril de 2011, operaba la Orden 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos

hipotecarios, que en su artículo 6.2 establecía un criterio similar: *“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.

b) Que los datos que sirvan de base al índice sean agregados de acuerdo con un procedimiento matemático objetivo.”

Sin embargo, tanto el IRPH de Cajas/Bancos como el IRPH de entidades, así como el que posteriormente sustituyó a los dos primeros, se calculan a partir de datos facilitados por las propias entidades. Como reconoce en su punto 4 la Norma Decimosexta de la Circular del Banco de España 5/2012:

“Los bancos, las cajas de ahorros, la Confederación Española de Cajas de Ahorros y las sucursales en España de entidades de crédito extranjeras deberán presentar mensualmente al Banco de España, dentro de los quince primeros días de cada mes (o en el primer día hábil posterior a dicha quincena, si el último día de la misma fuese inhábil), información de los tipos de interés medios ponderados de determinadas operaciones, realizadas en España, con el sector privado residente en España, denominadas en euros, que hayan sido iniciadas o renovadas en el mes anterior, al objeto de que el Banco de España confeccione y publique ciertos índices o tipos de referencia del mercado hipotecario.

Por tanto, y como recogen algunas sentencias, la conclusión es que el IRPH, tanto en su versión bancos y Cajas, como en su versión como tipo sustitutivo (“conjunto de entidades”) no son tipos objetivos al ser fácilmente manipulables por las propias entidades.

La primera de las sentencias que recoge esta cuestión de la “manipulabilidad del IRPH” es la dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº1 de Donostia, en su sentencia nº156/14 de

29 de abril de 2014. Según la misma, su Fundamento de Derecho Quinto, dice lo siguiente:

La mayor insistencia de la parte actora se centra en lo manipulable del IRPH Cajas, que considera se conforma con una decisiva participación de la parte demandada. Se acogerá la alegación de la parte demandada que en el hecho segundo de su contestación explica que "..... 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 ... ", 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 CCv que dispone "La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes". No tiene porqué 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 el reciente proceso de concentración de estas entidades han ido desapareciendo muchas de ellas, con lo que tal posibilidad (de la que no hay constancia en autos), se habría incrementado para las que subsistieron, En definitiva, algún fundamento tiene el reproche que se hace en la demanda porque, apartando por peyorativo el término "manipulable", lo que resulta indudable es que 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 dato tiene relevancia porque no hay constancia en la escritura de constitución del préstamo de que advierta de algo semejante, o que se explique, al menos, 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 CCv. Al margen de que el índice se publique por el Banco de España, conocer esa circunstancia podría haber pesado en la decisión de los contratantes de elegir uno de los siete tipos oficiales que existían al tiempo de constituirse el préstamo con garantía hipotecaria.

Ese dato permite conectar con otra de las alegaciones que se hacen en la demanda, que es la falta de transparencia. Dicen los demandantes que no se respetaron las previsiones que, al momento de suscribirse el contrato, establecía el ordenamiento jurídico. 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, (...) 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 las entidades". Es decir, la norma que habilita en su DA 2' 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 6'.

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 CCv, 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 CCv acarrearía su nulidad.

Además los demandantes ostentan la condición de consumidores, y adquieren con el préstamo con garantía hipotecaria su vivienda habitual. Están amparados, en consecuencia, por las previsiones del 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, ya vigente al suscribirse el contrato el 13 de diciembre de ese año 2007, cuyo art 3 define tal concepto de consumidor, no negado por la parte demandada.

El art. 8 de tal norma establecía en la redacción que existía al momento de suscribirse, que era derecho básico de los consumidores y usuarios, en su apartado b), la protección de sus legítimas intereses económicos y sociales, en particular frente a prácticas comerciales y cláusulas abusivas, y en su apartado d), el derecho a información correcta sobre los diferentes bienes y servicios. El art 18 TRLGDCU en la redacción vigente al tiempo de firmarse el préstamo disponía que la presentación de los bienes y servicios debe ser de tal naturaleza que no induzcan a error al consumidor. A su vez el art. 60.1 decía que "Antes de contratar, el empresario deberá poner a disposición del consumidor y usuario de forma clara, comprensible y adaptada a las circunstancias la información relevante, veraz y suficiente sobre las características esenciales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas, y de los bienes o servicios objeto del mismo". En el caso analizado se constata la vulneración de tales previsiones, 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.

Como vemos, la sentencia reconoce que "algún fundamento tiene el reproche que se hace en la demanda porque (...) lo que resulta indudable es que 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. No obstante, el juez también constata que de tal posibilidad "no hay constancia en autos"

Por otra parte, el hecho de que este índice sea publicado por una normativa, no significa que necesariamente el consumidor lo deba de conocer. "No hay constancia en la escritura de constitución del préstamo de que advierta de algo semejante, o que se explique, al menos, 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 CCv.'" La consecuencia de ello, es que "en aplicación del art 6.3 CCv acarrearía su nulidad." El fallo de esta primera sentencia declaró la nulidad de la cláusula

que incorporaba en IRPH, entre otras consideraciones.

Recurrida esta sentencia, la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección Segunda, se pronunció sobre esta cuestión de la “manipulabilidad” en sentencia de 23 de enero de 2015 (nº19/2015) en los siguientes términos:

“Ciertamente, se señala por el Juez a quo, como una de las razones para apreciar la nulidad de la cláusula financiera tercera bis del contrato de préstamo con garantía hipotecaria suscrito en fecha 13 de Diciembre de 2.007, que la propia entidad demandante puede influir en la determinación del interés aplicable, con lo que queda comprometido lo dispuesto en el art. 1.256 del Código Civil, lo cual ha derivado en una diferencia sustancial con otro tipo de interés oficial, como es el Euribor y ha perjudicado a los prestatarios.

(...) Sin embargo tales alegaciones no pueden ser aceptadas, por cuanto que el índice de referencia cuestionado se elabora (...) realizando el cálculo de "a 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", sin que se haya justificado en modo alguno en los autos que sea factible dicha posibilidad de manipulación del referido índice. En efecto, y aún cuando se señala en la sentencia de instancia que en la determinación del mencionado índice puede influir la entidad demandada, sin embargo es lo cierto que no ha quedado dicho extremo justificado en las actuaciones, aún cuando pueda tener cierta incidencia, teniendo en cuenta la forma en que el mismo se determina, la fórmula utilizada y el cálculo verificado, mediante la elaboración de una media de los tipos de interés, con los datos ofrecidos por todas las Cajas de Ahorro, en atención a las operaciones realizadas, y ello en la misma forma que se elaboran el resto de los índices de referencia, entre ellos el Euribor, en cuya determinación participan igualmente varias entidades bancarias, dándose la circunstancia, en relación a este, de que, si bien es cierto que se ha justificado que el mismo mantuvo en los últimos años de vigencia del interés controvertido un nivel más bajo, sin embargo ha de tomarse en consideración la circunstancia de que no se han aportado a las actuaciones los datos relativos al nivel que presentaba el mismo en la fecha de la firma del contrato, época en relación a la cual ha de analizarse si, en comparación con él, el IRPH Cajas resultaba perjudicial para los contratantes, tal y como los mismos han pretendido y se ha estimado por el Juzgador de instancia.” (Fundamento de Derecho Quinto)

La Audiencia en esta sentencia revocó la nulidad dictada por el juzgado de lo mercantil número 1 de Donostia (Sentencia 156/14)

En parecidos términos se pronuncia la la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 9 de junio de 2015

“No cabe admitir los razonamientos de la sentencia de instancia en cuanto al carácter influenciado y manipulable del IRPH Entidades, puesto que, a) Se trata de un índice que sigue manteniéndose vigente después de la OM 2899/11 de 29 de octubre; b) su manipulación por parte de las entidades prestamistas solo podría conseguirse, bien falseando los datos proporcionados al Banco de España

(comunicando tipos de interés superiores a los realmente concedidos) o mediante un acuerdo del conjunto de las entidades para elevar sus tipos de interés. La primera posibilidad implicaría una conducta delictiva por parte de las entidades de crédito, que en modo alguno cabe admitir por cuanto la actividad bancaria es un sector ampliamente regulado y sometido al control de Banco de España que verifica las oportunas inspecciones en las que se detectaría tal falseamiento de datos; y la segunda posibilidad implicaría una práctica contraria a las normas de competencia que además de ser detectada, con las consecuentes sanciones, ninguna ventaja podría acarrear para las entidades que incurrieran en tal práctica; y c) Que el índice IRPH Entidades se vea influido por los tipos de interés a los que las entidades financieras suscriben los contratos de préstamo no determina que el mismo sea manipulable por dichas entidades, pues el consumidor es libre de suscribir o no el contrato de préstamo y acudir a otras entidades financieras”.

Esta parte de la sentencia ha sido posteriormente citada por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava. Sección Primera nº85/16, de 10 de marzo de 2016. Y asimismo, por último, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 15 de julio de 2015:

“El hecho de que el legislador estableciera el IRPH Cajas (...) como uno de los tipos de referencia oficiales del mercado hipotecario no constituye una lesión de la situación jurídica del consumidor (...) El equilibrio se daría si la entidad financiera pudiera influir en la configuración del índice, no por el hecho de que su actuación, por la forma de cálculo del mismo, incida en él.”

No obstante, existen asimismo sentencias donde se viene a reconocer el carácter influenciado del índice IRPH por las entidades. Así, la sentencia número 79 del juzgado de primera instancia número 3 de Huelva, de 12 de abril de 2016 dice textualmente en su fundamento de derechos segundo:

“Respecto a la definición del tipo de interés IRPH Entidades y las conclusiones que se desprenden del informe emitido por el Banco de España obrante en autos, cabe afirmar que se elabora a partir de los datos que mensualmente le remiten las entidades de crédito, todas y cada una. Una vez que el Banco de España recibe los datos remitidos por las entidades de crédito, sin realizar ningún tipo de ponderación, sin utilizar ningún tipo de coeficiente corrector que evite la distorsión que suponen aquellos datos que se desvían exageradamente de la tónica general, elabora directamente esa media simple que determina la cuantía del IRPH, de manera que resulta una realidad incontestable que se trata de un tipo de interés obtenido necesaria y exclusivamente a partir de los datos resultantes y de la participación y comportamiento de las propias entidades de crédito en el mercado hipotecario financiero español, esto es, de una de las partes del contrato, que con su comportamiento contribuye a la determinación de un índice de referencia que, posteriormente, aplicará en los contratos que ella misma ha suscrito con sus clientes. De esta manera, las entidades financieras, influyen en el valor absoluto del tipo de interés IRPH de ese mes, valor que en las correspondientes revisiones se imponía a la totalidad de los clientes que tenían su préstamo referenciado al citado índice.”

Hay que destacar, a diferencia de las sentencias previas comentadas, que en este caso el juez cuenta como prueba el informe solicitado al Banco de España para que explique

cómo se forma el índice IRPH, en el sentido que hemos visto en un apartado anterior de este informe. No obstante, la declaración de nulidad por abusiva de esta cláusula no se fundamenta directamente en la “manipulación” o mejor dicho la influencia de las entidades en la configuración del IRPH, sino que partiendo de este hecho, afecta a la comprensibilidad y claridad de la cláusula, fallando en este caso concreto los dos controles de transparencia, el de inclusión y el posterior de comprensibilidad: *“el índice controvertido sobre el que se calcula el tipo de interés forma parte del precio y, consecuentemente, sólo podrá pretenderse una declaración de nulidad basada en el carácter abusivo de la cláusula atacando su claridad y comprensibilidad.”*

Esta relación entre el carácter “influenciable” del IRPH y su conexión con la falta de transparencia de la cláusula que incluye el IRPH, se hace más evidente en sendas sentencias del juzgado de lo mercantil número 7 de Barcelona, número 65-2015 y 66-2015 de fecha 16 de marzo de 2015 ambas. Asimismo, tales sentencias al admitir la influencia de las entidades en la configuración del IRPH, ello supone vulnerar normas de naturaleza administrativa o incluso el propio Código Civil, lo que en aplicación del art. 6.3 CCv acarrearía ya su nulidad.

En la primera de las sentencias mencionadas, 65-2015, el fundamento jurídico séptimo (que toma parte de su argumentación del Juzgado de lo Mercantil nº1 de Donostia, en su sentencia nº156/14 de 29 de abril de 2014) dice así:

“El índice IRPH se conforma con una decisiva participación de la parte demandada. El dato es admitido por la demandada aunque sostenga que no es manipulable por ser un índice oficial. Lo es sin duda, y corresponde su determinación al Banco de España cuanto se indica profusamente en la contestación no es óbice, sin embargo, para que analizarse si cabe su manipulación. Y admitido que las entidades son las que facilitan los datos para que se elabore; cabe concluir que la concreción de la cuantía del índice se verifica con datos que facilitan tales entidades 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 tanto, la entidad demandada influye en el importe del índice que se utiliza. Además ante la progresiva disminución del número de cajas, esa influencia ha ido creciendo. Queda comprometido, por tanto, lo dispuesto en el año 1256 CCv que dispone “La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes”.

(...)

El dato tiene relevancia porque no hay constancia en la escritura de constitución del préstamo de que advierta de algo semejante, o que se explique, al menos, 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 CCv. Al margen de que el índice se publique por el Banco de España, conocer esa circunstancia; es decir, la posibilidad de que una decisión comercial del prestamista pueda influir directamente, y en medida relevante dado el escaso número de cajas, en el impone del índice de referencia, podría haber pesado en la decisión de los contratantes de elegir de los siete tipos oficiales que existían al tiempo de constituirse el préstamo con garantía hipotecaria.

Ese dato permite conectar con otra de las alegaciones que se hacen en la demanda, que es la falta de transparencia. Dicen los demandantes que no se respetaron las previsiones que, al momento de suscribirse el contrato, establecía el ordenamiento jurídico. (...) La Orden de 5 de mayo de 1994 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 Entidades 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. (...)

La entidad demandada admite que el índice e elabora con los datos que ella misma, y facilitan con tal fin. Por lo tanto, el índice utilizado es influenciado. En consecuencia, el IRPH Entidades, 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 CCv. 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 CCv acarrearía su nulidad, como ha reiterado la jurisprudencia.

(...)

En el caso analizado se constata la vulneración de tales previsiones, 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 (...) No se aporta documental alguna que acredite que se les facilitó a los consumidores información (...) en concreto sobre la influencia que podía tener la propia entidad prestamista en la determinación del tipo de interés.

(...)

La trascendencia de la falta de información viene acrecentada por el hecho de que la aplicación del índice IRPH resulta más gravosa para el consumidor o cliente que la aplicación de un tipo como el Euribor (...) El índice IRPH cajas se ha situado siempre por encima del Euribor, y ha implicado que los consumidores paguen una mayor cantidad de intereses que en el caso de que se hubiese aplicado el índice Euribor."

Esta sentencia del juzgado de lo mercantil número 7 de Barcelona, número 65-2015 declara la nulidad de la cláusula que incluye el IRPH en la escritura no sólo como consecuencia del control de transparencia, es decir, de comprensibilidad real del significado de la cláusula IRPH, sino que reconoce la manipulabilidad de este índice, cuya consecuencia es su nulidad:

*“La referencia al IRPH Entidades sin explicitar la influencia que la prestamista tiene en su conformación y cuantificación supone la vulneración de las normas antes expuestas, de naturaleza imperativa, es decir, el artículo 1256 CCv, el art. 60.1 del TRLGDCU, y la disciplina bancaria antes mencionada (...)
Apreciándose la nulidad conforme la previsión del art. 8.1 LCGC y 6.3 CCv, debe declararse nula la estipulación tercera bis en cuanto dispone como índice del interés variable el IRPH.”*

En idéntico sentido se expresa la sentencia número 66-2015 del mismo juzgado y la sentencia del juzgado de lo mercantil número 3 de Valencia, número 270/15 de 18 de noviembre de 2015, que expresamente se apoya en aquella en su fundamento de derecho quinto y que sentencia asimismo la nulidad de la cláusula que incorpora el IRPH.

Como conclusión a este punto, para determinar la influencia de las propias entidades en la configuración del IRPH es esencial que, más allá de meras opiniones, exigen pruebas que así lo acrediten. Acreditas éstas como hemos visto en algunas sentencias (juzgado de lo mercantil número 7 de Barcelona, por ejemplo), tal carácter influenciado puede abocar a la anulación de la cláusula que incorpora el IRPH a tenor del artículo 6.3 del Código Civil, por vulneración de normas administrativas que definen la naturaleza de los “tipos oficiales” aplicables en los préstamos a interés variable, así como la prohibición de que el contrato quede al arbitrio de una de las partes (artículo 1256 del CCv). No obstante las sentencias, demostrada la manipulación del índice de referencia, abordan en particular la cuestión de la falta de transparencia en el conocimiento y naturaleza de este índice o bien su carácter desequilibrante de los derechos y obligaciones respectivas de las partes en la relación.

B) Sobre la consideración de abusiva de la cláusula que incluye el índice IRPH en los préstamos con garantía hipotecaria

La mayoría de las sentencias analizadas declaran la abusividad de las cláusulas financieras que incluyen al IRPH como índice de referencia en las escrituras de préstamo hipotecario. Hay que hacer notar que para tales fallos, los juzgadores utilizan los mismos argumentos jurídicos expuestos por el Tribunal Supremo para juzgar las “cláusulas suelo”,

reproduciendo en particular partes de la sentencia de 9 de mayo de 2013.

En este sentido, la sección segunda del juzgado de lo mercantil de Murcia, en su sentencia 248/2015 de 20 de octubre de 2015 dice en su fundamento jurídico segundo que al ser la fluctuación del IRPH *“muy limitada en cuanto a la variabilidad del interés, y por tanto realiza una función parecida desde el punto de vista económico para las entidades de crédito a la que realiza la cláusula suelo, es decir deja el interés muy lejos del que se fija mediante el euribor, y es casi fijo, de tal forma que entiendo que es aplicable la doctrina de la cláusula suelo a esta materia.”*

En razón de ello, para analizar la abusividad de la cláusula que incorpora el índice IRPH, vamos a establecer las siguientes partes:

1. La naturaleza de “condición general” de la cláusula que incluye el índice IRPH en las escrituras de préstamo hipotecario.

Como paso previo a declarar la nulidad por abusiva de esta cláusula financiera, es necesario verificar si nos encontramos ante una condición general ya que en general las entidades de mandadas niegan el carácter de condición general a esta cláusula, aduciendo que se negocia de forma particular con el consumidor, al objeto de evitar aplicar la ley de condiciones generales de la contratación y sus consecuencias.

La primera de las sentencias que planteó el tema de la abusividad de la cláusula financiera que incorpora como índice el IRPH, fue dictada como hemos visto por el Juzgado de lo Mercantil nº1 de Donostia, en su sentencia nº156/14 de 29 de abril de 2014 (y en el mismo sentido la sentencia 32/2015, del mismo juzgado). Según la misma, su Fundamento de Derecho Quinto, dice lo siguiente:

“Se trata, además de una condición general de la contratación, tal y como las define el art.1 LCGC, que como señaló el § 142 de la STS 9 mayo 2013, rec. 485/2012 aludiendo al interés en el caso del contrato de préstamo, pues allí se analizaron “cláusulas suelo”. Dice el art. 8.1 LCGC “serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en e/las se establezca un efecto distinto para el caso de contravención”. Pues bien, como se expresó antes, 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 CCv, 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.”

La sentencia de la Audiencia Provincial de Guipuzcoa, Sección Segunda (nº19/2015), no se pronunció sobre la cuestión de una condición general, pero revocó la sentencia que declaraba la abusividad de esta cláusula en primera instancia.

Más amplias son las argumentaciones ofrecidas por la Audiencia Provincial de Álava, sección primera, en su sentencia de 10 de marzo de 2016 (sentencia 85/16). En su fundamento jurídico segundo dice lo siguiente:

La recurrente (Kutxabank) (...) al tratarse de la cláusula tercera bis del objeto principal del contrato y estar referenciado al IRPH con un tipo de interés variable más un margen del 0,50%, asegura que fue negociado con el prestatario al igual que el resto de las cláusulas en las que figuran las condiciones financieras fundamentales del contrato (capital, plazo, tipos de interés, forma de amortización,...).

En relación con el tipo de interés, las partes negocian en función de las preferencias del cliente, se aplicará un tipo fijo, un tipo variable o ambos en periodos diferenciados. (...) Prueba de ello es que Kutxabank ha concedido préstamos a tipos fijos y otros a tipo variable, en ese caso los clientes han podido elegir el IRPH entidades, TRPH cajas, el Euribor, y cada uno de estos con diferentes márgenes.

El art. 1 LCGC que establece que son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos. La STS de 9 de mayo de 2.013 que trata de las cláusulas suelo calificándolas como abusivas indica en su apartado 137 en relación a este artículo que la exégesis de la norma ha llevado a la doctrina a concluir que constituyen requisitos para que se trate de condiciones generales de la contratación los siguientes:

a) Contractualidad: se trata de "cláusulas contractuales" y su inserción en el contrato no deriva del acatamiento de una norma imperativa que imponga su inclusión.

b) Predisposición: la cláusula ha de estar prerredactada, siendo irrelevante que lo haya sido por el propio empresario o por terceros, siendo su característica no ser fruto del consenso alcanzado después de una fase de tratos previos. En particular en el caso de los contratos de adhesión.

c) Imposición; su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes -aunque la norma no lo exige de forma expresa, dada su vocación de generalidad. debe ser impuesta por un empresario-, de tal forma que el bien o servicio sobre el que versa el contrato nada más puede obtenerse median/e el acatamiento a la inclusión en el mismo de la cláusula.

d) *Generalidad: las cláusulas deben estar incorporadas a una pluralidad de contratos o estar destinadas a tal fin ya que, como afirma la doctrina, se trata de modelos de declaraciones negociales que tienen la finalidad de disciplinar uniformemente los contratos que van a realizarse.*

En el apartado 144 indica que el hecho de que las condiciones se refieran al objeto principal del contrato en el que están insertadas no es obstáculo para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de la contratación, ya que estas se definen en el proceso seguido para su inclusión en el mismo. (...) No excluye la naturaleza de condición general el cumplimiento por el empresario de los deberes de información exigidos por la regulación sectorial.

La carga de la prueba de que una cláusula prerredactada no está destinada a ser incluida en pluralidad de ofertas de contrato dirigidos por un empresario o profesional a los consumidores recae sobre el empresario (apartado 165). En el mismo apartado también dice que la prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta debe calificarse como impuesta por el empresario cuando el consumidor no puede influir en su supresión o en su contenido, de tal forma que, o se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula, o debe renunciar a contratar. No puede equipararse la negociación con la posibilidad de escoger entre pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación aunque varias de ellas procedan del mismo empresario.

(...)
Abundando en lo anterior la STS 9 de mayo de 2.013 dice que en determinados productos y servicios tanto la oferta como el precio o contraprestación a satisfacer por ellos están absolutamente predeterminados. Quien pretende obtenerlos, alternativamente, deberá acatar las condiciones impuestas por el oferente o renunciar a contratar (apartado 156), como sucede con los servicios bancarios y financieros (apartado 157). Y en este caso la apelante no desvirtúa el razonamiento de la sentencia de instancia cuando señala que no hay rastro documental que permita apreciar la existencia de alguna oferta de otra opción para acogerse a otros índices oficiales, para llegar a la conclusión de que a la cliente se le ofreció el préstamo con el tipo de interés variable referenciado al IRPH pudiendo ésta simplemente aceptarlo o rechazarlo. (...)

Fue la entidad quien redactó la cláusula tercera bis en este contrato, cláusula idéntica a la introducida en otros contratos de préstamo similares, sin posibilidad de que el cliente introdujese cambios. Ni siquiera queda constancia de que Kutxabank le permitiese elegir entre varias ofertas, el actor únicamente pudo expresar su consentimiento a la firma del contrato de préstamo.

En suma, siguiendo la doctrina de la STS de 9 de mayo de 2.013 y otras dictadas por el Alto Tribunal, la Sala considera que las cláusulas cuestionadas en el presente litigio son condiciones Generales de la Contratación, redactadas por la entidad bancada sin posibilidad de que el cliente interviniese en su contenido, e incorporadas a otros contratos de préstamo similares con la misma redacción. La cláusula y las condiciones que contiene se dieron a conocer al cliente, hubo una información precontractual, pero no una negociación individualizada con el Sr....
(...) El motivo no puede prosperar.

En idénticos términos se expresan la sentencia 13/2016, de 15 de enero de 2016 del juzgado de lo mercantil número 2 de Bilbao; y la sección primera de la Audiencia provincial de Álava, en sentencia número 188/16 de 31 de mayo de 2016, fundamento jurídico segundo, para concluir señala que “la cláusula cuestionada en el presente litigio

constituye una condición General de la Contratación, redactadas por la entidad bancaria sin posibilidad de que el cliente interviniese en su contenido, e incorporada a otros contratos de préstamo similares con la misma redacción. La cláusula y las condiciones que contiene se dieron a conocer al cliente, hubo una información precontractual, pero no una negociación individualizada (...) la cláusula de interés fue predispuesta, aunque lo fuera sobre la base de operaciones, pues tal hecho no acredita que el interés finalmente aceptado fuera efectivamente negociado.”

Sobre la cuestión de que la información precontractual no determina una negociación individualizada, es interesante la sentencia de la sección segunda del juzgado de lo mercantil (248/2015 de 20 de octubre de 2015) ya que aborda la cuestión de una novación hipotecaria en la que el tipo de interés nuevo es distinto al anterior. Sin embargo, considera las cláusulas de interés IRPH de cajas de ahorro como condiciones generales predispuestas por las partes y así dice en su fundamento jurídico tercero que.

“Se infiere de la demanda que estamos ante una cláusula tipo y no una cláusula pactada ad hoc, y ello fundamentalmente por que la complejidad de la cláusula y el hecho de ser menos conocida en el mercado hipotecario que la famosa cláusula euribor, hace pensar que el actor desconocía dicha cláusula y que fue la parte demandada quien la impuso en la negociación además del conjunto de condicionantes que se dan en torno a este caso, como ahora veremos. No obstante la demandada alega que dicha cláusula se pactó de forma concreta, hubo tractos previos, y tampoco estaba en el préstamo anterior que se canceló, además que se firmó una oferta vinculante. Ahora bien, que la cláusula no fuera la misma que la del préstamo previo que se canceló no significa que el actor tuviera toda la información al respecto para tomar una decisión completa y con arreglo a los principios de transparencia, como veremos a continuación. Por lo tanto estamos ante una cláusula genérica de un contrato de préstamo hipotecario, pactada para operaciones de este tipo, y que tiene por lo tanto los caracteres de una condición general de los contratos, porque no hay manifestaciones de ese pacto individual más allá de las manifestaciones de los empleados de la demandada que acuden al juicio.

(...)

En este caso, los actores aducen un desconocimiento de la cláusula, y no existe otro medio probatorio que lo desvirtúe que el testimonio del empleado Sr. José Manuel y Sra. Reyes , un testimonio parcial en cuanto empleado de la oficina y que no aporta ninguna prueba objetiva de sus manifestaciones; pues aun cuando se firmó una oferta vinculante, basta la lectura de la misma en concreto la cláusula c) del apartado interés, para entender que dicha cláusula no basta con incluirla en un contrato para que se entienda negociada, sino que es necesario que consten unos tractos una negociación que como se ha dicho no consta, de tal forma que se considera una explicación pormenorizada de la misma, y que se pruebe que el actor pudo acudir a otro tipo de cláusula tipo euribor, y en este sentido no hay prueba alguna, por lo que estamos ante una condición general impuesta por el demandado.”

Con mayor profundidad abordan esta cuestión las sentencias del juzgado de lo mercantil número 7 de Barcelona, número 65-2015 y 66-2015 de fecha 16 de marzo de 2015 ambas.

La primera de ellas, en su fundamento jurídico quinto dice:

“La referida cláusula es una condición general de la contratación en atención a las siguientes circunstancias.

a) Es una cláusula contractual, no derivando su inserción en el contrato del cumplimiento de una norma imperativa que impusiese su inclusión.

b) La cláusula ha sido prerredactada por la entidad bancaria, limitándose los consumidores a adherirse en el préstamo hipotecario mediante escritura de 29 de Agosto de 2005, sin que hayan participado en la negociación de la cláusula referida.

No aporta la demandada, elemento probatorio alguno que certifique que se produjo una negociación individualizada de la cláusula tercera bis relativa al índice de referencia de préstamos hipotecarios

No consta intercambio de carta, mails o correos electrónicos, ofertas o contraofertas en los que por las partes se propusiesen otros índices alternativos al IRPH. Ninguna prueba se realiza al respecto salvo una mera afirmación imprecisa de la demandada.

e) La cláusula la objeto de litis ha sido impuesta por una de las partes, en este caso la entidad bancaria. No se aporta elemento probatorio que certifique una redacción conjunta de la misma, ni una negociación previa.

La documental obrante en autos asevera que la entidad bancaria impuso la cláusula contractual en litis y redactó el contenido de la misma, limitándose los demandantes a adherirse a las cláusulas establecidas en la escritura de préstamo hipotecario concedido.

Debe señalarse así mismo que el eventual conocimiento de la existencia de la cláusula por la parte actora, no impide que nos encontremos ante una cláusula impuesta por el profesional del contrato concertado, dado que como ha resultado acreditado los demandantes no tenía opción alguna de influir en el contenido de la cláusula o en la supresión de la misma. Las alegaciones de a demandada equiparando conocimiento de la existencia de la cláusula con negociación individual, resulta desde cualquier punto de vista improcedentes.

d) La cláusula cuya nulidad, es una cláusula general orientada conforme a la práctica bancaria a ser incorporada a una pluralidad de contratos concertados por la entidad financiera.

Es por ello, que no cabe si no calificar a la cláusula tercera bis del contrato de préstamo hipotecario, como una condición general de la contratación.”

Estos criterios son también adoptados por el juzgado de lo mercantil número 3 de Valencia, en su sentencia número 270/15 de 18 de noviembre de 2015.

Idéntica argumentación asimismo emplea el mismo juzgado en la sentencia 66/2015, si bien en este caso se trata de una subrogación en el préstamo hipotecario del promotor con posterior novación referido al aumento de capital, modificación de tipo de interés y plazo de amortización. Pues bien, pese a que se trata de un supuesto en el que los consumidores han renegociado ciertas condiciones del préstamo, igualmente aquí se considera la cláusula que incorpora el índice IRPH como condición general que no tuvieron ocasión de negociar:

“En la propia escritura (...) se establece una remisión a la escritura de préstamo hipotecario original en relación a los intereses pactados bajo la modalidad de interés variable. No consta ni se infiere negociación alguna en relación a dicha cláusula de interés. Debe destacarse que la cláusula no aparece inserta en la escritura de subrogación de préstamo hipotecario de 29 de Diciembre de 2000 ni en la ampliación de capital, modificación de tipo de interés y amortización. No aporta la demandada prueba alguna que acredite siquiera que se le dio traslado a los actores de la escritura de préstamo original en la cual se incluía la cláusula relativa al IRPH. Sin dicho traslado difícilmente pudo producirse una negociación individualizada respecto a la cláusula tercera bis del contrato de préstamo hipotecario.”

Para tratar de acreditar que no estamos ante una condición general de la contratación, las entidades alegan que no hay predisposición de la cláusula ni imposición, ni generalidad, tres elementos que configuran la definición de condición general.

En este sentido, la sentencia 227/2015 de 29 de junio de 2015, del juzgado de lo mercantil número 1 de Donostia expone una buena síntesis argumentativa para desbaratar estas pretensiones de las entidades demandadas:

“Puede concluirse sobre tal predisposición porque basta revisar la redacción de la cláusula primera relativa al tipo de interés, para constatar que resulta altamente improbable que un profano en actividades financieras o jurídicas pudiera haberlo expresado en semejantes términos.

(...)

Se niega también su imposición. Dice la STS 29 abril 2015, rec. 1072/2013, FJ 9º.9, que “Hay “imposición” de una cláusula contractual, a efectos de ser considerada como condición general de la contratación, cuando la incorporación de la cláusula al contrato se ha producido por obra exclusivamente del profesional o empresario. Así resulta de lo previsto en el art. 3.2 de la Directiva 1993/13/CEE. No es necesario que el otro contratante esté obligado a oponer resistencia, ni que el consumidor carezca de la posibilidad de contratar con otros operadores económicos que no establezcan esa cláusula. La imposición supone simplemente que la cláusula predispuesta por una de las partes no ha sido negociada individualmente. (...) No hay rastro documental (...) que permita apreciar la oferta de alguna opción para acogerse a otros índices también oficiales. Ante tal falta de

prueba, lo que se concluye (...) es que a la cliente se le ofreció el préstamo referenciado al IRPH, pudiendo ésta sencillamente aceptarlo o rechazarlo.

Finalmente se caracteriza por su generalidad, es decir, su incorporación a una pluralidad de contratos, lo que propicia que se discipline de manera uniforme una determinada fórmula o producto. Esta característica también concurre en la fijación del índice IRPH CAJA, pues no se incluye en préstamos con garantía hipotecaria de modo excepcional o aislado, sino de forma muy extendida y generalizada entre los que se constituyeron con Kutxa. No lo niega la demandada frente a la alegación al respecto por la actora en el hecho segundo de la demanda, sino que sus extensas explicaciones al respecto ratifican tal impresión, por lo que conforme al art. 405.2 LEC puede tenerse por acreditada.

Cabe concluir, en definitiva, que en el caso de la cláusula de este contrato nos hallamos ante una condición general de la contratación.”

Como conclusión de este punto, cabe resumir que el hecho de que las cláusulas de un contrato definan el objeto principal del contrato en el que están insertadas no es óbice para que una cláusula contractual pueda llegar a ser calificada como condición general de la contratación. Éstas se definen en el proceso seguido para su inclusión en el mismo. No basta con incluir una cláusula en un contrato para que se entienda negociada, sino que es necesario que consten unos tractos una negociación que quienes imponen dicha cláusula deben probar.

En este sentido, es importante constatar que no excluye la naturaleza de condición general el cumplimiento por las entidades de los deberes de información exigidos por la regulación sectorial bancaria (órdenes de “transparencia” de 1994 o 2011, en su caso). Ni tampoco puede equipararse la negociación con la posibilidad de escoger entre pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales. Las sentencias comentadas reconocen que hubo una información precontractual, pero ello no significa automáticamente que existió una negociación individualizada.

2. El índice IRPH como elemento definidor del objeto principal del contrato

Una vez queda claro que las sentencias comentadas declaran como “condición general” la cláusula contractual que incluye el IRPH como índice de referencia, es necesario analizar si las entidades de crédito analizadas cumplieron con su obligación de informar de manera pormenorizada a los respectivos consumidores del significado jurídico y económico que para él podía derivarse de la inclusión de la cláusula en el contrato o, si en su caso, existe desequilibrio contractual entre derechos y obligaciones respectivas de las

partes.

Ello exige analizar previamente la naturaleza jurídica de la cláusula que define el índice de referencia IRPH (o sus sustitutivos) en orden a comprobar si se trata de una condición que describe el objeto principal del contrato, con las consecuencias que de ello se derivan, tal y como estableció el Tribunal Supremo mediante sentencia de 9 de mayo de 2013, referidas a cláusulas suelo.

Las entidades demandadas, en sus alegaciones plantean en general la imposibilidad de conocer el fondo de la cuestión, es decir, el control judicial del índice IRPH, en tanto que el mismo constituye parte del precio del contrato suscrito. Lo que buscan los consumidores con sus demandas, exponen las demandadas, es modificar el precio del contrato, es decir, el precio que se abona por el mismo, cuestión sobre la que no puede pronunciarse el juez.

Sobre la cuestión del índice IRPH como parte del precio, la cuestión es compleja. Hay tribunales que consideran que como tipo de interés, el IRPH no constituye parte del objeto principal del mismo y, por tanto, cabe entrar como juzgadores en el fondo de la cuestión, es decir, en la abusividad intrínseca de la cláusula por provocar, en su caso, desequilibrio entre las partes. Así lo reconoce la sentencia 227/2015 de 29 de junio de 2015, del juzgado de lo mercantil número 1 de Donostia, fundamento jurídico cuarto:

“Los tribunales puede que no estén para evaluar si el precio convenido fue alto o bajo, o la calidad mucha o poca, pero desde luego si están para 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.

Para concluir ha de añadirse un último argumento. Cuando el art. 4.2 de la Directiva habla de la "definición del objeto principal del contrato" debe entenderse se refiere a aquéllos 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 CCv, 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, el interés no es la causa del contrato para el prestamista, según nuestro Código Civil, ni 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 CCv cuando define el simple préstamo.

La propia STS 9 mayo 2013, rec. 485/2012 lo entiende así en su § 188 cuando explica: "En este contexto, la literalidad de Directiva 93113/CEE: las "cláusulas que describan el objeto principal del contrato" y a "la definición del objeto principal del contrato", sin distinguir entre "elementos esenciales" y "no esenciales" del tipo de contrato en abstracto -en el préstamo no es esencial el precio ni siquiera en el préstamo mercantil, a tenor de los artículos 1755 CC y 315 del CCom)-, sino a si son "descriptivas" o "definidoras" del objeto principal del contrato concreto en el que se incluyen o, por el contrario, afectan al 'método de cálculo' o 'modalidades de modificación del precio', doctrina reiterada en STS 8 septiembre 2014, rec. 1217/2013. En definitiva, al analizar el interés de un préstamo no se entra en el objeto principal, sino en una cláusula que pese a lo frecuente sigue siendo accesoria en nuestro ordenamiento jurídico, en el que no constituye parte del objeto principal contratado.

De ahí que las objeciones que opone Kutxabank S.A. no puedan acogerse y haya de analizarse la cuestión planteada."

En los mismos términos, la sentencia 32/2015 de 09_02_2015 del mismo tribunal, (fundamento jurídico tercero); la sentencias número 156/2014, de 29 de abril, fundamento jurídico cuarto (revocada por Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, sección segunda número 19/2015); la sentencia del juzgado de lo mercantil número 3 de Valencia, en su sentencia número 270/2015, de 18 de noviembre; las sentencias números 65/2015 y 66/2015 del juzgado mercantil número 7 de Barcelona, en sus sentencias de 16 de marzo. En estas sentencias, no obstante, no se aborda el desequilibrio interno que la cláusula pueda provocar entre las partes, sino que la anulación de la misma se deriva de la falta de control de incorporación y transparencia.

Abunda por último en la consideración de elemento no principal del contrato del índice IRPH y por tanto de su posibilidad de control de contenido por el juez, la sentencia 103/2015, de 07 de abril, fundamento jurídico tercero letra b, del juzgado de lo mercantil número 1 de Donostia en estos términos:

"Siguiendo la interpretación del TJUE, máximo intérprete de la normativa de la Unión Europea, cabe por lo tanto llevar a cabo el control de abusividad. Además, lo cierto es que en aplicación del principio de interpretación estricta, en el presente caso la cláusula objeto de discusión no puede ser incluida en la categoría de

"objeto principal del contrato" .

Si nos fijamos en el hecho de que el Código Civil configura el contrato de préstamo como un contrato esencialmente gratuito (art.1740) no necesariamente retribuido mediante intereses (artículo 1.755) y en el que las prestaciones de las partes serían la entrega del dinero y la devolución de la misma cantidad (art.1740), no cabe sino concluir que la cláusula relativa, no ya solo a la previsión de intereses, sino más concretamente, al tipo de referencia que se va a tener en consideración para calcularlos, no puede calificarse de elemento esencial del contrato, sino un elemento accesorio que no puede incluirse dentro del ámbito de exclusión del artículo 4.2. de la Directiva

(...)

Por lo tanto, la cláusula tercera bis entra dentro del ámbito de control de abusividad de la Directiva 93/13/CEE."

Hay sentencias, por otro lado, que aun considerando que la cláusula IRPH "(...) *defina el objeto principal del contrato no impide el control de abusividad por la normativa española como señalan las SSTs de 2 de marzo de 2011 y 9 de mayo de 2013 y la muy reciente de 29 de abril de 2015*" (...) y por tanto "la posibilidad de control de contenido de condiciones generales cláusulas referidas al objeto principal del contrato". Así lo pone de manifiesto la sentencia 13/2016, de 15 de enero de 2016 del juzgado de lo mercantil número 2 de Bilbao en su fundamento jurídico segundo punto 5.

No obstante esta jurisprudencia menor, sentencias posteriores discrepan de esta consideración de los intereses como elemento no principal del contrato y por tanto de la consiguiente posibilidad de control de contenido o abusividad por parte del juez.

Así, las sentencias de la sección primera de la Audiencia provincial de Álava, número 85/2016 y 188/2016, de 10 de marzo de 2016 y 31 de mayo de 2016 respectivamente, exponen en idénticos términos lo siguiente (ambas en su fundamento jurídico tercero):

"La sentencia de instancia (se refiere a la sentencia 158/2015 de 15 de junio de 2015 del juzgado de lo mercantil número 1 de Vitoria-Gasteiz) declaró que el tipo de interés remuneratorio no forma parte del objeto principal del contrato de préstamo sino que es "una cláusula que pese a lo frecuente, sigue siendo accesorio en nuestro ordenamiento jurídico, en el que no constituye parte del objeto principal contratado". Concluye que es una cláusula accesorio porque el contrato de préstamo es por naturaleza un contrato gratuito ex art. 1.775 y ss CC, una parte entrega dinero u otro bien que deberá ser devuelto, el interés o precio pactado es un elemento accesorio que depende de las partes.

El recurrente defiende lo contrario, que el interés es un elemento esencial o natural del contrato de préstamo, la jurisprudencia es pacífica al entender que las operaciones de financiación que las entidades crédito formalizan con sus clientes son contratos mercantiles, onerosos y sinalagmáticos, en los que el interés

constituye la remuneración por el dinero prestado, cuyo cobro es para las entidades la causa del contrato. Siendo un elemento esencial del contrato, la cláusula no puede ser objeto de control jurisdiccional por su carácter abusivo, cuestión que la parte apelada no comparte.

Sobre si la cláusula que define el precio del contrato es un elemento esencial del contrato de préstamo la STS de 9 de mayo de 2.013 en el párrafo 188 indica: 'En este contexto, la literalidad de Directiva 93/13 CEE: las cláusulas que describan el objeto principal del contrato' y a 'la definición del objeto principal del contrato' sin distinguir entre 'elementos esenciales' y 'no esenciales' del tipo de contrato en abstracto -en el préstamo no es esencial el precio ni siquiera en el préstamo mercantil, a tenor de los artículos 1755 CC y 315 CCom- sino a si son 'descriptivas' o 'definitorias' del objeto principal del contrato concreto en el que se incluyen o, por el contrario, afectan al 'método de cálculo " o "modalidades de modificación del precio'.

'189. En el caso sometido a nuestra decisión, las cláusulas suelo forman parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario. Definen el objeto principal del contrato.

190. En consecuencia, debe confirmarse en este extremo la sentencia recurrida: las cláusulas suelo se refieren al objeto principal del contrato y cumplen una función definitoria o descriptiva esencial'.

Si las cláusulas suelo forman parte del objeto principal del contrato como dice en éstos párrafos el Tribunal Supremo, con más razón las cláusulas del contrato de préstamo que determinan el interés remuneratorio definen el objeto principal del contrato.

(...)

Entendemos que, el hecho de que la cláusula de interés variable defina el objeto principal del contrato, no impide el control de abusividad (SSTS de 2 de marzo de 2011 y la muy reciente de 29 de abril de 2015). Sin embargo, parece que existe cierta contradicción entre esta última sentencia de 18 de junio de 2.012 y la dictada con anterioridad por el Tribunal Europeo de 3 de junio de 2.010 al interpretar la Directiva y la LCGC que la transpone.

La sentencia de 9 de mayo de 2.013 aclara el problema planteado en este motivo de recurso, transcribimos todos sus párrafos para que no haya dudas:

'2.2. El limitado control de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato.

191. Sin embargo, el hecho de que una cláusula sea definitoria del objeto principal no elimina totalmente la posibilidad de controlar si su contenido es abusivo.

192. Es cierto que, como regla, no es susceptible de control, ya que el considerando decimonoveno de la Directiva 93/13 indica que '[...] la apreciación del carácter abusivo no debe referirse ni a cláusulas que describan el objeto principal del contrato ni a la relación calidad/precio de la mercancía o de la prestación', y el artículo 4.2 que '[L]a apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida [...]'.
193. Pero, como sostiene la STJUE de 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C-484/08 , apartado 40 '[...]no

se puede impedir a los Estados miembros que mantengan o adopten, en todo el ámbito regulado por la Directiva, incluido el artículo 4, apartado 2, de ésta, normas más estrictas que. Las establecidas por la propia Directiva, siempre que pretendan garantizar al consumidor un mayor nivel de protección", y, según el apartado 44, los artículos 4, apartado 2, y 8 de la Directiva deben interpretarse en el sentido de que "[...] no se oponen a una normativa nacional [...], que autoriza un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible".

194. Esta posibilidad de que la normativa nacional autorice el control de las cláusulas que definen el objeto principal del contrato se reitera en el apartado 49 de la expresada STJUE de 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, según el cual 'los artículos 2 CE, 3 CE, apartado 1, letra g), y 4 CE, apartado 1, no se oponen a una interpretación de los artículos 4, apartado 2, y 8 de la Directiva según la cual los Estados miembros pueden adoptar una normativa nacional que autorice un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible', y, de hecho, la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, modificó la Directiva 93/13/CEE añadiendo el artículo 8 bis a fin de que los Estados miembros informen a la Comisión si adopta disposiciones que '[...] hacen extensiva la evaluación del carácter abusivo a las cláusulas contractuales negociadas individualmente o a la adecuación del precio o de la remuneración'.

195. En aplicación de tal doctrina esta Sala en las SSTS 401/2010, de 1 de julio, RC 1762/2006; 663/2010, de 4 de noviembre. RC 982/2007; y 861/2010, de 29 de diciembre, RC 1074/2007, apuntaron, más o menos obiter dicta [dicho de paso] la posibilidad de control de contenido de condiciones generales cláusulas referidas al objeto principal del contrato. Esta posibilidad, sin embargo, fue cegada en la sentencia 406/2012, de 18 de junio, RC 46/2010, que entendió que el control de contenido que puede llevarse a cabo en orden al posible carácter abusivo de la cláusula, no se extiende al del equilibrio de las "contraprestaciones" - que identifica con el objeto principal del contrato- a las que se refería la LCU en el artículo 10.1.c en su redacción originaria, de tal forma que no cabe un control de precio.

2.3. Conclusiones.

196. De lo expuesto cabe concluir:

- a) Que las cláusulas suelo examinadas constituyen cláusulas que describen y definen el objeto principal del contrato.
- b) Que, sin perjuicio de lo que se dirá, como regla no cabe el control de su equilibrio.

197. Sin embargo, 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.'

El subrayado es nuestro, queremos distinguir estas conclusiones en cuanto que resuelven el problema planteado por el recurrente. La sentencia deja claro que las cláusulas que definen el objeto principal del contrato no pueden estar sujetas al control de abusividad referido al precio del contrato de préstamo, aunque se las puede someter al doble control de transparencia.

En nuestro caso, en cuanto que la cláusula tercera bis se refiere a la remuneración que el cliente debe abonar a la entidad bancada por el préstamo, debe ser calificada como cláusula que define el objeto principal del contrato, por tanto, no cabe el control del precio, solo podemos analizar el control de transparencia, que comprende el control de inclusión, la información que se le dio al cliente, y el control de comprensibilidad, si llegó a entender el contenido de la cláusula y lo que significa.”

Hemos omitido, por su extensión la exposición completa que de esta espinosa cuestión realiza en ambas sentencias el fundamento jurídico tercero, pero baste como prueba para poner de relieve la complejidad de una cuestión que no parece resuelta.

En cualquier caso, y como conclusión a este apartado, estas sentencias de las Audiencias manifiestan claramente que los intereses forman parte del objeto principal del contrato y por tanto, el juez no puede entrar a valorar la abusividad intrínseca de la cláusula, en nuestro caso la que incorpora al contrato el IRPH, mediante el ejercicio del control de contenido en orden a comprobar si producen desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes contratantes. Para ello utiliza como sustento de la argumentación, como hemos visto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, sentencia sobre las “cláusulas suelo”.

3. Control de incorporación y de transparencia de la cláusula del IRPH

Ahora bien, que el índice IRPH sea elemento esencial del contrato como parece que se inclinan a considerar las sentencias de las Audiencias provinciales analizadas en el punto anterior, no excluye la aplicación del doble control formal, de inclusión y de transparencia o comprensibilidad real de la cláusula del IRPH en cuestión.

La sentencia 65/2015 del juzgado mercantil número 7 de Barcelona, en su fundamento jurídico séptimo, dice al respecto:

“Acreditado que la cláusula contractual en litigio es una condición general de la contratación deberá acreditarse por la parte demandada que cumplió con su obligación de informar de manera pormenorizada a su cliente del significado jurídico y económico que para él podía derivarse de la inclusión de la cláusula en el contrato.

El vigésimo considerando de la Directiva 93/13 en el indica que 'los contratos deben redactarse en términos claros y comprensibles, que el consumidor debe contar con la posibilidad real de tener conocimiento de todas las cláusulas', y el artículo 5 dispone que 'en los casos de contratos en que todas las cláusulas propuestas al consumidor o algunas de ellas consten por escrito, estas cláusulas deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensible'.

Ahora bien, el artículo 80.1 TRLCU dispone que "en los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente (...) aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos:

- a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa (...)*
- b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido'.*

Lo que permite concluir que, además del filtro de incorporación (...) El control de transparencia (...) cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo.

En este segundo examen, la transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su contenido y, en concreto, para impedir que se analice si se trata de condiciones abusivas. Es preciso 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."

Esta misma conclusión acoge la sentencia número 270/2015 del juzgado de lo mercantil número 3 de Valencia, de fecha 18 de noviembre de 2015, en su fundamento quinto.

La sentencia del juzgado de lo mercantil sección segunda de Murcia, también acoge en su esencia la resolución del juzgado mercantil número 7 de Barcelona. Así, en su sentencia 248/2015, de fecha 20 de octubre dice:

“Aun reconociendo que la cláusula en cuestión se refiere a un elemento principal del contrato y cumple una función definitoria y descriptiva esencial, al referirse al precio del mismo, la STS concluye que ello no elimina la posibilidad de controlar judicialmente si su contenido es abusivo, debiendo someterse al doble control de transparencia que seguidamente describe.

En ese control la STS (se refiere a la sentencia de 9 de mayo de 2013, sobre cláusulas suelo) parte de la base del cumplimiento de la normativa estatal sobre concesión de préstamos hipotecarios contenida en OM de 5 de mayo de 1994 que 'comienza por la entrega al solicitante de un folleto informativo, sigue con una oferta vinculante que incluya las condiciones financieras (entre ellas, en su caso, tipo de interés variable y límites a la variación del tipo de interés), posible examen de la escritura pública por el prestatario durante los tres días anteriores al otorgamiento y, por último, se formaliza el préstamo en escritura pública, estando obligado el notario a informar a las partes y a advertir sobre las circunstancias del interés variable, y especialmente si las limitaciones a la variación del tipo de interés no son semejantes al alza y a la baja' y considera que dicha normativa "garantiza razonablemente la observancia de los requisitos exigidos por la LCGC para la incorporación de las cláusulas de determinación de los intereses y sus oscilaciones en función de las variaciones del Euribor." Por lo que llega a la conclusión de que "Las condiciones generales sobre tipos de interés variable impugnadas, examinadas de forma aislada, cumplen las exigencias legales para su incorporación a los contratos (...)

Pero superado es primer filtro, considera la STS que ello no impide eludir el control de abusividad de una cláusula en contratos con consumidores en los que la transparencia de las cláusulas no negociadas incluye el control de la comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato, de conformidad con el 80.1 TRLCU

(...)

SEXO:

Vista la regulación contenida en la reciente STS, procede aplicar dicha doctrina al caso concreto que se enjuicia en el presente procedimiento, pues como se dijo en anteriores fundamentos, la función que realiza la cláusula de interés IRPH de cajas de ahorro es similar, pues supone un interés mucho más alto que el derivado del euribor, en cuanto no oscila con tanta facilidad y es más bien un interés casi fijo. Y del análisis de la escritura de préstamo hipotecario de fecha 9 de mayo de 2006, se desprende que las cláusulas de índice de referencia IRPH de cajas de ahorro allí referida, no supera el control de transparencia establecido en la comentada STS y, por lo tanto, procede la declaración de su nulidad. (...)

- a) Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.*
- b) No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar.*
- c) 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.*

(...)

No hay prueba que se le explicara de forma íntegra la misma. Y aunque existe oferta vinculante al respecto, hay que decir que la misma no es clara (...) En definitiva, y a la vista de la prueba obrante en autos, con carácter previo no se le hizo una información cumplida y completa de la extensión de dicha cláusula de referencia al interés IRPH de cajas de ahorro, de tal forma que el conocimiento no es un conocimiento completo que hacen que dicha cláusula no sea transparente al actor y por ende nula.

En base a lo anterior, y siendo que la cláusula impugnada en el presente procedimiento, no supera los requisitos de transparencia precisos para la comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato, debe estimarse la demanda en este punto, declarando, de conformidad con los

artículos 80.1 , 82 y 83 del RDL 1/2007 , LGDCU, la nulidad y eliminación de la cláusula tal y como se solicita, resultando el contrato válido y obligatorio para ambas partes pero sin la cláusula impugnada.”

Por su parte, la reciente sentencia del juzgado de primera instancia número 3 de Huelva, número 79/2016 de 12 de abril de 2016 hace una exposición de la cuestión en similares términos:

“En este caso, el índice controvertido sobre el que se calcula el tipo de interés forma parte del precio y, consecuentemente, sólo podrá pretenderse una declaración de nulidad basada en el carácter abusivo de la cláusula atacando su claridad y comprensibilidad, habiendo distinguido el Tribunal Supremo (sentencia de 9 de mayo de 2013 , reiterada en sus sentencias de 8 de septiembre de 2014 y 24 y 25 de marzo de 2015) dos niveles en el control de transparencia.

El primer filtro del control de transparencia afecta a la fórmula de incorporación al contrato conforme a los siguientes preceptos de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC): artículo 5.5 (...) y artículo 7 (...).

Superado ese primer nivel, pasamos al segundo en el que se determinará cómo se incorporó la cláusula al contrato, esto es, qué información se dio al cliente de forma previa y en el mismo momento de la contratación de su existencia y contenido, para alcanzar la convicción de si aquél era o no consciente de las consecuencias jurídicas y económicas que comportaba su inclusión en el contrato. Si no superara la cláusula este segundo control, podrá entrarse en el examen de su abusividad.

Pues bien, en relación con el primer control de transparencia, además de los preceptos citados de la LCGC, el artículo 80.1.a) TRLGDCU dispone:

“1. En los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente, incluidos los que promuevan las Administraciones públicas y las entidades y empresas de ellas dependientes, aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos:

a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa , sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual.”

b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido . En ningún caso se entenderá cumplido este requisito si el tamaño de la letra del contrato fuese inferior al milímetro y medio o el insuficiente contraste con el fondo hiciese dificultosa la lectura.

TERCERO.- A entender de la actora, dichas cláusulas son nulas por los siguientes motivos:

Por falta de transparencia al no haberle informado la entidad bancaria al consumidor de cómo se calculaban esos índices (...). Se debe recordar que la cuestión básica se centra en la carga de la prueba, sin que se pueda obviar, que, como tiene establecida la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de Mayo de 2013, compete a la demandada la carga de demostrar que la contraparte tuvo posibilidad de negociación en tales términos, y acreditar el grado de información que el Banco haya suministrado al cliente, así como la forma y el momento en el que lo haya hecho, y que la carga de la prueba sobre la existencia de información recae sobre

la entidad financiera dado que de conformidad con el principio de facilidad probatoria (artículo 217.7 LEC) es quien está en mejor situación para probar ese hecho y así lo impone, y, porque la falta de información constituye un hecho negativo de imposible prueba para el cliente. El actor aduce un desconocimiento total de las cláusulas, y no existe otro medio probatorio que lo desvirtúe que el testimonio del empleado que no arroja luz alguna sobre los extremos de negociación afirmados por la demandada. Por el contrario, el demandante niega expresamente toda negociación, así como incide en que no se le ofrecieron otras alternativas, ni se realizaron simulaciones, ni se le entregó oferta vinculante.

Examinadas las referidas cláusulas, se debe considerar que no supera siquiera el primer control de inclusión porque no cumple el requisito de posibilidad de comprensión directa y completa; no ha acreditado la demandada que facilitara a los prestatarios ni información verbal ni otra escrita al respecto. Por lo tanto, no puede considerarse que la demandada diera al demandante la posibilidad real de conocer, siquiera de forma teórica, la definición completa del índice controvertido, y de conocer qué elementos se iban a tener en cuenta en la conformación del tipo que se le iba a aplicar, no superando la cláusula examinada el primer control de inclusión.

En relación al examen de la transparencia, es desarrollado por la Sentencia del Tribunal Supremo 241/2013, de 9 de mayo que fija los siguientes elementos reveladores de la falta de transparencia:

- a) Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.
- b) Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas.
- 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.
- e) se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor.

Para concluir con la jurisprudencia menor, la sentencia 13/2016, de 15 de enero de 2016 del juzgado de lo mercantil número 2 de Bilbao, en su fundamento jurídico segundo punto 6, declara incluso que

“La cláusula controvertida (se refiere a la que incorpora el IRPH) no supera el primer control de inclusión porque no cumple el requisito de posibilidad de comprensión directa y completa. En efecto, no solo no incluye la cláusula la definición íntegra del IRPH en cuestión, como se advierte si se compara el texto de la escritura pública con el del Anexo VIII referido (se refiere al que figura en la Circular 8/1990 del Banco de España) sino que tan siquiera se menciona en la misma la Circular que lo define ni el BOE en el que ésta fue publicada (...)

A esto hemos de añadir que no ha acreditado la demandada que facilitara a los prestatarios ni información verbal ni otra escrita al respecto, no conteniéndose tal información, como pretende, en el documento de oferta vinculante, documento que, además, no está ni fechado ni firmado, no pudiendo considerarse recibido. Por lo tanto, no puede considerarse que la demanda diera a los demandantes la posibilidad real de conocer, si quiera de forma teórica, la definición completa del índice controvertido, y de conocer qué elementos se iban a tener en cuenta en la

conformación del tipo que se le iba a aplicar; la escritura pública no dice que los tipos de interés medios ponderados serán los tipos anuales equivalentes (TAE) declarados al Banco de España, limitándose a decir que el IRPH es el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de 3 años. Y el carácter oficial del índice no puede rebajar la obligación de la entidad de informar y de redactar las condiciones generales en términos que su alcance pueda ser conocido en su integridad, tal y como exige la LCGC, pues en tal caso no prohibiría el artículo 80.1 TRLGDCYU la remisión a textos o documentos no facilitados, que, en este caso, tampoco existe.

Por lo tanto, no superando la cláusula examinada el primer control de inclusión debe estimarse nula de pleno derecho y expulsarse del contrato (artículo 8.1 LCGC), no resultando necesario el examen de transparencia y abusividad.

Nótese en esta sentencia la importancia que adquiere la documentación probatoria para el examen por parte del juez del primer control de inclusión. Y asimismo, advertimos que la comprensión de la cláusula, en este caso la “*definición completa del índice controvertido*” (artículo 7 de la ley de condiciones generales de la contratación) lo debe ser al menos “*de forma teórica*”, no precisando por tanto de una comprensión real y en profundidad de la cláusula, en este caso concreto de cómo funciona y opera el índice IRPH. Hay que recordar en este sentido que el Artículo 7 de la ley de condiciones generales de la contratación dice que “*no quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato (...) y b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles*” En este último caso añade, “*salvo que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato.*”

Visto ésto, continuamos con nuestro análisis de los controles de incorporación y transparencia. Las sentencias de las Audiencias provinciales también inciden en esta cuestión y resuelven declarando la nulidad en base a la no superación de estos controles formales, en particular en el transparencia o comprensibilidad real del IRPH por parte del consumidor y su significación económica en el contrato.

La Audiencia provincial de Álava, número 85/2016 de 10 de marzo de 2016 se expresa en los siguientes términos:

“La primera cuestión a dilucidar es si la información que se facilita, y en los términos en los que se facilita, cubre las exigencias positivas de oportunidad real de su conocimiento por el adherente al tiempo de la celebración del contrato, y las negativas de no ser ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles. (...) En

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

Procede ahora examinar si se cumplió el control de transparencia, es decir, si comprendió el significado de la cláusula y si la entidad ofreció otras alternativas más favorables para el cliente.

(...)

Descendiendo a nuestro caso resulta que la cláusula se dio a conocer al cliente, hubo una oferta vinculante que se trasladó al Sr. ... y se depositó en la Notaría donde se describía el interés remuneratorio como condición esencial del contrato. En esta información precontractual se destacaba el índice IRPH entidades, dando a conocer al Sr. ... que el tipo de interés variable a partir del primer año se calculará en base a este índice. Sin embargo, no consta explicación alguna por parte de Kutxabank al cliente sobre cómo se halla el IRPH. Tampoco se explica cómo se ha comportado el IRPH en los últimos años. La diferencia con otros índices oficiales de los que contiene la Circular 8/90 y su modificación en 1.994, Kutxabank pudo presentar gráficos similares a los que ahora trae el actor en su escrito de demanda, pero nada de esto consta, la demandada omitió todo tipo de explicación sobre la cláusula tercera bis.

(...)

Corresponde a Kutxabank acreditar que explicó al cliente la cláusula tercera bis que contiene el interés variable a partir del primer año, también corresponde a la entidad acreditar que ofreció al cliente otras alternativas, que el índice IRPH no fue la única propuesta, y que dentro del posible abanico el cliente pudo elegir, pero nada de esto ha acreditado.

(...)

Como dice la sentencia de 9 de mayo de 2.013, las cláusulas son lícitas siempre que su transparencia permita al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos. En este caso la cláusula aparece de forma destacada en la escritura pública, el actor no lo cuestiona, se trata una de las condiciones más importantes del contrato, la que afecta a su patrimonio, la suma de dinero que deberá devolver mensualmente al banco por el dinero prestado. Es por ello que no podemos declarar la abusividad de la cláusula en relación al precio del contrato. Ahora bien, la cláusula no puede pasar el filtro de la transparencia, se incorporó al contrato sin que la entidad bancaria se asegurase que el cliente comprendía su contenido, sin explicarle la forma de determinar este índice por el Banco de España ni las diferencias entre el IRPH y el resto de los índices, y su comportamiento en los últimos años. Y lo que es más importante, sin poder elegir entre este índice y otros como el Euribor que eran más ventajosos para el cliente y precisamente por esta razón se omitieron. Falta de transparencia que la Sala considera suficiente para declarar la nulidad de la cláusula tercera bis del contrato, ratificando así la sentencia de instancia.

En similares términos resuelve la Audiencia provincial en su sentencia 188/2016, de 31 de

mayo de 2016)

Como conclusión a esta parte hay que decir que la anulación de las cláusulas que incluyen el índice IRPH se basa fundamentalmente en el doble control de incorporación y transparencia, entendido este último como de comprensibilidad real del consumidor de los términos de la cláusula predispuesta.

Lo que de forma práctica se entiende por “comprensibilidad real” debe acreditarse por la entidad en base al cumplimiento de una serie de requisitos, sin que la mera información precontractual u oferta vinculante sirva para cumplir esta exigencia, si bien pueda servir en ocasiones para superar el primer filtro de control: el de inclusión de la cláusula en el contrato.

Así, se entiende por “comprensibilidad real” explicación fehaciente alguna por parte de la entidad al cliente sobre cómo se halla el IRPH, cómo se ha comportado el IRPH en los últimos años (como la presentación de gráficos), la diferencia con otros índices oficiales. Las sentencias reconocen que cuando un consumidor contrata un préstamo quiere abonar el menor interés posible, más cuando es una cantidad de principal tan importante. Las sentencias de las Audiencias provinciales reconocen que si las entidades hubiesen 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 consumidor demandante habría optado por el Euribor más un diferencial. Es aquí, precisamente, en el control de comprensibilidad real, donde se incluye la influencia que la entidad ejerce sobre el IRPH, cuya ausencia de explicación de este hecho constituye un elemento más que determina la falta total de transparencia.

4. Condenas y consecuencias de la anulación de la cláusula en su caso

Una vez analizadas las argumentaciones y criterios empleados por diversos tribunales para enjuiciar la posible abusividad de las cláusulas que incorporan a las escrituras de préstamo hipotecario el índice IRPH, es menester comentar las condenas que en sus casos acuerdan en los respectivos fallos. Es importante dar un apartado específico ya que afloran varias cuestiones.

Tratándose de la anulación de una cláusula y, como consecuencia según el artículo 1303 de CCv, de su eliminación desde el inicio del contrato, cabe plantearse si el juez establece un tipo sustitutivo en lugar del eliminado. Asimismo, es interesante conocer cómo los diferentes tribunales que se han ocupado de esta cuestión han acogido la doctrina del Tribunal Supremo recogida en su sentencia de 9 de mayo de 2013, en cuanto a la “irretroactividad” de las devoluciones de las cantidades cobradas indebidamente en virtud de las cláusulas de IRPH declaradas nulas en su caso.

En el Anexo a este documento extraigo los fallos de cada una de las sentencias comentadas en este informe.

En cuanto a la sustitución del tipo anulado y irretroactividad en su caso de la reintegración de cantidades consecuencia de la nulidad, condenadas a eliminar la cláusula, el juez procede a sustituir el índice IRPH declarado nulo por otros índices.

Así, la sentencia número 79 del juzgado de primera instancia número 3 de Huelva lo sustituye por el referenciado en la escritura. Y dice:

“La parte del contrato afectada por la no incorporación o por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y disposiciones en materia de interpretación contenidas en el mismo.” Siendo un contrato de préstamo con expreso pacto de intereses que previamente convinieron las partes, se impone la integración del contrato con el establecimiento de otro índice de referencia. Y habiéndose dejado de publicar (desde el 1 de noviembre de 2013 -Disposición adicional 15ª de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización) los tipos sustitutivos previstos en la escritura, la integración deberá hacerse con el tipo de referencia, el Euribor, al que se adicionará 4,25 puntos de diferencial previsto en la escritura.”

Hay que advertir que esta sentencia acoge el criterio de la irretroactividad sentado por STS y limitar sus efectos a 9 de mayo de 2013, argumentando *“que sobre esto hay ya doctrina uniforme del mismo Tribunal Supremo, fijada en pleno en sentencia de 25 de marzo de 2015”*

Por su parte, el juzgado de lo mercantil número 3 de Valencia en su sentencia número 240/2015 de 18 de noviembre de 2015 se manifiesta en estos términos.

“Es por ello, que en lo que respecta al presente litigio, no cabe sino concluir que procedería dejar inaplicada la cláusula declarada como abusiva, sin que sea posible sustituir la misma por otro tipo de interés menor. No obstante y dado que los demandantes, se oponen a ésta exclusión y solicitan expresamente en su demanda que se sustituya por un tipo menor y se le devuelvan “los intereses cobrados de más” en lugar de solicitar la devolución íntegra de los intereses cobrados a razón de una cláusula abusiva, (...) Así mismo procede sustituir el IRPH, declarado nulo, por el tipo Euribor más un punto de diferencial comprendido en la escritura matriz respecto a la cual se produjo la subrogación hipotecaria.”

En este caso, los demandantes solicitaron expresamente en su demanda que el índice anulado se sustituyera por uno menor devolviéndose los intereses cobrados de más. EL argumento que utiliza en este caso el tribunal es que *a fin de garantizar el principio de congruencia en las resoluciones y de conformidad con la STJUE de fecha 30 de Mayo de 2013 (TJCE 2013, 145) (Caso Dirk Frederik Asbeek Bruse/Jahani BV), (El Tribunal de Justicia ha precisado acerca de ello que cuando el juez nacional considere abusiva una cláusula contractual se abstendrá de aplicarla, salvo si el consumidor se opone a ello), procede condenar a la demandada a devolver los intereses cobrados de más.*

El juzgado de lo mercantil número 1 de Donostia en su sentencia número 156/20114 de 29 de abril de 2014 sostiene en su fundamento de derecho Sexto “*Sobre las consecuencias de la nulidad*”:

“En cuanto a los efectos que supone tal declaración, 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, 10 que visto el art 1303 CCv, 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 20 11, habrá de aplicarse el índice alternativo, Euribor más 1 %, debiendo la parte demandada reintegrar a los demandantes la diferencia entre 10 que se abonó aplicando el índice anulado y el citado índice supletorio.”

Nótese como el juez, al reconocer que no procede aplicarse ya el IRPH Cajas en virtud de su anulación, impone la previsión contractual que dispone como supletorio el Índice Euribor más un punto porcentual contenida en el párrafo cuarto de la estipulación tercera bis. Y añade que aunque la previsión contractual lo es para el caso de "desaparición" del índice señalado, considera equivalente su desaparición a su anulación.

En parecidos términos se expresa la sentencia del juzgado de lo mercantil número 1 de Donostia (sentencia 103/2015) cuyo fundamento de derecho sexto, "*Consecuencias de la nulidad*", recoge expresamente que:

"Los efectos de la declaración de nulidad de una condición general de la contratación, como es el caso, se someten a las normas generales en materia de obligaciones y contratos (artículos 9.2 y 10 de la LCGC), lo que hace que resulte de aplicación el artículo 1.303 del CC, que obliga a las partes contratantes a la recíproca restitución de las prestaciones (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, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes). La nulidad afecta solamente a la cláusula discutida, subsistiendo la eficacia del contrato en lo demás por no afectar a sus elementos esenciales (art.10 de la LCGC, en este mismo sentido párrafo 267 de la STS 241/2013).

En el presente caso se ha declarado la nulidad de la cláusula por la que se establece como índice de referencia para el cálculo del interés variable el IRPH CAJAS. Suprimido este, la parte demandante solicita su sustitución conforme a la previsión contractual (EURIBOR incrementado en un punto porcentual), lo cual se ha producido, y la restitución del importe abonado en concepto de intereses por la aplicación del IRPH CAJAS."

Una interpretación completamente distinta aplica la sentencia 65/2015 del juzgado de lo mercantil número 7 de Barcelona (y en idéntico sentido la sentencia 66/2015 del mismo tribunal), en cuyo fundamento de derecho Octavo, "*Consecuencias de la nulidad de índice IRPH en relación al Interés variable establecido en la cláusula tercera bis del contrato de préstamo hipotecario de 29 de Agosto de 2005*" dice:

"En cuanto a los efectos que supone tal declaración, dispone el art 9.2 LCGC que la sentencia que declare nulidad debe aclarar su eficacia conforme al artículo siguiente. Dicho art. JO 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 año 1303 CCv. obliga a la restitución recíproca de las prestaciones.

El art 1303 establece, para el caso de nulidad, la obligación de que las partes se restituyan el precio con sus intereses (...). Eso supone que al no poderse aplicar el IRPH Entidades, y siendo el préstamo contrato naturalmente gratuito conforme al

ano 1733 CCv, habrá de reintegrarse a lo demandantes la totalidad de lo percibido por interés desde la firma del contrato, junto con su interés legal desde la fecha de presentación de la demanda

(...)

Así pues, del tenor literal del apartado del citado artículo 6 (se refiere a la Directiva 93/13 de cláusulas abusivas) resulta que los jueces nacionales están obligados únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma. En efecto, el contrato en cuestión debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible.

(...)

Si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas (...) contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores. ”

En el mismo sentido, la sentencia 32/2015 9 de febrero de 2015 del juzgado de lo mercantil número 1 de Donostia, aunque en este caso argumenta que al considerar el contrato de préstamo como naturalmente gratuito, no establece tipo de sustitución.

“QUINTO.- Sobre las consecuencias de la nulidad

En cuanto a los efectos que supone tal declaración, 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 CCv, 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 Entidades, y siendo el préstamo contrato naturalmente gratuito conforme al art. 1755 CCv, habrá de reintegrarse a los demandantes la totalidad de lo percibido por interés desde la firma del contrato, junto con su interés legal desde la fecha de presentación de la demanda vistos los arts. 1100 y 1108 CCv, y la cifra que resulte de todo lo anterior, interés legal elevado en dos puntos desde hoy hasta la completa satisfacción de los demandantes conforme al art. 576.1 LEC.”

C) Otras cuestiones

Vamos a comentar en este apartado algunas otras cuestiones que han ido apareciendo en el curso de este análisis y que merecen un comentario específico

1. Vicio del consentimiento.

Aunque son muy pocas las sentencias que hacen mención al vicio del consentimiento como causa de la nulidad del contrato, merece la pena recoger una reflexión al respecto.

La sentencia de la audiencia provincial de Guipúzcoa sección segunda, sentencia 79/2015 de 31 de marzo,, considera a justada la sentencia dictada en primera instancia por el juzgado de lo mercantil número uno de Donostia (de la que no poseo la sentencia ni su referencia por aparecer tachada) dice:

SEGUNDO.- En efecto, habiéndose alegado por D. xxxx xxxxx xxxxx xxxxxxxx en su escrito de demanda, y a fin de justificar su pretensión de que se declare la nulidad de los contratos de novación y de fianza concertados con la entidad Kutxabank, S.A. en fecha 15 de Julio de 2.012, debido a que fueron otorgados por ellos tanto como por un error inexcusable sobre lo que era su esencia, como mediando dolo por parte de la referida entidad, lo que, en definitiva, implica que fue otorgado sin la concurrencia de los requisitos precisos que para la validez de los contratos determinan los artículos 1.254 y siguientes del Código Civil, dicha pretensión había de ser estimada y había de accederse a esa declaración de nulidad solicitada, desde el momento en que ha quedado acreditado en las actuaciones sin duda alguna, y tal y como se analiza en la sentencia dictada, en unos pronunciamientos que esta Sala asume, a fin de evitar reiteraciones inútiles.

(...)

CUARTO.- Desde luego, ha de tomarse en consideración la circunstancia de que el ordenamiento jurídico vela porque el consentimiento contractual se preste por los contratantes de forma libre y consciente, y, por ello, cuando el consentimiento de una de las partes ha sido fruto del error, de la coacción o del engaño, permite que el contratante que ha sufrido las interferencias en la formación de su voluntad de contratar solicite la nulidad del contrato en cuestión.

(...)

Por tanto, el error, que, con carácter general, es una falsa representación subjetiva de la realidad, debe recaer sobre la sustancia de la cosa objeto de contrato o condiciones de la cosa que hubiesen dado motivo a celebrarlo, es decir, debe ser sustancial o esencial, debiendo tratarse de un error excusable, esto es, no imputable a quien lo sufre y no susceptible de ser superado mediante el empleo de una diligencia media, según la condición de las personas y las exigencias de la buena fe, con arreglo a la cual el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente, ya que en tal caso ha de establecerse esa protección a la otra parte contratante, que la merece por la confianza infundida por esa declaración (así, entre otras SSTS 12 de noviembre de 2004, 17 de febrero de 2005, 17 de julio de 2006 y 11 de diciembre de 2006), y debe existir, finalmente, un nexo de causalidad entre el error sufrido y la celebración del contrato.

Y, por su parte, el dolo, para que pueda ser apreciado como viciante del consentimiento prestado, requiere el uso de maquinaciones engañosas, o conducta insidiosa del sujeto que lo causa, que puede consistir tanto en acciones como en omisiones, que la inducción que ocasionan las maniobras dolosas sobre la voluntad de la otra parte sean determinantes de la celebración del contrato de que se trate, que esa conducta sea grave y que no sea causado por tercero, ni

empleado por ambos contratantes, debiendo precisarse, tal y como señala la STS de 30 de diciembre de 2009, que es posible apreciar la concurrencia de vicio de consentimiento "en relación con una actuación omisiva de ocultación o falta de información a la otra parte de determinadas circunstancias que hubieran podido llevarle a no celebrar el contrato en caso de haberlas conocido".

QUINTO.- Y, sentado lo anterior, esta Sala considera ajustada a derecho la conclusión que alcanza el Juzgador de instancia en su resolución, tras valorar la prueba practicada en el curso del procedimiento, en el sentido de que no sólo la entidad Kutxabank, S.A. no ofreció a los demandantes D. xxxxxxxx xxxxxxxx xxxx la oportuna información sobre la novación que pretendía, evidenciando el incumplimiento de su deber de informar a sus clientes y, en definitiva, determinante del error que provocó en ellos e invalidante del contrato concertado, sino que, además, ocultó los términos de una parte de la referida novación, en concreto el extremo relativo a que el índice de referencia, para el interés variable, iba a ser el IRPH entidades, que fue finalmente establecido en el nuevo contrato concertado.

Por su parte, el juzgado de primera instancia número 3 de Huelva, número 79/2016 de 12 de abril de 2016 dice, un tanto confusamente:

CUARTO.- En el presente caso, la parte actora denuncia la falta de transparencia por información insuficiente provocando un vicio en el consentimiento del consumidor, y no consta que se haya simulado ningún escenario relacionado con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, y a corto plazo; la cláusula suelo aparece regulada en un párrafo cuya lectura aislada es comprensible, pero aparece enmascarado dentro de la redacción global del contrato, sin estar situada ni redactada con la importancia que tiene en tanto se refiere a un elemento esencial del contrato como es el precio, sino introducida de forma secundaria, no pudiendo derivarse hacia el Notario un deber de información que sólo correspondía cumplir al Banco, y que aquél no está obligado a suplir."

Como vemos esta sentencia, expresa en el fundamento jurídico cuarto al final, una mención sobre el hecho de que la falta de transparencia provoca "un vicio en el consentimiento del deudor". No podemos estar de acuerdo con esta apreciación.

La tradicional línea seguida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la jurisprudencia menor en orden a la protección de los consumidores en el ámbito de la contratación de productos financieros se ha basado en el error del vicio del consentimiento. Sin embargo, una protección objetiva del cliente, atendiendo a las obligaciones que deben cumplir la entidad hacia sus clientes responde mejor a la naturaleza y función de la protección que debe dispensarse a los clientes en estas prácticas de contratación bancaria.

En estos casos, se basa en la nulidad del contrato en la contravención de las normas imperativas que la legislación sectorial establece al respecto, en particular del cumplimiento de los deberes de transparencia real que deben considerarse implícitos en

los deberes generales de información de las entidades bancarias. Este planteamiento objetivo de la responsabilidad, que como hemos visto se sitúa en el incumplimiento de los especiales deberes de información, resulta más fácil la modulación del contrato que en los supuestos de nulidad por vicio del consentimiento.

Y en apoyo de esta tesis, las sentencias números 65/2015 y 66/2015 del juzgado mercantil número 7 de Barcelona, en sus sentencias de 16 de marzo dicen textualmente sobre este control o filtro de transparencia:

“El control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del “error propio” o “error vicio”, cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la “carga económica” que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo.”

Esta misma conclusión acoge la sentencia número 270/2015 del juzgado de lo mercantil número 3 de Valencia, de fecha 18 de noviembre de 2015, en su fundamento quinto.

Por tanto, no procede en este ámbito de control realizar mención alguna al vicio del consentimiento. El control de las cláusulas incluidas en un contrato en orden a determinar su abusividad prescinde de esta apreciación subjetiva en el contratante.

2. La nulidad de cláusulas IRPH en procedimientos de ejecución hipotecaria

En el ámbito de los procedimientos de ejecución hipotecaria, los juzgados de primera instancia mediante Auto también han declarado nulas por abusivas cláusulas referidas al IRPH en el curso del procedimiento de oposición a la ejecución. Así, el Juzgado de Primera Instancia número 7 de Collado Villalba, de 5 de septiembre de 2013, consideró en su razonamiento jurídico segundo que: *“establecer el IRPH como índice en sustitución del EURIBOR resulta más perjudicial para el prestatario, lo que da lugar a declarar dicho índice como abusivo.”*

Menos parco en su fundamentación fue el Auto número 207/2014, de 7 de abril de 2014 por el que el juzgado de primera instancia número 8 de Almería que declara asimismo la nulidad de la cláusula que incluye el IRPH, adicionado en este caso con un diferencial de 0,10 puntos porcentuales. Según el juez, *“el índice establecido para los prestatarios en el contrato que sirve de título ejecutivo (se refiere al IRPH del Conjunto de Entidades), 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.”*

En este caso, el juez que despacha la ejecución utilizó los argumentos ya vistos en el punto. Así, recoge algunos fundamentos de la STS de 9 de mayo de 2013. En particular 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”*. Continúa el juez de primera instancia de Almería señalando que *“la entidad BBVA no ha acreditado, tal y como le correspondía, que se diese información previa a los hoy demandados sobre la incidencia que la cláusula relativa al índice de referencia pudiera tener en la economía del contrato.”*

Asimismo señalaba que *“la referida STS de 9 de mayo de 2013 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."

La conclusión es que *"para la validez de la cláusula del IRPH utilizado, 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, provocando así un desequilibrio importante, en perjuicio del consumidor, entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato, por lo que cabe declarar la nulidad de la citada cláusula, dado su carácter abusivo."* Nótese que la conclusión no es falta de transparencia, como la sentencia sobre cláusulas suelo cuya argumentación jurídica utiliza, sino desequilibrio *"entre los derechos y obligaciones de las partes"*, como si hubiera realizado un control de contenido de la cláusula, cuestión ésta que el Tribunal Supremo precisamente en su Sentencia de 9 de mayo de 2013 considera que no cabe apreciar por tratarse las cláusulas suelo allí enjuiciadas de un elemento definidor del objeto principal del contrato del contrato.

D) Conclusiones

1. La cláusula que incorporan como índice de referencia el IRPH es una condición general, ya que se considera predispuesta por las entidades de crédito, incorporada a una pluralidad de contratos y sin capacidad de negociación por parte de los consumidores.
2. La influencia o manipulación de este índice por parte de las entidades de crédito debe ser demostrada, cuestión problemática ésta. Cuando se demuestra, a tenor de lo visto en el análisis hay dos vías de anulación
 - a) A través del artículo 6.3 del Código Civil, que establece que *"los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho"*, y
 - b) No superar el "control de transparencia", como veremos en el punto 4.
3. La cuestión sobre si el IRPH, en cuanto tipo de interés remuneratorio, es un elemento principal del contrato es controvertida. Si bien las audiencias acogen la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 y posteriores (sobre

cláusulas suelo) para decir que no, y por tanto no cabe control de abusividad por desequilibrio intrínseco de la cláusula entre las partes

4. La práctica totalidad de las sentencias se resuelven en base a la no superación del doble control formal de abusividad: “inclusión” y “transparencia”, especialmente este último, entendido como necesidad de que, tratándose de un elemento que define el objeto principal del contrato, el consumidor pueda conocer la incidencia económica y jurídica de dicha cláusula y la identificara como elemento esencial del contrato. Para ello, estas sentencias acogen con amplitud la doctrina de Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 que expone esta cuestión.
5. Las entidades demandadas en las sentencias analizadas han sido Kutxabank (en su gran mayoría), Caixabank, Caja Rural del Sur, Banco Sabadell, Unión de Créditos Inmobiliarios y BBVA.
6. Entiendo que sería factible hacer una acción de cesación, ya que por los términos y argumentos mayoritarios apreciados en las sentencias analizadas, la cláusula que incluye el IRPH se considera una condición general abusiva por no superar el control de transparencia, con una consideración y tratamiento similar al de las cláusulas suelo.

Esta acción de cesación, y resarcimiento, podría ir dirigida a dos colectivos:

- a) Aquellos que se les aplica actualmente el IRPH Entidades como índice sustitutivo, ya se les aplicara o no desde el inicio de su préstamo el IRPH Cajas, hasta su desaparición (1 de noviembre de 2013).
- b) Aquellos que, pese a tener ahora referenciados sus préstamos a otro índice distinto al IRPH Entidades, se les aplicó en su día como tipo remuneratorio el IRPH Cajas desde la firma del contrato y hasta su desaparición (1 de noviembre de 2013).

**ANEXO
FALLOS DE LAS SENTENCIAS**

JUZGADO DE LO MERCANTIL N° 1 DE DONOSTIA

SENTENCIA 156/14

29 de abril de 2014

DECLARAR la nulidad del inciso inicial de la cláusula tercera bis firmada entre los demandantes y KUTXABANK S.A. en el contrato de préstamo con garantía personal de 13 de diciembre de 2007, que dice:

"El nuevo tipo nominal de interés será el resultante de aplicar, durante toda la vida de la operación, el 1RP H-CAJAS. Se entiende por 1RP H-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 igualo 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".

CONDENAR a KUTXABANK S.A. a reintegrar a los demandantes la diferencia entre el IRPH Cajas y Euribor + 1 % que éstos han abonado desde enero de 2010 hasta la fecha, ya dejar de aplicar en lo sucesivo el IRPH Cajas que será sustituido por Euribor + 1 %".

CONDENAR a KUTXABANK S.A. a abonar a los demandantes interés legal de las cantidades reintegradas conforme el anterior apartado desde el 21 de octubre de 2013 hasta hoy.

CONDENAR a KUTXABANK S.A. a abonar a los demandantes interés legal elevado en dos puntos desde esta fecha hasta la completa satisfacción de los actores de la cantidad que resulte de sumar los anteriores apartados 3 y 4.

CONDENAR a KUTXABANK S.A. al pago de las costas del procedimiento.

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Y DE LO MERCANTIL N.4 GUADALAJARA

SENTENCIA N° 105/2014

2 de Diciembre de 2014

QUE ESTIMANDO ÍNTEGRAMENTE las pretensiones de la parte actora, representada por el Procurador Sr. XXXXXXXX, frente a la demandada KUTXABANK, S.A., representada por la Procuradora Sra. XXXXXXXX, ACUERDO HABER LUGAR A:

1.- DECLARAR LA NULIDAD PARCIAL DE LA CLÁUSULA TERCERA BIS de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria, de 14 de Diciembre de 2006, 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.

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", aplicándose en su lugar 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".

2.- CONDENAR 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%).

Las COSTAS se declaran impuestas a la parte demandada.

JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 1 DE DONOSTIA

S E N T E N C I A Nº 32/15

9 de febrero de 2015

1.- ESTIMAR íntegramente la demanda formulada por la Procuradora de los Tribunales Dª XXXX, en nombre y representación de XXXXXX frente a KUTXABANK S.A.

2.- DECLARAR la nulidad del párrafo sexto de la cláusula primera del contrato de préstamo con garantía hipotecaria firmado por XXXXXXXX y la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Gipuzkoa y San Sebastián - Gipuzkoa eta Donostiako Aurrezki Kutxa, en la actualidad, KUTXABANK S.A., el día 13 de julio 1999, que dice: "El resultado de los conceptos antes expresados, se redondeará al alza, al más cercano múltiplo de por ciento. Los nuevos tipos de interés, así calculados, serán de aplicación para periodos trimestrales contados a partir de la finalización del primer periodo".

3.- DECLARAR la nulidad del párrafo quinto de la cláusula primera del contrato de préstamo con garantía hipotecaria firmado por D. JOSÉ Y MARIA y la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Gipuzkoa y San Sebastián - Gipuzkoa eta Donostiako Aurrezki Kutxa, en la actualidad, KUTXABANK S.A., el día 13 de julio 1999, que dice: "El nuevo tipo de interés será el resultante de REDUCIR en VEINTICINCO CENTÉSIMAS, de puntos porcentuales de interés, durante toda la vida de la operación, la media simple de los tipos de interés medios ponderados por los principales de las operaciones de préstamos con garantía hipotecaria, otorgados por el colectivo de Bancos, Cajas de Ahorro y Sociedades de Crédito Hipotecario, a plazo igual o superior a tres años, para la adquisición de vivienda libre 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. Esta referencia publicada por el Banco de España como T A.E. se convertirá a tipo de interés nominal anual en función de los periodos de pago de interés previstos para esta operación".

4.- CONDENAR a KUTXABANK S.A. a estar y pasar por las anteriores declaraciones y a dejar de aplicar en el futuro las cláusulas citadas-

5.- *CONDENAR a KUTXABANK S.A. a abonar a los demandantes el importe recibido en concepto de interés por el préstamo de 13 de julio de 1999.*

6.- *CONDENAR a KUTXABANK S.A. a abonar a los demandantes interés legal de la cantidad señalada en el anterior apartado desde el 4 de marzo de 2014 hasta hoy.*

7.- *CONDENAR a KUTXABANK S.A. a abonar a los demandantes interés legal elevado en dos puntos desde esta fecha hasta la completa satisfacción de los actores de la cantidad que resulte de sumar los anteriores apartados 5 y 6.*

8.- *CONDENAR a KUTXABANK S.A. al pago de las costas del procedimiento.*

***Juzgado de lo mercantil número 7 de Barcelona
Sentencia SENTENCIA número 65/2015
16 de marzo de 2015***

1 *Declaro la nulidad de la cláusula tercera bis.2 del préstamo hipotecario de 29 de Agosto de 2005, por infracción de normas de transparencia y por tener carácter abusivo. Condeno a la entidad demandada a eliminar dicha cláusula del contrato*

2 *Condeno a la entidad demandada a volver a calcular las cuotas del préstamo hipotecario con eliminación de la cláusula anulada.*

3 *Condeno a la entidad demandada a devolver a los actores la cantidad resultante del cobro de intereses. bien mediante el ingreso en cuenta de dichas cantidades, bien subsidiariamente mediante compensación e imputación de los intereses pagados al principal pendiente de armonizar, realizando un nuevo cálculo de las cuotas hipotecarias o reduciendo el número de ellas a elección del demandante.*

4 *Se imponen las costas de éste procedimiento a la parte demandada*

***Juzgado de lo mercantil número 7 de Barcelona
Sentencia SENTENCIA número 66/2015
16 de marzo de 2015***

1 *Declaro nula por abusiva la condición general de la contratación contenida en la cláusula tercera bis de la escritura de préstamo de fecha 13 de Julio de 2000, a la que se subrogaron los actores, que establece como índice de referencia el IRPH cajas de ahorro.*

2 *Se acuerda que se proceda a la nueva liquidación del préstamo de acuerdo con el anexo V del informe pericial aportado con la demanda como documento número 17, con inaplicación de la cláusula IRPH y calculando el crédito hipotecario al Euribor más un punto.*

3 *Condeno a la entidad demandada a la devolución a los actores de la cantidad de 6.659 euros, cantidad liquidada de más en concepto de intereses y no amortización hasta la*

fecha de 29 de Junio de 2014, más las liquidaciones que se sigan devengando con posterioridad a esta fecha y a la interposición de la demanda, más los intereses legales desde la fecha de cada cobro.

4 Se imponen las costas de éste procedimiento a la parte demandada.

JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 1 DE DONOSTIA

S E N T E N C I A Nº 103/15

7 de abril de 2015

1. ESTIMO la demanda interpuesta por la representación procesal de Dña. XXXX XXXX

2. DECLARO la nulidad del inciso inicial de la cláusula tercera bis del contrato de préstamo hipotecario suscrito entre Dña. XXXX XXXX XXX y Kutxabak S.A. el 14 de agosto de 2007 según el cual "El nuevo tipo nominal de interés será el resultante de aplicar, durante toda la vida de la operación, el IRPH-CAJAS"

3. CONDENO a Kutxabank a reintegrar a la demandante las cantidades cobradas en concepto de intereses ordinarios como consecuencia de la aplicación de la cláusula declarada nula desde el 5 de octubre de 2010 hasta el 5 de septiembre de 2014. Esta cantidad ha de incrementarse por el interés legal del dinero desde el abono de cada cuota hasta el día de hoy. La cantidad resultante devengará el interés legal del dinero incrementado en dos puntos desde el día de hoy y hasta su total pago.

4. CONDENO a Kutxabank al pago de las costas del procedimiento.

JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 1 DE DONOSTIA

S E N T E N C I A Nº 227/15

29 de junio de 2015

1.- ESTIMAR íntegramente la demanda formulada por la Procuradora de los Tribunales D^a XXXXXX, en nombre y representación de XXXXXXXXXXXX frente a KUTXABANK S.A.

2.- DECLARAR la nulidad de la parte de la cláusula tercera bis firmada entre los demandantes y KUTXABANK S.A. en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria suscrito por las partes, que dice:

"El nuevo tipo será el resultante de incrementar en CERO CON TRESCIENTOS CINCUENTA PUNTOS porcentuales de interés, durante toda la vida de la operación, la media simple de los tipos de interés medios ponderados por los principales de las operaciones de préstamos con garantía hipotecaria otorgados por las Cajas de Ahorro, aplazo igual o superior a tres años, para la adquisición de vivienda libre 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. Esta referencia publicada por el Banco de España como T.A.E., se convertirá a tipo de interés nominal anual en función de los periodos de pago de interés previstos para esta operación. Los nuevos tipos de interés, así calculados, serán de aplicación para periodos anuales contados a partir de la finalización del primer periodo".

3.- *CONDENAR a KUTXABANK S.A. a reintegrar a la demandante la diferencia entre el IRPH Cajas y Euribor + 1 % que ha abonado desde el 1 de octubre de 2001 hasta la fecha, y a dejar de aplicar en lo sucesivo el IRPH sustitutivo que será sustituido por Euribor + 1 %.*

4.- *CONDENAR a KUTXABANK S.A. a abonar a la demandante interés legal de las cantidades reintegradas desde cada abono hasta hoy.*

5.- *CONDENAR a KUTXABANK S.A. a abonar a la demandante interés legal elevado en dos puntos desde esta fecha hasta la completa satisfacción de los actores de la cantidad que resulte de sumar los anteriores apartados 3 y 4.*

6.- *DECLARAR la nulidad de la cláusula CUARTA firmada entre la demandante y KUTXABANK S.A. en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria suscrito por las partes el treinta de octubre de dos mil, en el apartado que dice: "Cuando la finca hipotecada deje de ser ocupada personalmente por la PARTE DEUDORA o cuando la ocupen total o parcialmente otra u otras personas, naturales o jurídicas, bien a título de arriendo, de subarriendo, de traspaso, de cesión, de usufructo o de cualquier otro, incluso el de precario"*

7.- *REMÍTASE al Registro General de Condiciones de la Contratación testimonio de esta sentencia, una vez firme, para la inscripción de las dos cláusulas anuladas.*

8.- *CONDENAR a KUTXABANK S.A. al pago de las costas del procedimiento.*
JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 1 DE DONOSTIA

JUZGADO DE LO MERCANTIL N. 2 MURCIA

SENTENCIA: 00248/2015

20 de octubre de 2015.

Que estimando la demanda promovida por el procurador Sr. XXXXX en nombre de Íñigo procede efectuar los siguientes pronunciamientos; La nulidad por abusiva de la estipulación tercera de la escritura de novación de préstamo hipotecario de fecha 9 de mayo de 2006 con número de protocolo 1093 escritura suscrita por la notario XXXXX y procede la devolución de las cantidades cobradas de más en virtud de la cláusula cuya nulidad se solicita en relación con lo que hubiera sido de aplicación, la cláusula euribor más un punto, y ello desde el 9 de mayo de 2013 hasta que esta cláusula se deje sin efecto y se sustituya por el índice euribor más un punto, las cantidades a las que se ha condenado devengarán los intereses legales del art.576 Lec desde la fecha de la sentencia.

Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 3 VALENCIA

SENTENCIA Nº 270/15

18 de noviembre del dos mil quince.

Que estimando sustancialmente la demanda promovida a instancia de XXXXX, y en su representación por la Procuradora de los Tribunales, XXXXX, asistido por el Letrado XXXXX, contra la entidad BANCO SABADELL, S.A., representada por la Procuradora de los Tribunales D^a XXXXXXXXX y asistida por la Letrada XXXXX, debo declarar y declaro la nulidad de la cláusula financiera relativa a los intereses, concretamente en la identificada como Tercera bis, "Tipo de interés variable", disponiendo que (pág. 10 y 11) a partir de la fecha de 08.05.2007 y sucesivamente con periodicidad anual durante toda la vida del préstamo, el tipo de interés a pagar por el prestatario será revisado al alza o a la baja, tomándose como referencia los Tipos de referencia los índices oficiales para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años de la modalidad de Cajas de Ahorro que, con periodicidad mensual, se publican en el BOE.

Si el Banco de España dejare de publicar aquella referencia en el BOE, la revisión del tipo de interés que habrá de operarse en los vencimientos que se produzcan.....se hará tomando el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años de la modalidad del conjunto de entidades de crédito que, con periodicidad mensual se publican en el BOE.

Manteniéndose la vigencia de escritura de préstamo hipotecario de fecha 8 de noviembre de 2006, otorgada ante el notario de Valencia, D. XXXXXXXXX, obrante en su protocolo con el número 3543, sin la aplicación del IRPH, como índice de referencia para las revisiones del tipo de interés.

Condenando a la demandada a estar y pasar por dicha declaración y calcular las futuras revisiones del tipo de interés aplicando el EURIBOR + 0,50.

Asimismo, debo condenar y condeno a BANCO SABADELL, S.A. a reintegrar a la demandante la cantidad de 5.204,47 euros, diferencia entre IRPH y el Euribor + 0,500 que ésta ha abonado desde mayo de 2007 hasta mayo de 2014, más las diferencias devengadas desde dicha fecha y las que se sigan devengando en el futuro, más los intereses legales de todo ello desde la fecha de presentación de la demanda; todo ello a calcular en ejecución de sentencia.

De conformidad con lo establecido en el artículo 394 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, al estimarse íntegramente la demanda se imponen las costas a la parte demandada.

JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 2 DE BILBAO BILBOKO 2

S E N T E N C I A Nº 13/2016

15 de enero de 2016

ESTIMAR PARCIALMENTE la demanda formulada por la procuradora Sra. Bajo, en nombre y representación de XXXX XXXXX, frente a KUTXABANK, S.A, y así:

1. Declarar no incorporada y nula la cláusula relativa al IRPH Entidades, introducida en la estipulación tercera bis del contrato de préstamo hipotecario de fecha 5 de agosto de 2002, con subsistencia del contrato.

2. Sustituir el tipo de referencia declarado nulo por el tipo de referencia EURIBOR más 1 punto.

3. *Condenar a KUTXABANK a eliminar del contrato la cláusula referida.*
4. *Deberán las partes reintegrarse, en su caso, las cantidades con sus intereses que hubieran percibido en aplicación de la cláusula declarada nula y considerando el tipo Euribor más un punto que sustituye a la misma.*
5. *Costas: cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.*

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA 3 DE HUELVA
SENTENCIA N° 79
12 de abril de 2016

*Que debo estimar y estimo en esencia la demanda formulada por DON _
contra la entidad CAJA RURAL DEL SUR y, en consecuencia:*

1.- DECLARO la nulidad, por tener el carácter de abusivo de la cláusula que se contiene en la estipulación TERCERA BIS A del contrato celebrado mediante escritura pública 6 de julio de 2012, relativa al IRPH, con supresión de la misma y subsistencia del contrato.

2.- Sustituir el tipo de referencia declarado nulo por el tipo de referencia EURIBOR más 4,25.

3.- Condenar a CAJA RURAL DEL SUR a reintegrar las cantidades con sus intereses que hubieran percibido en aplicación de la cláusula declarada nula y considerando el tipo Euribor más 4,25 que sustituye a la misma.

4.- DECLARO la nulidad, por tener el carácter de abusivo de la cláusula que se contiene en la estipulación TERCERA BIS B de la misma escritura, relativa al límite a la baja del tipo de interés con supresión de la misma.

5.- CONDENO a la demandada a reintegrar al actor las cantidades percibidas como consecuencia de la aplicación de dicha cláusula desde la fecha de la publicación de la sentencia del Tribunal Supremo de 9/5/13, más los intereses legales desde la fecha de cada pago hasta el completo pago de dichas cantidades.

No se hace condena en costas.

AUDIENCIA PROVINCIALES

AUDIENCIA PROVINCIAL DE GIPUZKOA - SECCIÓN SEGUNDA
SENTENCIA 19/2015
23 de enero de 2015

(REVOCA la sentencia del JUZGADO DE LO MERCANTIL N° 1 DE DONOSTIA SENTENCIA 156/14 de 29 de abril de 2014)

Que, estimando el recurso de apelación interpuesto por la entidad KUTXABANK, S.A. contra la sentencia de fecha 29 de Julio de 2.013, dictada por el Juzgado de Lo Mercantil nº 1 de San Sebastián, debemos revocar y revocamos la mencionada resolución en el sentido de señalar que procede dejar sin efecto el pronunciamiento de nulidad verificado en ella con respecto de la cláusula tercera bis del contrato de préstamo con garantía hipotecaria suscrito en fecha 13 de Diciembre de 2007 entre dicha entidad y D. HILARIO Y OTRA así como dejar sin efecto igualmente las consecuencias que de tal declaración se han hecho derivar en la misma, con la consiguiente desestimación que este pronunciamiento ha de conllevar de la demanda por los mismos interpuesta y la absolución de la demandada de todos los pedimentos en esa demanda contenidos, y en el sentido de señalar que cada parte deberá afrontar las costas que a ella le hayan sido ocasionadas en la primera instancia y las comunes por mitad, y todo lo expuesto sin verificar consideración alguna en cuanto al importe de las costas devengadas en el curso de la presente instancia, las cuales deberán ser también abonadas por cada parte las por ella ocasionadas y las comunes igualmente por mitad.

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE ÁLAVA. SECCIÓN PRIMERA
SENTENCIA N° 85/162**

10 de marzo de 2016

DESESTIMAR el recurso interpuesto por KUTXABANK SA representada por la procuradora XXXXX contra la sentencia dictada por el Juzgado Mercantil de Vitoria en el procedimiento Ordinario nº 584/14. CONFIRMANDO la misma; y con expresa imposición de costas al recurrente.

(Nota: no he accedido a sentencia en primera instancia)

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE GIPUZKOA - SECCIÓN SEGUNDA
SENTENCIA N° 79/2015**

31 de marzo de 2015

Que, desestimando el recurso de apelación interpuesto por la entidad KUTXABANK contra la sentencia de fecha 30 de Septiembre de 2.014, dictada por el Juzgado de Lo Mercantil nº 1 de Donostia-San Sebastián, debemos confirmar y confirmamos íntegramente la mencionada resolución, manteniendo todos los pronunciamientos en ella contenidos e imponiendo a la citada apelante el importe de las costas devengadas en el curso de la presente instancia.

(Nota: no he accedido a sentencia en primera instancia)

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE ÁLAVA. SECCIÓN PRIMERA
Sentencia 188/16**

31 de mayo de 2016

Desestimar recurso de apelación de Kutxa Bank

(Nota: no he accedido a sentencia en primera instancia)