

12º CONGRESO JURIDICO DE LA ABOGACIA

PALACIO DE CONGRESOS Y EXPOSICIONES DE LA COSTA DEL SOL

(TORREMOLINOS) - SALA ANTEQUERA

(6 DE OCTUBRE DE 2016)

EL INDICE IRPH, LA NUEVA BATALLA CONTRA LAS ENTIDADES BANCARIAS

El objeto de este trabajo es exponer la realidad de la naturaleza del índice hipotecario **IRPH**, un índice que, de salida, llama la atención por un rasgo que lo hace diferente al resto, y es que se determina por el **Banco de España** a partir de los datos que remiten las mismas entidades de crédito que, posteriormente, lo aplicarán a sus clientes, detalle que, obviamente, crea un lógico y justificado recelo.

Entendemos que el carácter abusivo del **IRPH** puede apreciarse desde una doble perspectiva; por un lado por su **método de cálculo** y las posibilidades de manipulación que de él se derivan; y, por otro, por su **forma de incorporación al contrato**, sin hacer saber a los prestatarios estas especiales características, circunstancia que de haber sido conocida por éstos hubiera llevado, casi con total probabilidad, a que solicitaran referir su préstamo a otro de los índices oficiales existentes en el momento de la contratación.

Dado que esta segunda perspectiva ha de analizarse individualmente, no vamos a realizar más que ligeras referencias a ella.

Este trabajo se basa en nuestra propia percepción, en nuestro estudio, reforzado con la contestación del **Banco de España** a las preguntas que le formulamos en el **Procedimiento 81/2014** que se viene conociendo ante el **Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Burgos** y con el informe del profesor **Don Juan Etxeberría Murguiondo**; y es que tras la negativa de la **Ilma. Audiencia Provincial de Gipuzkoa** en aceptar la realidad aritmética del carácter influenciado del índice **IRPH**, solicitamos opinión de uno de los mejores expertos en la materia, concretamente la de **Don Juan Etxeberría Murguiondo**, Catedrático Acreditado de Estadística Aplicada y Doctor en Metodología Estadística de Regresión y Análisis Multivariantes, cuyo informe, totalmente aséptico, no deja lugar a dudas respecto a cuanto hemos venido insistiendo desde aquella nuestra primera demanda de nulidad del índice **IRPH** interpuesta en octubre de 2013.

Finalmente, dedicamos la última parte de este trabajo a exponer nuestra visión respecto al hecho de que los órganos jurisdiccionales españoles puedan invocar el **artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE**, no transpuesto a nuestro ordenamiento, evitando así un control de abusividad del carácter influenciado del índice **IRPH**, reduciendo su análisis a un mero control de transparencia.

Maite Ortiz Pérez
José María Erasquin Vázquez

I.-

QUÉ ES Y CÓMO SE DETERMINA MENSUALMENTE EL ÍNDICE IRPH

Es el Anexo VIII de la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, del Banco de España quien define las diferentes modalidades de IRPH en los siguientes términos ...

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 ...

.... Cajas de Ahorro	IRPH CAJAS
.... Bancos	IRPH BANCOS
.... Conjunto de Entidades	IRPH ENTIDADES

De esta manera, entre los días uno y quince de cada mes, las entidades de crédito que operan en España remiten al Banco de España, en el caso del índice IRPH Entidades, los tipos medios ponderados por los principales de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria de plazo igual o superior a tres años para la adquisición de vivienda libre que hayan iniciado o renovado el mes anterior, a fin de que, en la segunda quincena de ese mismo mes, el Banco de España elabore una media simple con esos datos y la publique con carácter oficial.

Su expresión matemática es la siguiente ...

$$IRPH_{Entidades} = \sum \left(\frac{i}{n} \right) = \frac{i_1}{n} + \frac{i_2}{n} + \frac{i_3}{n} + \dots + \frac{i_n}{n}$$

... o lo que es lo mismo

$$IRPH_{Entidades} = \frac{\sum i_E}{n_E} = \sum \left(\frac{i_E}{n_E} \right)$$

Siendo:

i_E = El tipo medio ponderado de los préstamos de cada una de las entidades de crédito.

n_E = El número de entidades de crédito declarantes o contribuidoras de datos.

Del tenor de su redacción y de su método de cálculo se desprenden cuatro de los reproches que, entendemos, cabe realizar, esto es, **(1)** que nos encontramos ante un índice que por determinarse a través de una media simple de los datos remitidos por todas y cada una de las entidades de crédito que operan en España no resulta ser representativo de la media que pagan los prestatarios hipotecarios españoles; **(2)** un índice que, en consecuencia, resulta influenciado por todas y cada una de las entidades de crédito contribuidoras de datos; **(3)** un índice que se anuncia como estable, cuando su estabilidad, en un mercado sujeto a intereses oscilantes, no puede ser sino la consecuencia de la influencia que sobre él ejercen las entidades de crédito; y, finalmente, **(4)** un índice opaco, tanto por cuanto se desconoce qué tipo de información utilizan las entidades de crédito en la elaboración del dato que remiten al **Banco de España**, como por cuanto tampoco resulta posible conocer, porque no se publican, los datos que finalmente remiten al **Banco de España**.

II.-

El primer reproche que cabe realizar al índice **IRPH** guarda relación con la idea, equivocada, de que constituye la media de lo que los prestatarios hipotecarios españoles abonarán por sus préstamos hipotecarios, lo cual es rotundamente falso.

EL IRPH, AL DETERMINARSE A TRAVÉS DE UNA MEDIA SIMPLE DE LOS DATOS QUE REMITEN LAS ENTIDADES, NO ES REPRESENTATIVO DE LO QUE PAGAN LOS ESPAÑOLES, QUE ES UNO DE SUS RECLAMOS PUBLICITARIOS

Determinar un índice a través de una **MEDIA SIMPLE** de los datos remitidos por todas y cada una de las entidades que operan en el mercado español, sin ponderar su cuota de mercado, adjudicando a todas ellas el mismo peso específico en la elaboración de la media, sin eliminar los datos extremos distorsionados respecto a la mayoría, conlleva que tal índice no resulte representativo de lo que realmente abonan los clientes hipotecarios españoles, siendo éste uno de sus falsos reclamos publicitarios.

Una media simple puede resultar adecuada cuando los valores a considerar representan un mismo número de sujetos, sin embargo, una mala utilización del procedimiento de cálculo de la media puede inducir a cometer errores que distorsionen la visualización del verdadero valor central del colectivo que queremos describir. Basta imaginar que si la entidad **“A”** integra **99 clientes** que han abonado, cada uno de ellos, un interés del **2%**, y la entidad **“B”** integra **un único cliente** que ha abonado un interés del **10%**, resulta indudable que la **media simple** del los tipos de interés abonados por ambos grupos de elementos resulta un **6%**, ... pero no cabe afirmar que el total de clientes (100) hayan abonado un interés del 6%.

Sin embargo, si con esos mismos datos se procediera a realizar una media ponderada, cada uno de los datos se pondría en relación con su cuota de mercado, con lo que la media resultaría ser un interés del **2,08%**, lo que viene a demostrar que la incidencia de la entidad **“B”** en la elaboración de una media ponderada resulta tan irrelevante como lo es su cuota de participación en el mercado.

Acudiendo a datos reales, en cumplimiento de la reciente **Circular 5/2012 de 27 de junio**, del **Banco de España, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos** (BOE de 6 de julio), el **BANCO SANTANDER** declaró haber aplicado, en el **año 2013**, un tipo de interés medio de **1,880%** sobre un importe total de **54.295 millones de euros** de préstamos hipotecarios concedidos para la adquisición de vivienda, en tanto que el **BANCO PICHINCHA ESPAÑA** declaró haber aplicado un tipo de interés medio de **6,160%** sobre los **51 millones de euros** que concedió en concepto de préstamos hipotecarios para la adquisición de vivienda.

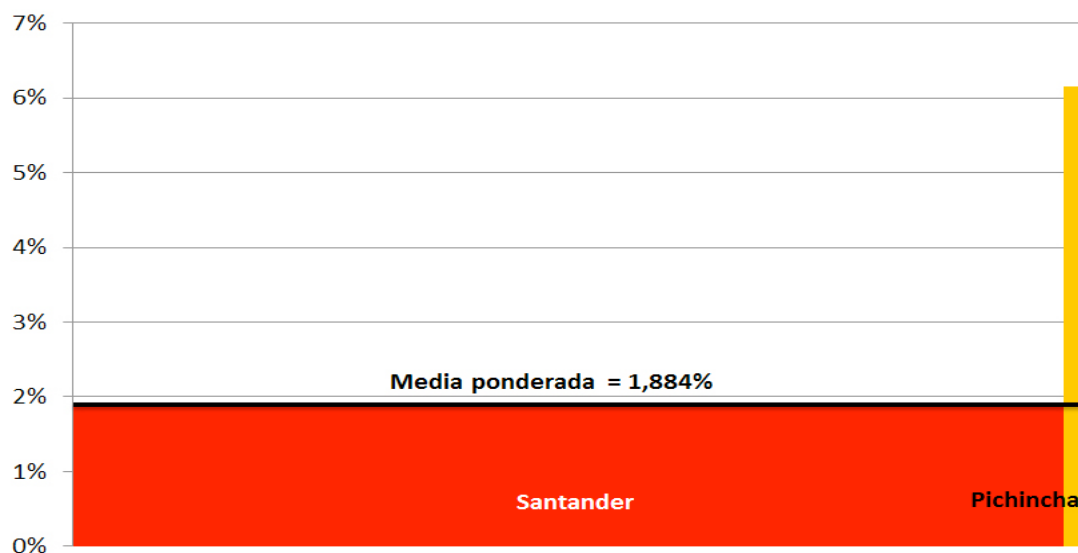
Siendo la cuota de mercado del **BANCO DE SANTANDER** más de mil veces superior a la del **BANCO PICHINCHA**, resulta que ambas entidades tuvieron el mismo peso específico en la determinación del tipo de interés **IRPH Entidades**, de tal manera que, en tanto el **BANCO DE SANTANDER** trabajó con unos tipos de interés competitivos, el **BANCO PICHINCHA** contribuyó, con esos tipos de interés por encima del 6% que aplicó a su cuota de mercado marginal, a elevar el tipo de interés **IPRH** de cientos de miles de préstamos hipotecarios que tenían referido su tipo de interés al **IRPH Entidades**.

El contraste resulta brutal, si realizáramos la **MEDIA SIMPLE** con los datos aportado por ambas entidades, resultaría un tipo de interés **IRPH Entidades** de **4,020%**, sin embargo, si realizáramos una **MEDIA PONDERADA** el resultado sería un tipo de interés del **1,884%**.

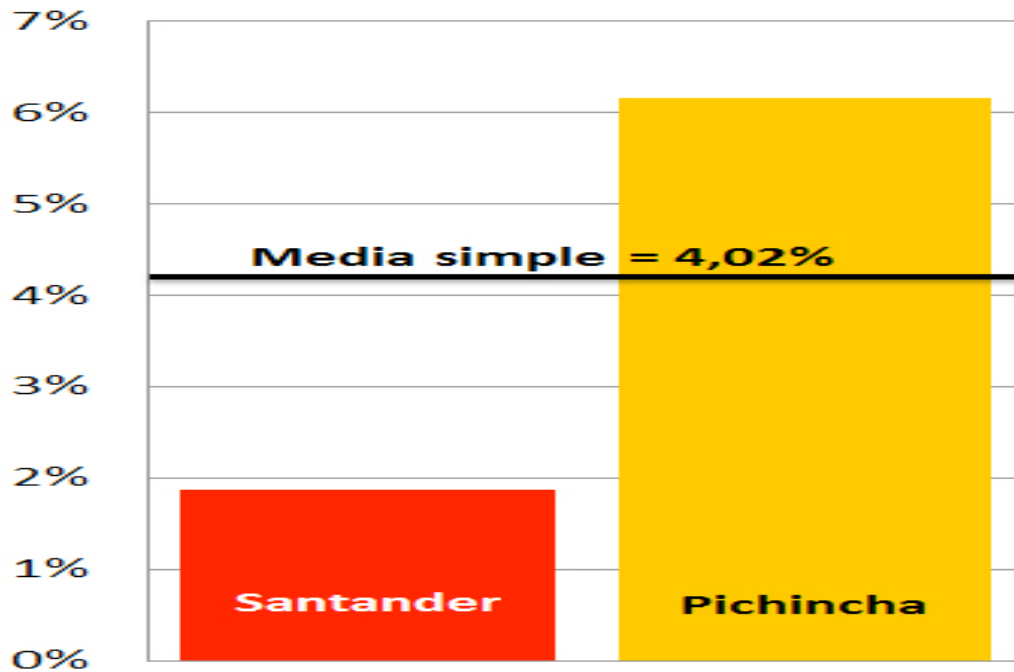
Los gráficos que se recogen a continuación nos muestran la diferencia entre confeccionar una **MEDIA PONDERADA**, es decir, considerando la cuota de mercado de ambas entidades contribuidoras, que representaría lo que interesadamente se publicita que representa el tipo de interés **IRPH**, o una **MEDIA SIMPLE**, que es la que realmente se utiliza, y la que lleva a que el **IRPH Entidades** no represente la media de los intereses a los que se han suscrito las operaciones crediticias sino la media que han ofertado las entidades a sus clientes, con independencia de cuantos contratos hayan formalizado en esas condiciones.

La diferencia entre la elaboración de una media simple o una media ponderada supone una importante cantidad económica mensual que añade más dificultad a la ya muy deteriorada economía del más de millón de familias que sufre los efectos de este índice, y supone una anomalía que entendemos necesario subsanar a la mayor brevedad.

MEDIA PONDERADA ENTRE BANCO DE SANTANDER, CON UNA CUOTA DE OPERACIONES DE 54.295 MILLONES DE EUROS EN PRESTAMOS HIPOTECARIOS Y BANCO PICHINCHA, CON UNA CUOTA DE OPERACIONES DE UNICAMENTE 51 MILLONES ...



MEDIA SIMPLE ENTRE BANCO DE SANTANDER, CON UNA CUOTA DE MERCADO O DE OPERACIONES DE 54.295 MILLONES DE EUROS EN PRESTAMOS HIPOTECARIOS Y BANCO PICHINCHA, CON UNA CUOTA DE MERCADO DE UNICAMENTE 51 MILLONES ...



Y si entre todos los aquí presentes creáramos una nueva entidad de crédito, con un único cliente al que hubiéramos concedido un préstamo con garantía hipotecaria, a más de 3 años, por un importe de 60.000 euros para adquisición de una vivienda libre, a un tipo de interés del **9,96%**, para evitar concederlo al 10%, la media simple entre **Banco Santander**, **Banco Pichincha** y **nuestro Banco**, solo por nuestra participación en el mercado, con un único cliente, se elevaría al **6%**.

Sin embargo, a pesar de esa realidad, el **Banco de España**, interrogado como testigo en uno de los procedimientos que se siguen ante el **Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona**, señalaba ...

El IRPH Entidades constituye un indicador del coste medio de las operaciones de préstamo hipotecario realizadas en España con el sector privado residente.

Banco de España
10-02-2016
Juzgado de lo Mercantil nº3 de Barcelona

... lo cual supone un tremendo error aritmético, pues como todos ustedes se habrán dado cuenta, para que un índice se constituya en indicador del coste medio de las operaciones realizadas en España se habrá de tener en cuenta el número de operaciones realizadas, es decir, se deberá ponderar cada dato a la cuota de mercado de la entidad que lo aporta o al número de operaciones realizadas por cada una de ellas.

Y en este sentido, el Doctor **Juan Etxebarría Murguiondo**, Catedrático Acreditado de Estadística Aplicada y Doctor en Metodología Estadística de Regresión y Análisis Multivariantes, una de las mayores autoridades en la materia, concluye, tal y como hace años venimos nosotros diciendo

La media es una medida adecuada cuando los valores a considerar en el cálculo de la misma representan al mismo número de sujetos.

Este es el primer error que está detrás del procedimiento de cálculo del IRPH: suponer que cada una de las entidades tiene el mismo peso, es decir, que tienen el mismo número de elementos (operaciones).

Juan Etxebarría Murguiondo

27-06-2016

Catedrático Acreditado de Estadística Aplicada

Doctor en Metodología Estadística de Regresión y Análisis Multivariantes

En relación con la media simple cabe apreciar un segundo reproche al método de cálculo del **IRPH**, y es la posibilidad de influencia por parte de todas y cada una de las entidades de crédito en la determinación del controvertido índice.

III.-

EN RELACIÓN CON LA UTILIZACIÓN DE LA MEDIA SIMPLE CABE APRECIAR UN SEGUNDO REPROCHE, Y ES LA POSIBILIDAD DE INFLUENCIA POR PARTE DE TODAS Y CADA UNA DE LAS ENTIDADES DE CREDITO EN LA DETERMINACIÓN DEL CONTROVERTIDO INDICE

Efectivamente, si el índice **IRPH Entidades**, de la misma manera que ocurría con las anteriores y ya desaparecidas modalidades **IRPH Cajas**, **IRPH Bancos** y **Ceca**, se determina, exclusivamente, a partir de los datos remitidos por todas y cada una de las entidades de crédito que operan en el mercado español, no cabe duda alguna de que la determinación del citado índice se verá influida por las variaciones en las condiciones que cada una de esas entidades de crédito contraten con sus nuevos clientes, de tal manera que cada entidad, atendiendo básicamente a criterios de oportunidad y conveniencia, modulando los diferenciales contratados con los nuevos clientes, influirá en la cuantificación del índice **IRPH Entidades** del mes siguiente, importe que en las periódicas revisiones se impondrá a la totalidad de los clientes que tengan su préstamo referenciado al citado índice.

De esta manera, y encontrándonos ante una media simple en la que todos los elementos que aportan datos tienen idéntico peso específico, podemos afirmar, sin ningún género de duda, que cada entidad tiene un conocimiento constante, preciso, y aritméticamente predecible de la repercusión que va a tener en la determinación del **IRPH** del mes que viene los diferenciales que imponga a los clientes con quienes contrate este mes, aplicándose el nuevo valor del **IRPH**, así determinado, a los cientos de miles de clientes que tienen referido su préstamo a tan controvertido índice. Es por tanto el incremento del diferencial aplicado al índice de referencia contratado por los nuevos clientes el elemento que determina las oscilaciones del dato aportado mensualmente por cada una de las entidades de crédito al **Banco de España**, y es ese mismo diferencial quien determina el incremento del **IRPH Entidades** del siguiente mes.

En este sentido, interrogado el **Banco de España**, - (como testigo en el **Procedimiento Ordinario 81/2014** que promovimos ante el **Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Burgos**) -, sobre si siendo 46 el número de Cajas de Ahorro contribuidoras en la determinación del **IRPH Cajas** no era cierto que si una de ellas subía su tipo de interés porcentual un punto, el resultado del **IRPH Cajas** se incrementaría en un **0,0217%**, contesto que **SI**.

Y preguntado sobre si era cierto que si una Caja de Ahorros contribuidora incrementaba su tipo de interés porcentual dos puntos, el resultado del **IRPH Cajas** se incrementaría en un **0,0435%**, contestó que **SI**.

Pregunta nº 9 ...

¿Es cierto que si el número de Cajas era de 46 y de un mes al siguiente 45 e ellas mantienen el tipo de interés y la Caja restante lo sube un 1%, el resultado del IRPH Cajas aumentará en un 0,0217%?

Respuesta ...

Si, entendiendo que el incremento realizado es de un punto porcentual, no un incremento del 1% sobre el tipo practicado el mes precedente.

**Banco de España
02-06-2015
Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Burgos**

Y preguntado sobre si, en definitiva, cada Caja podía influir en el resultado del **IRPH Cajas** aumentando los intereses aplicados por ella y si la magnitud de tal influencia podía calcularse exactamente, su respuesta fue que **SI**, a la primera pregunta, y que, efectivamente, el incremento del tipo de interés por una de las entidades contribuidoras tendría una correlación exacta con el número de entidades existente en cada periodo.

La rotundidad con la que responde el **Banco de España** respecto a si cada entidad puede influir en el resultado del **IRPH** incrementando los intereses aplicados por ella misma a sus nuevos clientes disipa, o debería disipar, cualquier duda respecto al carácter influenciado del controvertido índice.

Y en este sentido el profesor **Juan Etxebarria Murgiondo** se muestra contundente ...

Derivado de la fórmula utilizada se demuestra la posibilidad y capacidad de las entidades que aportan los datos para el cálculo del índice, para incidir, influir, manipular y condicionar el resultado final tanto de cada una de ellas de forma individual como de forma grupal, en el caso de que las mismas decidieran hacerlo de forma coordinada.

Juan Etxebarria Murgiondo
27-06-2016

Catedrático Acreditado de Estadística Aplicada
Doctor en Metodología Estadística de Regresión y Análisis Multivariantes

Como se puede apreciar, desde la óptica de la **Metodología Estadística**, resulta indudable la capacidad de las entidades de crédito para **INCIDIR**, **INFLUIR**, **MANIPULAR**, y **CONDICIONAR**, el resultado final, tanto de cada una de ellas individualmente como actuando de forma grupal, es una realidad.

Y añado ...

Cada entidad de forma autónoma, es decir sin necesidad de ponerse de acuerdo con otras, puede prever de forma precisa y exacta las consecuencias que los incrementos (positivos o negativos) en los tipos de interés de las operaciones realizadas en un período de tiempo determinado van a tener en el resultado del cálculo posterior del IRPH.

Juan Etxebarria Murgiondo
27-06-2016

Catedrático Acreditado de Estadística Aplicada
Doctor en Metodología Estadística de Regresión y Análisis Multivariantes

En el caso del IRPH, dado que para su cálculo se utiliza la media, y es un indicador muy poco robusto (en el sentido estadístico), es evidente y trivial que cada una de las entidades, independientemente de su tamaño o volumen tiene una capacidad de influencia exactamente cifrada en el $(\text{incremento}/n) \%$, pudiendo ser este incremento positivo o negativo.

Juan Etxebarria Murgiondo
27-06-2016

Catedrático Acreditado de Estadística Aplicada
Doctor en Metodología Estadística de Regresión y Análisis Multivariantes

Dado que el cálculo del mismo se realiza calculando la MEDIA SIMPLE (no ponderada) de los datos remitidos por el conjunto de Entidades que operan en el mercado, cada entidad que opera en dicho mercado sabe con precisión y exactitud la repercusión al alza o a la baja que el incremento positivo o negativo de los tipos de interés de su entidad va a tener en el cálculo del próximo IRPH: cada unidad de cambio en la entidad, automáticamente supone un cambio del $(1/n) \%$ donde n es el número de entidades cuyos datos se tienen en cuenta para el cálculo del índice.

La demostración matemática de la repercusión e influencia es trivial y se deriva de la propia fórmula de cálculo del valor de IRPH.

Juan Etxebarria Murgiondo
27-06-2016

Catedrático Acreditado de Estadística Aplicada
Doctor en Metodología Estadística de Regresión y Análisis Multivariantes

Esta capacidad de influencia queda retratada, de manera sencilla, en el **Fundamento Jurídico Quinto** de la **Sentencia 156/14, de 29 de abril de 2014**, dictada por el **Juzgado de lo Mercantil de Donostia – San Sebastián**, en la primera Sentencia que declaraba nulo el tipo de interés **IRPH Cajas** ...

Si conceden más préstamos a un interés superior, éste se eleva. Si conceden más a precio inferior, disminuye.

Sentencia 156/14, de 29-04-2014, FJ5º
Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Donostia - San Sebastián
Magistrado – Juez: Edmundo Rodríguez Achútegui
Letrados: Maite Ortiz y José María Erasquin

... y en el **Fundamento Jurídico Cuarto** de la **Sentencia 32/15, de 9 de febrero de 2015** dictada por el **Juzgado de lo Mercantil de Donostia – San Sebastián**, primera sentencia que declaraba nulo el tipo de interés **IRPH Entidades** ...

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 lo tanto, la entidad demandada influye en el importe del índice que se utiliza.

Por eso, algún fundamento tiene el reproche que se hace en la demanda porque, apartando por peyorativo el término “manipulable”, en tanto 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.

Sentencia 32/15, de 09-02-2015, FJ4º
Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Donostia - San Sebastián
Magistrado – Juez: Edmundo Rodríguez Achútegui
Letrados: Maite Ortiz y José María Erausquin

El examen de la póliza suscrita por la ejecutada, y en cuanto al examen de la cláusula por la que se determinaba el interés remuneratorio, parte de utilizar un tipo de referencia en el que, en mayor o menor medida, participa el propio Banco prestamista a la hora de aportar los diferentes tipos de interés utilizados en los periodos de referencia. Ello ocurre no solo en los distintos préstamos hipotecarios que le sirven de base para su cálculo sino, lo que es más importante, a la hora de la fijación definitiva del IRPH, por cuanto su cálculo tendrá como causa, precisamente, los distintos tipos de interés utilizados por las entidades, incluyendo a la prestamista.

Con ello, para su cuantificación, no obstante su carácter oficial, el Banco tienen una influencia incuestionable en su determinación, lo que contraviene la normativa Bancaria antes citada, de 7 de septiembre de 1.990 y la Orden Ministerial de 1.994.

Auto de 23-11-2015, FJ3º
Juzgado de 1ª Instancia nº 4 de Algeciras
Juez: Javier Roa Aljama

Al respecto, cabe señalar que el IRPH es un índice que se calcula a partir del propio comportamiento de las entidades en el mercado inmobiliario.

Así, el IRPH se obtiene calculando la media de lo que las entidades bancarias han cobrado a sus clientes en un determinado periodo por los préstamos hipotecarios a más de tres años y destinados a la adquisición de vivienda libre, por tanto, en función de lo que caprichosamente decidan cobrar las entidades el valor de estos índices irá creciendo o decreciendo, lo cual explica que su evolución sea ajena a la evolución del EURIBOR y que, en la práctica, resulte que dichos índices van creciendo en tanto que el EURIBOR registra descensos históricos. Por lo expuesto, debe entenderse que establecer el IRPH como índice en sustitución del EURIBOR es más perjudicial para el prestatario, por lo que debe considerarse abusiva la cláusula de la escritura en la que se recoge dicho índice.

Auto de 23-10-2013
Juzgado de 1ª Instancia de Collado Villalba

Se trata en todo caso de unos tipos de interés obtenidos de los datos resultantes de la participación y comportamiento de las propias entidades en el mercado hipotecario, de forma que en función de los tipos de interés aplicados en cada momento por las entidades se va a configurar el índice de referencia para los préstamos a IRPH. Ello implica que, si en los préstamos referenciados a Euribor, el conjunto de entidades financieras, ante las bajadas del Euribor conceden préstamos con un diferencial elevado, influyen en la configuración del IRPH y amortiguan así la bajada de otros tipos de interés.

Sentencia 158/2015, de 15-06-2015, FJ4º
Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Vitoria
Magistrado – Juez: María Teresa Trinidad Santos
Letrados: Maite Ortiz y José María Erausquin

Es más, si, en relación con el índice IRPH Cajas, la fórmula de cálculo era ...

$$IRPH_{Cajas} = \frac{\sum i_c}{n_c} = \frac{\sum i_c}{46}$$

... resultaba incuestionable que con que únicamente una Caja de Ahorros, solo una, modificara, aunque fuera mínimamente, sus diferenciales al alza, se produciría un incremento del Sumatorio $\sum i_c$ y, en consecuencia, del **IRPH Cajas**, habida cuenta de que, como es sobradamente sabido, todo incremento del dividendo, por pequeño que sea, conlleva un incremento del cociente, siempre que el divisor se mantenga constante, como ocurría con el número de Cajas contribuidoras.

Pero al tratarse de **46 Cajas**, cada una de ellas conocía con total seguridad que por cada punto que incrementara el dato remitido al Banco de España, el **IRPH Cajas** se incrementaría en **0,0217** puntos porcentuales; por cada dos puntos se incrementaría **0,0435** puntos porcentuales; por cada tres puntos se incrementaría **0,0651** puntos porcentuales; y así sucesivamente, lo que nos lleva a dar un paso más y entender que ..

... si existe una fórmula aritmética que prevé con total exactitud las consecuencias exactas que se derivan de cada movimiento de cada entidad contribuidora; y tratándose la aritmética de una ciencia exacta; esta influenciabilidad constituiría un **HECHO NOTORIO** con las consecuencias que recoge el artículo 281.4 de la LEC.

IV.-

EL TERCER REPROCHE QUE CABE REALIZAR AL INDICE IRPH ES SU FALTA DE TRANSPARENCIA, TANTO EN CUANTO AL PROCESO EN SI MISMO COMO EN CUANTO A LA IMPOSIBILIDAD DE CONOCER LOS DATOS UTILIZADOS

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

.... Cajas de Ahorro	IRPH CAJAS
.... Bancos	IRPH BANCOS
.... Conjunto de Entidades	IRPH ENTIDADES

Si observamos la definición del **IRPH** apreciaremos que ésta hace referencia a 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 entidades de crédito de España, pero ...

1.- ¿Qué son operaciones renovadas?. A día de hoy no hemos encontrado a nadie que nos aclare que ha de entenderse por operaciones renovadas a los efectos de determinación del **IRPH**. Puede pensarse en novaciones, pero, las novaciones no son renovaciones, y, por cierto, las novaciones se consideran nuevos créditos y vuelven a considerarse para la determinación de la media ponderada que remite la entidad?.

2.- ¿Cómo elabora cada entidad de crédito esos tipos medios ponderados por los principales de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria iniciadas o renovadas ese mes?.

¿Si un cliente tiene vinculaciones en su préstamo por domiciliación de recibos o contratación de servicios, cuál es el dato que remite la entidad al **Banco de España**, el interés negociado o el interés resultante de la aplicación de las vinculaciones?.

En sentido contrario, si una entidad coloca “cláusulas suelo” en los contratos suscritos con sus nuevos clientes, qué dato utiliza para la conformación del tipo medio ponderado de las operaciones iniciadas o renovadas, el tipo de interés verdaderamente negociado con los nuevos clientes o el valor de la cláusula suelo?.

Pregunta nº 15 ...

¿Es cierto que para la determinación del IRPH Cajas se consideraban tipos de interés que posteriormente fueron declarados nulos por abusivos en muchos préstamos, como es el caso de la denominada cláusula suelo o la cláusula de redondeo al alza y que si dichas cláusulas abusivas no hubieran sido aplicadas el resultado del IPRH Cajas habría sido inferior?.

Respuesta ...

El Banco de España no dispone de información suficiente para responder a esta pregunta, ya que se desconoce la existencia o no de operaciones con estas cláusulas en la fecha de referencia, ni su posible repercusión en el índice calculado.

Banco de España
02-06-2015

Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Burgos

Observamos que interrogado el **Banco de España**, en el Procedimiento Ordinario anteriormente citado respecto a si es cierto que para la determinación del **IRPH Cajas** se consideraban tipos de interés que posteriormente fueron declarados nulos por abusivos, como es el caso de las cláusulas suelo o las cláusulas de redondeo al alza, éste respondió que el **Banco de España** no dispone de información suficiente para responder a esa pregunta.

De tal respuesta deducimos que los datos respecto a los tipos 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 iniciados o renovados por la entidad que remite la información al **Banco de España** bien pudieran contener el resultado de la aplicación de todo tipo de cláusulas abusivas, sin que el citado **Banco de España** se percate de ello.

Y en cualquier caso, se ha de reseñar que ...

... los datos remitidos por las entidades de crédito al Banco de España no son públicos, lo que significa que nadie puede cotejarlos o cuestionarlos.

No obstante esta falta de transparencia, de las disposiciones reguladoras de la confección del tipo de interés **IRPH** se desprenden dos importantes realidades a considerar, ...

... **(1)** la primera es que los datos que se manejan en la confección del tipo **IRPH** excluyen los **préstamos suscritos para la adquisición de vivienda V.P.O.** y los **préstamos suscritos por los empleados de las entidades de crédito** cuando éstos se hubieran suscrito en condiciones más ventajosas en razón de su convenio laboral.

Obviamente, si eliminamos de la media los préstamos dedicados a las viviendas V.P.O. y los préstamos suscritos por empleados de las entidades de crédito, el resultado no podrá reflejar lo que paga la media de los españoles, pues en la confección de dicha media se han excluido los préstamos de un buen número de también españoles que, por sus especiales características, hubieran contribuido a rebajar la media.

... **(2)** y la segunda realidad es que esos tipos 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 iniciados o renovados por la entidad que remite la información al **Banco de España** han de ser **tipos T.A.E.**

Esta segunda realidad supone que los datos con los que el **Banco de España** elabora la media simple que va a determinar el importe del **IRPH** incluyen las comisiones y demás gastos que los nuevos clientes se han visto obligado a pagar a la entidad como contraprestación por el crédito recibido o los servicios inherentes al mismo, lo que trae en consecuencia que el correspondiente **IRPH** no se elabora únicamente a partir de los tipos de interés de las operaciones de préstamo hipotecario realizados un determinado mes sino a partir de tipos de interés incrementados con la media de las comisiones y demás gastos vinculados al citado préstamo.

V.-

EL IRPH ESTA CONSTITUIDO POR LA MEDIA SIMPLE DE LOS INTERESES RECOGIDOS EN LOS PRESTAMOS INICIADOS O RENOVADOS UN CONCRETO MES, MAS LA MEDIA SIMPLE DE LAS COMISIONES QUE ESOS MISMOS PRESTAMOS LLEVAN INCORPORADAS

De esta manera, el cliente que tiene referido su préstamo hipotecario al índice **IRPH** está abonando **(1)** la media de los índices y diferenciales que han suscrito los nuevos clientes que han contratado con las entidades de préstamo el mes anterior, **(2)** más la media de las comisiones que esos mismos clientes han abonado, **(3)** más las comisiones que incluye su propio contrato de préstamo hipotecario, **(4)** más el diferencial, si lo hubiere, que su entidad añadió al **IRPH** cuando contrató su préstamo.

Es por ello que la **Circular 5/94 del Banco de España, de 22 de julio, a entidades de crédito, sobre modificación de la Circular 8/1990, de 7 de septiembre sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela**, recoge que ...

Circular 5/94 del Banco de España, de 22 de julio

Los tipos de referencia escogidos son, en último análisis, tasas anuales equivalentes. Los tipos medios de préstamos hipotecarios para adquisición de vivienda libre lo son de forma rigurosa, pues incorporan además el efecto de las comisiones. Por tanto, su simple utilización directa como tipos contractuales implicaría situar la tasa anual equivalente de la operación hipotecaria por encima del tipo practicado por el mercado.

Para igualar la TAE de esta última con la del mercado sería necesario aplicar un diferencial negativo, cuyo valor variaría según las comisiones de la operación y la frecuencia de las cuotas.

Si bien es cierto que la citada Circular señala que los tipos de referencia escogidos son tasas anuales equivalentes; que los tipos **IRPH** incorporan el efecto de las comisiones; y que para igualar la T.A.E. sería necesario aplicar un diferencial negativo cuyo valor variaría según las comisiones de la operación y la frecuencia de las cuotas; lo cierto es que **las entidades que utilizan el tipo IRPH no solo no aplican diferenciales negativos sino que, además, incorporan diferenciales positivos.**

A ello ha de añadirse, en relación con el carácter influenciado del índice **IRPH**, que este método de cálculo permite que la entidad pueda influir en su determinación, además de por la vía de los diferenciales impuestos a los nuevos clientes, por la vía de las comisiones que recojan los nuevos contratos.

Pregunta nº 14 ...

¿Es cierto que el aumento de comisiones por parte de una de las Cajas incrementaría automáticamente el resultado del IRPH Cajas?.

Respuesta ...

Si.

Banco de España

02-06-2015

Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Burgos

Y así, el **Banco de España**, en el Procedimiento Ordinario anteriormente citado, y a la pregunta de si era cierto que el incremento de comisiones por parte de una Cajas de Ahorros incrementaría **automáticamente** el resultado del **IRPH Cajas**, respondió con un lacónico pero contundente **SI**.

No existiendo duda de que una vez publicado el **IRPH**, y a la hora de realizar operaciones futuras, cada entidad dispondrá de la potestad, aparentemente razonable, de incorporar las habituales comisiones en los contratos suscritos por los nuevos clientes, se producirá, indudablemente, un efecto multiplicador de las mismas.

Dado que este hecho se repite en los sucesivos procesos de cálculo de **IRPH**, se origina lo que se viene en denominar una serie geométrica de razón variable, siempre mayor que uno, que incrementa el importe del interés del préstamo, lo que repercutirá de forma automática, y siempre al alza, el valor siguiente del **IRPH**.

El problema surge en el punto en que la Tasa Anual Equivalente tiene en cuenta las condiciones que las entidades añaden al valor del IRPH en un momento dado. Y ello ocurre porque una vez publicado el IRPH, a la hora de realizar las operaciones futuras, cada entidad tiene la potestad de añadir las comisiones, lo que, indudablemente, introduce un efecto multiplicador de las mismas, y de nuevo son las entidades quienes pueden establecer (o no) el incremento derivado de las citadas comisiones. Dado que este hecho se repite en los sucesivos procesos de cálculo del IRPH, se origina una serie geométrica de razón variable, pero siempre mayor que 1, que incrementa el importe del interés del préstamo, lo que repercute de forma automática, al alza, el valor del siguiente IRPH.

Juan Etxebarria Murgiondo

27-06-2016

Catedrático Acreditado de Estadística Aplicada

Doctor en Metodología Estadística de Regresión y Análisis Multivariantes

Y son varios los juzgadores que han reparado en tal incidencia ...

Por otro lado es de suma importancia que los tipos de interés medios ponderados que se han de comunicar son los “tipos anuales equivalentes” de las operaciones de préstamo. Es decir, en el cálculo de los tipos de interés que se van a utilizar para la determinación del IRPH se incluyen las comisiones y demás gastos que los clientes se han visto obligados a pagar a la entidad, lo que significa que el IRPH no se elabora únicamente a partir de los tipos de interés de las operaciones de préstamo hipotecario realizados un determinado mes sino a partir de tipos de interés incrementados con la media de la comisión y demás gastos vinculados al citado préstamo.

El prestatario, además de soportar esa media de las comisiones y gastos abonados por otros prestatarios en sus préstamos, tendrá que abonar las propias comisiones y gastos de su propio préstamo.

Sentencia 158/2015, de 15-06-2015
 Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Vitoria
 Magistrado – Juez: María Teresa Trinidad Santos
 Letrados: Maite Ortiz y José María Erausquin

Existe, además, otro dato más que relevante en la determinación del IRPH, pues declaraban el tipo con la tasa anual equivalente, es decir, incluyendo comisiones, lo que provocaría, en caso de que cada Entidad Bancaria decidiera aumentar o reforzar el coste por comisiones, un aumento correlativo del resultado del IRPH.

Auto de 23-11-2015, FJ3º
 Juzgado de 1ª Instancia nº 4 de Algeciras
 Juez: Javier Roa Aljama

Todo ello nos ha conducido a una realidad indiscutible, y es que cuando a partir del **año 2011** el **euribor** inició su descenso hasta mínimos históricos, el **IRPH Cajas**, por poner un ejemplo, no solo se mantuvo sino que se incrementó hasta bordear el **4%**.

MES/AÑO	EURIBOR	IRPH CAJAS	IRPH ENTIDADES
Octubre 2011	2,110%	3,659%	3,586%
Noviembre 2011	2,044%	3,747%	3,696%
Enero 2012	1,837%	3,793%	3,716%
Febrero 2012	1,678%	3,946%	3,737%
Septiembre 2012	0,543%	3,940%	3,487%

Y así, en octubre del año 2011, el euribor se cifraba en 2,110%, mientras el IRPH Cajas se situaba en 3,659%; en noviembre de 2011 el euribor descendía a 2,044%, mientras el IRPH Cajas incrementaba hasta 3,747%; en enero de 2012, el euribor descendía a 1,837%, en tanto que el IRPH Cajas subía unas décimas, situándose en 3,793%; en febrero de 2012, el euribor se situaba en 1,678%, mientras que el IRPH Cajas alcanzaba el 3,946%; en septiembre de 2013 el euribor alcanzaba un mínimo histórico de 0,543%, en tanto que el IRPH Cajas se mantenía en 3,940%.

Si resulta que según datos del Colegio de Registradores, en torno al 93% de los contratos de préstamos hipotecario que se suscribían en aquellos meses venían referidos al euribor, ... y si, en consecuencia, el 93% de los elementos con los que cada entidad confeccionaba el tipo medio ponderado que remitía al Banco de España venían referidos al euribor ... y si esos datos descendían mes a mes ... ¿cómo es posible que el IRPH no acompañara esa bajada?.

La respuesta es sencilla, ...

... las entidades de crédito compensaron la caída del euribor con incrementos de los diferenciales y/o comisiones suscritos por los nuevos clientes de manera que ESTABILIZARON EL IRPH AL MARGEN DE LA EVOLUCION DEL EURIBOR, consiguiendo de esta manera que los clientes que tenían su préstamo referido a IRPH no pudieran beneficiarse de las históricas bajadas de los tipos de interés.

Quedaba así probado que el tan manido argumento de la estabilidad del tipo IRPH lejos de constituir una virtud que apreciar o loar no es sino la prueba rotunda de su carácter influenciado, y de la actuación del conjunto de entidades de crédito para sostener su valor en torno al 4% cuando el euribor rondaba el 0,5%.

Tal situación ha tenido un efecto demoledor en la economía de muchas familias, abocando, en no pocos casos, a situaciones de impago, ejecución hipotecaria, subasta de la vivienda y desahucio.

VI.-

Partiendo de la base de que la cláusula que incorporaba el índice IRPH Cajas era una condición general de la contratación, llegamos a interponer alrededor de 40 demandas ante el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Donostia, solicitando la nulidad del índice IRPH Cajas, nulidad que tenía acogida tanto en el artículo 8.1 de la Ley 7/98, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación, por vulnerar normas imperativas de nuestro ordenamiento, como en el artículo 8.2 de la misma, por constituir una cláusula abusiva a los ojos de los artículos 82.1, 85 y 87 del TRLGDCU.

La invocación de la nulidad del **IRPH Cajas** por resultar contrario a normas imperativas de nuestro ordenamiento tenía su fundamentación en la vulneración del **artículo 1256 del Código Civil**, que establece que la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes, pretensión que fue estimada por el juzgador de instancia ...

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” .

**Sentencia 156/14, de 29-04-2014, FJ5º
Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Donostia - San Sebastián
Magistrado – Juez: Edmundo Rodríguez Achútegi
Letrados: Maite Ortiz y José María Erausquin**

... que ya puso de relieve la existencia de un **déficit de información** en relación con la capacidad de influencia de la parte prestamista ...

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.

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.

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.I TRLGDCU, y la disciplina bancaria antes mencionada, que obligan a un nivel de información y transparencia que no refleja la escritura de préstamo disponible.

**Sentencia 156/14, de 29-04-2014, FJ5º
Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Donostia - San Sebastián
Magistrado – Juez: Edmundo Rodríguez Achútegi
Letrados: Maite Ortiz y José María Erausquin**

... concluyendo ...

Apreciándose la nulidad conforme la previsión del art. 8.1 LCGC y 6.3 CCv, debe declararse nula la estipulación tercera bis,

**Sentencia 156/14, de 29-04-2014, FJ5º
Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Donostia - San Sebastián
Magistrado – Juez: Edmundo Rodríguez Achútegi
Letrados: Maite Ortiz y José María Erausquin**

Posteriormente, el propio **Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Donostia**, declaraba nulo el índice **IRPH Cajas** por entender, directamente, la existencia de un déficit de información ...

Entiendo que de haberse explicado a la consumidora que la propia caja contratante puede incidir en el interés que debe abonar, en la medida en la que forma parte de las cajas a partir de la que se extrae la media IRPH, le haría ver que el índice oficial no es fijado por un tercero extraño totalmente al contrato y que el precio al que la caja oferte en el futuro sus productos servirá de base para su cálculo.

Se considera que este índice, aun cuando estuviera previsto legalmente, no se incorporó al contrato de manera transparente a través de la cláusula tercera bis (art. 5 de la Directiva 3/13/CEE) al no haberse explicado de forma clara y comprensible su significado y repercusión a la Sra. Pérez Campos.

La carencia informativa refleja el quebranto del principio de la buena fe contractual y pone en duda la adhesión al contrato en caso de haber contado con ella.

Se advierte que la situación jurídica de la demandante era desventajosa respecto de la de la demandada, y por ello contraria al artículo 3 de la Directiva.

Por todo ello, se declara la nulidad de la cláusula tercera bis del contrato que referenció el tipo de interés variable al índice IRPH CAJAS.

**Sentencia 103/2015, de 07-04-2015
Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Donostia
Juez: Itziar Otegui Jáuregui
Letrados: Maite Ortiz y José María Erausquin**

La invocación de la nulidad del índice **IRPH Entidades** por resultar una condición general abusiva tenía su acogida en los **artículos 82.1, 85 y 87 del TRLGDCU**, y así, el **Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Vitoria** concluía ...

En consecuencia, la cláusula tercera bis del contrato en cuanto referencia el préstamo al IRPH Entidades y, como índice sustitutivo el IRPH Cajas, resulta nula al amparo de lo dispuesto en el artículo 8.1 LCGC en relación con el artículo 1256 CC y el artículo 8.2 LCGC en relación con los artículos 82.1 y 4.a) y artículo 85 TRLGDCU.

Sentencia 158/2015, de 15-06-2015
 Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Vitoria
 Magistrado – Juez: María Teresa Trinidad Santos
 Letrados: Maite Ortiz y José María Erausquin

Y en relación con el **artículo 87 del TRLGDCU** y la falta de reciprocidad en cuanto a las posibilidades de cada una de las partes, el **Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Donostia** señalaba ...

En efecto, la caja tendrá una incidencia en la determinación del tipo de interés, puesto que la información que mensualmente remita al Banco de España tendrá un reflejo en el IRPH CAJAS que se aplique.

Sin embargo, la posibilidad de que la consumidora pueda guiar la evolución del tipo de interés es impensable.

Sentencia 103/2015, de 07-04-2015
 Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Donostia
 Juez: Itziar Otegui Jáuregui
 Letrados: Maite Ortiz y José María Erausquin

VII.-

Sin embargo, tras conseguir más de 40 sentencias de nulidad de la cláusula que incorporaba el índice **IRPH Cajas** al contrato, debimos observar con pesar y rabia como la **Ilma. Audiencia Provincial de Gipuzkoa** las iba revocando con una serie de argumentos que de ninguna manera podíamos compartir, dicho con el máximo respeto, algunos porque carecían de rigor jurídico, otros porque se basaban en comparaciones cuando menos desafortunadas, y, desde luego, sin abordar nunca desde una óptica aritmética la naturaleza del controvertido índice.

Veamos los argumentos utilizados por la lma. Audiencia Provincial de Gipuzkoa ...

1º.- ...

Por otra parte, no cabe admitir los razonamientos de la sentencia en cuanto al carácter influenciado y manipulable del IRPH Cajas, puesto que ...

a) Se trata de un índice similar al IRPH Bancos, existente hasta su desaparición junto con el anterior, aunque en realidad han venido a refundirse en el actual índice IRPH conjunto de entidades de crédito.

S.A.P.Gipuzkoa 91/2015, de 17-04-2015, FJ6º

S.A.P.Gipuzkoa 62/2015, de 20-03-2015, FJ3º

S.A.P.Gipuzkoa 82/2015, de 31-03-2015, FJ4º

El fundamento, a nuestro juicio, y dicho con todo respeto, resulta inaceptable, pues para negar el carácter influenciado o manipulable de un índice por una entidad habría de probarse la inexistencia de vínculo alguno entre las posibilidades reales de actuación de la entidad potencialmente manipuladora y el parámetro cuestionado, en este caso el tipo de interés IRPH Cajas, sin que la controvertida cuestión se pueda despachar, y menos desde una óptica jurídica, con un simple “se trata de un índice similar a ...”, pues, por un lado, la existencia de una pluralidad de índices afectados por idéntica o similar anomalía no purifica el carácter influenciado de cada uno de ellos, y, por otro, ningún sentido tiene usar como referencia otro índice que al igual que el cuestionado, también resulta igualmente influenciado y manipulable por las entidades, exactamente en los mismos términos, en este caso, por los Bancos.

Si el IRPH Cajas se determinaba a partir de los datos remitidos por las Cajas de Ahorro, y el IRPH Bancos se determinaba a partir de los datos remitidos por los Bancos, decir que el IRPH Cajas no podía ser influenciado por tratarse de un índice similar al IRPH Bancos resulta un comentario carente de rigor jurídico.

$$IRPH_{CAJAS} = \frac{\sum i_C}{n_C} = \sum \left(\frac{i_C}{n_C} \right)$$

$$IRPH_{BANCOS} = \frac{\sum i_B}{n_B} = \sum \left(\frac{i_B}{n_B} \right)$$

2º.- ...

Su manipulación por parte de las entidades prestamistas, que en la propia sentencia se contempla como una mera especulación, solo podría conseguirse, bien falseando los datos proporcionados al Banco de España (comunicando tipos de interés superiores a los realmente concedidos) o mediante un acuerdo del conjunto de entidades (Cajas en este caso) para elevar sus tipos de interés.

La primera posibilidad implicaría una conducta delictiva por parte de las entidades de crédito, que en modo alguno cabe admitir por parte de las entidades de crédito que por cuanto la actividad bancaria es un sector ampliamente regulado y sometido al control del Banco de España que verifica las oportunas inspecciones en las que se detectaría tal falseamiento de datos; y la segunda posibilidad implicaría una práctica contraria a las normas de competencia que además de ser detectada, con las consecuentes sanciones, ninguna ventaja podría acarrear para las entidades que incurrieran en tal práctica.

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

S.A.P.Gipuzkoa 91/2015, de 17-04-2015, FJ6º

S.A.P.Gipuzkoa 62/2015, de 20-03-2015, FJ3º

S.A.P.Gipuzkoa 82/2015, de 31-03-2015, FJ4º

Este segundo Fundamento requiere de un detallado análisis. En primer lugar se ha de diferenciar entre **manipulación** y **manipulabilidad**, pues entendiendo por **manipulación** la realización de prácticas orientadas a influir en una determinada voluntad, parámetro, o comportamiento, la **manipulabilidad** se referiría, simplemente, a la **mera posibilidad de realizar tales prácticas**.

Y esta es la cuestión que nos ocupa. Lo que se discute es si el índice resulta influenciado por las propias entidades, sin que debamos acreditar que lo hayan hecho y en qué medida, pues la mera posibilidad de que puedan hacerlo a través de una cláusula no negociada, supone la apreciación de su carácter abusivo y contrario a determinadas normas del ordenamiento, tal y como hemos señalado.

En relación a la manipulabilidad o influenciabilidad, el **Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Vitoria** se muestra tajante ...

En todo caso, hay que tener en cuenta que no se juzga la realidad de la manipulación sino la posibilidad de influenciar y determinar el tipo de interés que se va a aplicar, lo que resulta incuestionable a la luz de los argumentos anteriores.

**Sentencia 158/2015, de 15-06-2015
Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Vitoria
Magistrado – Juez: María Teresa Trinidad Santos
Letrados: Maite Ortiz y José María Erausquin**

Dicho esto, y entrando de lleno en el segundo Fundamento con el que la **Ilma. Audiencia de Gipuzkoa** niega el carácter influenciable del índice **IRPH Cajas**, hemos de recordar que el carácter abusivo de una cláusula ha de apreciarse en su naturaleza, en el desequilibrio que genera entre los derechos y deberes de las partes, en las posibilidades que otorga al profesional en relación con las que otorga al consumidor, resultando irrelevante si ha hecho, o no, uso de ellas, pues es suficiente con el mero desequilibrio de posiciones con el que las partes inician el recorrido del contrato para que pueda invocarse el carácter abusivo de la controvertida cláusula. De esta manera, la cuestión que nos ocupaba no se refería a si las entidades se unieron con el objeto de elevar sus tipos de interés; ni si se beneficiaron de ello y en cuanto lo hicieron; ni si los datos que remitieron al **Banco de España** eran o no ciertos; ni si ello suponía una práctica contraria a la libre competencia; no estábamos analizando conductas sino posibilidades de actuación desde una posición dominante en la que se colocó la entidad de crédito por imposición del referido tipo de interés, generando así un desequilibrio de posiciones jurídicas desde el mismo momento en que se inició el devenir del préstamo. En suma, no se trataba de analizar lo que hacía o había hecho la entidad demandada en aplicación de la controvertida cláusula, sino lo que pudo llegar a hacer, esto es, las posibilidades de hacer que se adjudicó para sí a partir del tipo de interés que impuso en el contrato (se observa así el carácter definitivo de la existencia o inexistencia de negociación).

De ahí que lo que reiteráramos en nuestras demandas era que el juzgador analizara y valorara si la entidad tenía posibilidad de influir en la determinación del tipo **IRPH Cajas**, si tenía conocimiento de cómo afectaban al **IRPH Cajas** los superiores diferenciales y los incrementos de comisiones que recogieran los posteriores contratos suscritos con los nuevos clientes, y, en consecuencia, si ello suponía que una de las partes, concretamente la parte profesional, podía influir, en su exclusivo beneficio, en uno de los elementos del contrato.

Y, desde luego, no podemos aceptar que el carácter influenciable del índice exija necesariamente la existencia de un acuerdo del conjunto de entidades para elevar sus tipos de interés, pues en el caso de una media simple, donde todos los elementos contribuidores tienen el mismo peso específico, **la posibilidad de influencia es individual**, pues cada elemento conoce tanto su peso, como el del resto de los intervinientes, en la confección de la media.

En este sentido, el profesor Juan Etxebarria Murgiondo se muestra contundente ...

Derivado de la fórmula utilizada se demuestra la posibilidad y capacidad de las entidades que aportan los datos para el cálculo del índice, para incidir, influir, manipular y condicionar el resultado final **tanto de cada una de ellas de forma individual como de forma grupal**, en el caso de que las mismas decidieran hacerlo de forma coordinada.

Cada entidad de forma autónoma, es decir **sin necesidad de ponerse de acuerdo con otras**, puede prever de forma precisa y exacta las consecuencias que los incrementos (positivos o negativos) en los tipos de interés de las operaciones realizadas en un período de tiempo determinado van a tener en el resultado del cálculo posterior del IRPH.

En el caso del IRPH, dado que para su cálculo se utiliza la media, y es un indicador muy poco robusto (en el sentido estadístico), es evidente y trivial que **cada una de las entidades**, independientemente de su tamaño o volumen tiene una capacidad de influencia exactamente cifrada en el (incremento/n) %, pudiendo ser este incremento positivo o negativo.

Dado que el cálculo del mismo se realiza calculando la MEDIA SIMPLE (no ponderada) de los datos remitidos por el conjunto de Entidades que operan en el mercado, **cada entidad que opera en dicho mercado sabe con precisión y exactitud la repercusión al alza o a la baja que el incremento positivo o negativo de los tipos de interés de su entidad va a tener en el cálculo del próximo IRPH: cada unidad de cambio en la entidad, automáticamente supone un cambio del (1/n) % donde n es el número de entidades cuyos datos se tienen en cuenta para el cálculo del índice.**

La demostración matemática de la repercusión e influencia es trivial y se deriva de la propia fórmula de cálculo del valor de IRPH.

Juan Etxebarria Murgiondo
27-06-2016

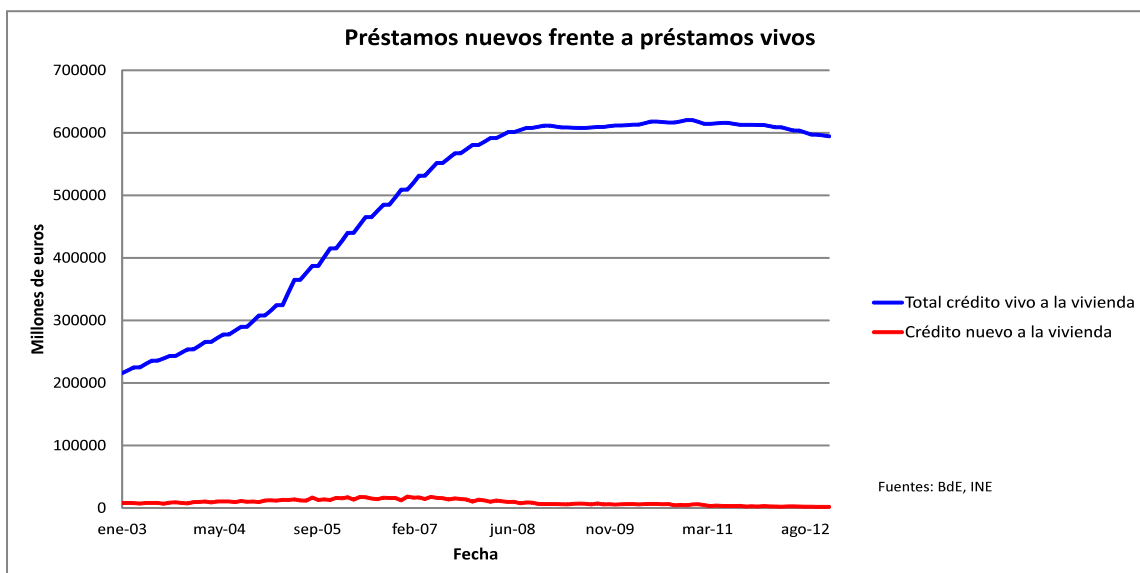
Catedrático Acreditado de Estadística Aplicada
Doctor en Metodología Estadística de Regresión y Análisis Multivariantes

Y lo que nunca hemos podido llegar a entender es que la Ilma. Audiencia Provincial de Gipuzkoa califique como **“supuesta posibilidad de manipulación”** lo que es, precisamente, el objeto de la controversia, y menos que se refiera a tal posibilidad como una **“hipótesis sin fundamento”** cuando se trata de un **axioma aritmético** que no admite ninguna discusión.

Y añade la Ilma. Audiencia Provincial de Gipuzkoa, para reforzar su fundamento, que tal práctica ninguna ventaja podría acarrear a las entidades que lo hicieran, pues en tal caso, los prestatarios hubieran acudido a solicitar sus préstamos a otros Bancos.

No podemos compartir tal afirmación, pues siendo teóricamente cierto que si una única entidad incrementara sus tipos de interés se produciría un desplazamiento de clientes hacia otra entidad que ofreciera precios más ajustados, también lo es que conociendo cada entidad su peso específico en el mercado hipotecario español, resulta perfectamente razonable que optara por un encarecimiento de sus condiciones, aún sabiendo que ello podía suponerle una pérdida de mercado, si, por otro lado, ese encarecimiento traía en consecuencia un incremento del **IRPH** en toda la cartera de anteriores clientes que tenían referido su préstamos a ese tipo de interés.

El siguiente gráfico nos muestra la relación entre los préstamos vivos y los nuevos préstamos concedidos para la adquisición de vivienda a fin de poder comprobar como resultaba muy rentable, para las entidades, incrementar los tipos de interés y/o las comisiones de los escasos préstamos que contrataban, aún a costa de perder una cierta cuota del mercado de nuevos clientes, si con ello incrementaban el tipo de interés **IRPH** de los cientos de miles de préstamos anteriores, previsión que podían realizar con exactitud aritmética.



Resultaba indudable, por tanto, que una entidad podía ...

- (1) ... valorar el impacto negativo que podía tener en sus previsiones de nuevos créditos un incremento de sus tipos de interés;
- (2) ... calcular con total precisión la incidencia positiva que tal incremento iba a tener en su cartera de préstamos vivos referidos a **IRPH Cajas**;
- (3) ... elaborar diferentes escenarios y decidir con total conocimiento de las consecuencias económicas de la decisión que tomara.

Y a ello se refiere con rotunda claridad el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Vitoria ...

Y si bien es cierto que al ofrecer una determinada entidad tipos de interés más elevados puede llegar a perder cuota de mercado, le puede resultar más rentable perder cuota de mercado y conceder menos préstamos si a cambio obtiene mayores beneficios a través de los préstamos que ya tiene en cartera referenciados al IPRH.

Sentencia 158/2015, de 15-06-2015
 Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Vitoria
 Magistrado – Juez: María Teresa Trinidad Santos
 Letrados: Maite Ortiz y José María Erausquin

Acostumbran a responder las entidades que no cabe pensar que puedan mover de manera “caprichosa” sus tipos de interés; que siendo cierto lo que afirmamos, lo es a efectos meramente teóricos, pues en la realidad ninguna entidad modifica alegremente sus tipos de interés.

Pues bien, si acudimos a los escasos datos que nos resulta posible conocer, datos trimestrales publicados en cumplimiento de lo establecido en la Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, observamos que, por ejemplo, en el caso de Bankia, anterior Cajamadrid, las oscilaciones de los tipos medios de interés aplicados a sus clientes fueron las siguientes

PERIODO	TIPO MEDIO APLICADO
Primer Trimestre 2013	2,88%
Segundo Trimestre 2013	1,55%
Tercer Trimestre 2013	3,74%
Cuarto Trimestre 2013	5,02%
Primer Trimestre 2014	1,47%
Segundo Trimestre 2014	4,06%
Tercer Trimestre 2014	1,39%
Cuarto Trimestre 2014	1,27%

A la vista de los datos, ¿es sólo una realidad teórica que las entidades pueden mover caprichosamente sus tipos de interés?. ¿Qué razones se pueden dar para explicar que la media de los tipos de interés concedidos por Bankia a sus clientes oscilaran entre 1,55%, el segundo trimestre de 2013 y 5,02% en el cuarto trimestre?.

Los hechos no admiten duda, la entidad encareció injustificadamente sus tipos de interés al margen de la evolución del precio del dinero, lo que prueba que las entidades contribuidoras pueden incorporar a los contratos diferenciales y comisiones oportunistas, interesados, no negociados, en su exclusivo interés, incrementado con ello las cuotas de cientos de miles de préstamos que en su día se refirieron al tipo de interés **IRPH Cajas**.

3º.- ...

c).- Que el índice IRPH Entidades se vea influido por los tipos de interés a los que las entidades 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.

S.A.P.Gipuzkoa 137/2015, de 09-06-2015

Este tercer Fundamento resulta francamente desalentador, pues tras acompañar nuestras demandas de innumerables gráficos, fórmulas y razonamientos aritméticos que probaban, sin ningún género de duda, el carácter influenciado tanto del índice **IRPH Cajas** como del índice **IRPH Entidades**, y tras conseguir que el **Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Donostia** declarara nulo el índice **IRPH Entidades** en **Sentencia 137/2015, de 9 de junio de 2015**, la **Ilma. Audiencia de Gipuzkoa** revocó dicha, añadiendo a los anteriores Fundamentos, ya comentados, que el hecho de que el **IRPH Entidades** se vea influido por los tipos de interés a los que las entidades suscriben los contratos de préstamo no determina que sea manipulable por dichas entidades, pues el consumidor es libre de no suscribir el contrato o negociarlo con otra entidad.

O sea, el índice **IRPH Entidades** no es influenciado porque el cliente pudo no aceptarlo o acudir a otra entidad. Y aquí cabe preguntarse qué relación tiene el hecho de que un cliente acepte o no un determinado índice con que éste, por su naturaleza y método de cálculo, resulte susceptible de manipulación.

Llevado este argumento a la problemática general respecto a las cláusulas abusivas, ninguna cláusula resultaría abusiva, pues el consumidor bien pudo no firmar o acudir a otra entidad.

Es más, aplicando este criterio en otros ámbitos, bien se podría rechazar la reclamación de indemnización por accidente aéreo, pues el viajero fallecido bien pudo no tomar el avión o contratar con otra compañía aérea.

¡Desolador!.

VIII.-

Centrada la controversia en si el **IRPH** era o no influenciable por las entidades de crédito que remitían sus datos al **Banco de España**, comparecimos ante el **Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Burgos**, donde, con el ánimo de aclarar la cuestión de la influenciabilidad del índice, solicitamos el interrogatorio del **Banco de España** como persona jurídica.

Entregamos al juzgador el listado de preguntas, y éste, tras aclarar sus dudas sobre el propósito con el que se formulaban algunas de ellas, consideró que todas eran pertinentes y las remitió al **Banco de España**.

Recibida la respuesta no pudimos contener la alegría, ... el **Banco de España** reconocía el carácter influenciable del índice **IRPH** por las entidades de crédito que participaban de su determinación, reconocía que tal influencia era cuantitativamente predecible, y reconoció que el efecto de las comisiones era **“automático”**. Sin embargo, para nuestra sorpresa, el juzgador entendió que en aplicación del **artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE** no cabía realizar un control de abusividad de las cláusulas que definen el objeto principal del contrato o el precio.

La sorpresa fue importante porque si el juzgador entendía que no se podía entrar a valorar las cláusulas que definen el objeto principal, y observa que todo el interrogatorio propuesto iba orientado a probar el carácter influenciable del tipo de interés **IRPH Cajas**, por qué las declaró pertinentes?

No obstante, desde aquél momento, todas las desestimaciones de nuestra pretensión de nulidad del **IRPH** por resultar abusivo y contrario a disposiciones de nuestro ordenamiento se han fundado en la imposibilidad de control judicial de abusividad de las cláusulas que definen el objeto principal del contrato, y ello en base al **artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE**.

Y a ello vamos a dedicar la última parte de esta ponencia ...

IX.-

2.- La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible.

Artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE

Resulta indiscutible que el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE constituye una disposición limitativa del alcance del control jurisdiccional de abusividad por cuanto exceptúa de dicho control ciertos elementos integrantes del clausulado del contrato, concretamente aquellos que se refieren al objeto principal del contrato, a la adecuación entre precio y retribución, y a los bienes o servicios que hubieran de proporcionarse como contrapartida, eso sí, siempre que las cláusulas referidas a estos elementos hubieran sido redactadas de manera clara y comprensible.

Ahora bien, resulta igualmente cierto que el Consejo de las Comunidades Europeas permite a los Estados Miembros adoptar o mantener su nivel interno de protección a los consumidores, cuando este fuera superior al exigido por la Directiva 93/13/CEE, y ello sobre la base del Considerando 12 y del artículo 8, ambos de la propia Directiva 93/13/CEE, que posibilitan que dichos Estados Miembros, siempre en aras de garantizar un mayor nivel de protección de los consumidores, puedan obviar las limitaciones recogidas en el citado artículo 4.2.

El Considerando 12 de la Directiva 93/13/CEE considera importante dejar que los Estados Miembros puedan elevar el nivel de protección de sus consumidores mediante disposiciones más estrictas que las de la propia Directiva ...

Considerando ... que es importante dejar a los Estados Miembros la posibilidad, dentro del respeto del Tratado, de garantizar una protección más elevada al consumidor mediante disposiciones más estrictas que las de la presente Directiva.

Considerando 12 de la Directiva 93/13/CEE

Y el artículo 8 de la reiterada Directiva 93/13/CEE, establece que ...

Los Estados Miembros podrán adoptar o mantener en el ámbito regulado por la presente Directiva, disposiciones más estrictas que sean compatibles con el Tratado, con el fin de garantizar al consumidor un mayor nivel de protección.

Artículo 8 de la Directiva 93/13/CEE

CADA ESTADO MIEMBRO DECIDE HASTA DONDE PRETENDE ELEVAR EL NIVEL DE PROTECCION DE SUS CONSUMIDORES, Y CUANDO DECIMOS “CADA ESTADO MIEMBRO”, NOS REFERIMOS A SU PODER POLÍTICO, A SU PODER LEGISLATIVO.

Resulta igualmente indiscutible que el Estado Español no ha transpuesto el **artículo 4.2** de la **Directiva 93/13/CEE** a nuestro ordenamiento interno, pues la **Ley 7/98, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación** no hace ninguna referencia a tal limitación, por lo que teniendo en cuenta que el **artículo 8** de la misma permite que los Estados Miembros puedan adoptar o mantener disposiciones más estrictas que, siendo compatibles con el Tratado, puedan garantizar al consumidor un mayor nivel de protección, la pregunta que surge es ...

¿SE PUEDE ENTENDER QUE NO TRANSPONER EL ARTÍCULO 4.2 DE LA DIRECTIVA 93/13/CEE AL ORDENAMIENTO INTERNO ES UNA FORMA DE ADOPTAR O MANTENER DISPOSICIONES MAS ERICTAS A FIN DE GARANTIZAR UN MAYOR NIVEL DE PROTECCION DE LOS CONSUMIDORES ESPAÑOLES, EN LINEA CON LAS EXIGENCIAS DEL ARTÍCULO 8 DE LA MISMA DIRECTIVA?.

Y la respuesta la encontramos en las Conclusiones presentadas por la Abogada General **Sra. Verica Trstenjak**, de **29 de octubre de 2009**, en relación con la posterior **STJUE C-484/08**, de **3 de junio de 2010**, **asunto Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid**, concretamente en la **Conclusión 55** ...

55.- En consecuencia, las disposiciones nacionales que el legislador español ha puesto en vigor hasta la actualidad para adaptar el Derecho interno a la Directiva 93/13 y que no prevén una exclusión del control de contenido de cláusulas contractuales con arreglo al artículo 4, apartado 2, deben considerarse disposiciones «más estrictas» en el sentido del artículo 8 de la Directiva.

Conclusión 55
Abogada General Sra. Verica Trstenjak;
Asunto C-484/08
29-10-2009

Quiere ello decir que la Abogada General entiende, sin atisbo de duda, que las disposiciones españolas que no prevén una exclusión del control de abusividad de las cláusulas a las que se refiere el **artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE** constituyen esas disposiciones más estrictas a las que se refiere el **artículo 8** de la misma, lo que significa que la **Ley 7/98, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación**, al no haber transpuesto el controvertido **artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE** se comporta como una disposición **“más estricta”** en los términos recogidos por el **artículo 8 de la Directiva 93/13/CEE**.

El **Tribunal Supremo**, en el marco de un litigio entre Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid («Caja Madrid») y la Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios («Ausbanc»), en relación con la legalidad de la cláusula de redondeo al alza del tipo de interés remuneratorio introducida por Caja Madrid en los contratos de préstamo a tipo de interés variable celebrados con sus clientes y destinados a la adquisición de vivienda, se planteó la duda respecto a si podía entrar a conocer del carácter abusivo de una cláusula que definía el objeto principal, y resolvió suspendiendo el procedimiento y planteando tres cuestiones prejudiciales.

De las conclusiones previas elaboradas por la Abogada General **Sra. Verica Trstenjak**, el **29 de octubre de 2009**, destacamos las siguientes ...

10.- El ordenamiento jurídico español no ha sido adaptado al artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13.

Conclusión 10
Abogada General Sra. Verica Trstenjak;
Asunto C-484/08
29-10-2009

20.- La recurrida en el procedimiento principal y la Comisión alegan que la no adaptación del Derecho interno al artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 refleja la voluntad del legislador nacional de ampliar la protección del consumidor con arreglo al artículo 8 de la Directiva 93/13, extendiendo el control de contenido a cláusulas que se refieren al objeto principal del contrato.

Conclusión 20
Abogada General Sra. Verica Trstenjak;
Asunto C-484/08
29-10-2009

21.- A su juicio, tal interpretación viene confirmada por el Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 93/13 [COM(2000) 248], del que no puede derivarse ninguna objeción contra la no adaptación al Derecho interno del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, tanto más cuanto que en él se considera incluso la posibilidad de suprimir esta disposición de la Directiva.

Conclusión 21
Abogada General Sra. Verica Trstenjak;
Asunto C-484/08
29-10-2009

25.- El Gobierno español hace notar al respecto que las disposiciones más estrictas que prevé el ordenamiento jurídico español no tienen en ningún caso por objeto aislar el mercado español mediante barreras jurídicas que pudieran dificultar el acceso a personas de otros Estados miembros que ejercen una actividad profesional. Su objeto consiste más bien en proteger al consumidor de conformidad con la finalidad de la Directiva.

Conclusión 25
Abogada General Sra. Verica Trstenjak;
Asunto C-484/08
29-10-2009

41.- Como se ha mencionado al principio, (13) la presente petición de decisión prejudicial tiene básicamente por objeto la cuestión de si la Directiva 93/13 atribuye la competencia a los Estados miembros, mediante la adopción de las disposiciones nacionales correspondientes o – como en el caso del Reino de España – mediante la no adaptación del Derecho nacional al artículo 4, apartado 2, de la Directiva, de ampliar también el alcance de la apreciación jurídica del carácter abusivo de cláusulas contractuales contemplada en el artículo 4, apartado 1, a los tipos de cláusulas mencionadas en el artículo 4, apartado 2.

Conclusión 41
Abogada General Sra. Verica Trstenjak;
Asunto C-484/08
29-10-2009

48.- [...] las dudas relativas a la interpretación de la Directiva 93/13 tuvieron por consecuencia que el Reino de España, al igual que otros Estados miembros, renunciara a incorporar el artículo 4, apartado 2, a su ordenamiento interno, haciendo uso de la facultad que le atribuye el artículo 8 de la Directiva, que prevé una exclusión del control de contenido de las cláusulas. (19) Si se ha examinado adecuadamente la petición de decisión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta al Tribunal de Justicia dónde se encuentran los límites del control de contenido de cláusulas contractuales exigido por el Derecho comunitario y si, en su caso, los Estados miembros pueden ampliar este control de contenido sin infringir el Derecho comunitario. (20)

Conclusión 48
Abogada General Sra. Verica Trstenjak;
Asunto C-484/08
29-10-2009

53.- En consecuencia, la aplicabilidad de esta disposición al procedimiento principal implica, en primer lugar, que una ampliación del control de contenido de cláusulas contractuales a su carácter abusivo, como prevé el ordenamiento jurídico español, renunciando a incorporar la limitación de control del artículo 4, apartado 2, de la Directiva, garantiza efectivamente un mayor nivel de protección al consumidor.

Conclusión 53

Abogada General Sra. Verica Trstenjak;

Asunto C-484/08

29-10-2009

84.- A la luz de todas las consideraciones precedentes, el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 no puede calificarse de disposición imperativa, que pudiera impedir a un Estado miembro invocar el artículo 8 de la Directiva para adoptar disposiciones que amplíen el alcance del control de contenido a otros objetos contractuales, como el objeto principal del contrato o la adecuación de la relación entre precio y servicio.

Conclusión 84

Abogada General Sra. Verica Trstenjak;

Asunto C-484/08

29-10-2009

87.- Dado que la Directiva 93/13/CEE sólo prevé una armonización mínima, dicha Directiva no sería en principio contraria a una ampliación del control, que quieren los Estados miembros, a otros objetos del contrato como el objeto principal del contrato o la adecuación de la relación entre precio y servicio, sobre todo al proporcionar esta medida un mayor nivel de protección del consumidor. (62)

Conclusión 87

Abogada General Sra. Verica Trstenjak;

Asunto C-484/08

29-10-2009

86.- La Directiva 93/13 se propone garantizar una protección mínima unificada frente a cláusulas abusivas de los contratos con consumidores en los Estados miembros de la Comunidad. Según el duodécimo considerando, este objetivo debe ser logrado mediante una armonización parcial de las disposiciones nacionales en el ámbito de la protección al consumidor. (60)

La autorización del artículo 8, que permite a los Estados miembros conservar o adoptar disposiciones en sus ordenamientos jurídicos nacionales, que garanticen una protección superior al nivel mínimo establecido por la Directiva, constituye una expresión normativa del principio que subyace en la Directiva 93/13 relativo a una simple armonización mínima. (61)

Como se desprende del duodécimo considerando, es importante dejar a los Estados miembros la posibilidad de garantizar una protección más elevada al consumidor mediante disposiciones más estrictas que las de la presente Directiva. Este enfoque de armonización mínima atribuye a los Estados miembros una facultad normativa considerable.

A contrario, también se deriva de esta disposición que una diferencia a la baja, es decir, un nivel de protección del consumidor que quede a la zaga de los objetivos de la Directiva, no sería compatible con los principios de la Directiva.

Conclusión 86
Abogada General Sra. Verica Trstenjak;
Asunto C-484/08
29-10-2009

Y el **TJUE**, en **Sentencia de 3 de junio de 2010, asunto C-484/08**, se reafirma en algunas de estas conclusiones anteriormente citadas en forma de los siguientes Fundamentos

9.- No obstante, la Ley 7/1998 no incorporó el artículo 4, apartado 2, de la Directiva al ordenamiento español.

Fundamento 9º
STJUE C-484/08, de 03-06-2010

41.- Pues bien, por lo que respecta a la normativa española de que se trata en el litigio principal, debe señalarse que, tal como se desprende de los autos remitidos al Tribunal de Justicia, la Ley 7/1998 no ha incorporado el artículo 4, apartado 2, al ordenamiento interno.

Fundamento 41º
STJUE C-484/08, de 03-06-2010

42.- En consecuencia, en el ordenamiento jurídico español, como señala el Tribunal Supremo, un órgano jurisdiccional nacional puede apreciar en cualquier circunstancia, en el marco de un litigio relativo a un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, el carácter abusivo de una cláusula no negociada individualmente, que se refiera en particular al objeto principal de dicho contrato, incluso en supuestos en que esta cláusula haya sido redactada de antemano por el profesional de manera clara y comprensible.

Fundamento 42º
STJUE C-484/08, de 03-06-2010

44.- A la luz de estas consideraciones, procede responder a las cuestiones primera y segunda que los artículos 4, apartado 2, y 8 de la Directiva deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, 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.

Fundamento 44º
STJUE C-484/08, de 03-06-2010

49.- A la luz de todas estas consideraciones, procede responder a la tercera cuestión que 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.

Fundamento 49º
STJUE C-484/08, de 03-06-2010

En conclusión, la duda respecto a la posibilidad de que un órgano jurisdiccional español pueda apreciar, en el marco de un litigio relativo a un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, el carácter abusivo de una cláusula no negociada individualmente que se refiera en particular al objeto principal de dicho contrato, incluso en supuestos en que esta cláusula haya sido redactada de antemano por el profesional de manera clara y comprensible, **YA FUE RESUELTA POR EL TJUE** en el sentido de que la **Directiva 93/13/CEE** no se opone a 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.

Dictada por el **TJUE** la **Sentencia de 3 de junio de 2010, asunto C-484/08**, que, en relación con las **cuestiones prejudiciales** planteadas por el **Tribunal Supremo**, concluía que una normativa nacional, en este caso la **Ley 7/98, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación**, podía someter a control de abusividad las cláusulas contractuales que se refirieran al objeto principal del contrato o a la adecuación entre precio o retribución y servicios, el citado Tribunal Supremo procedió a conocer respecto del posible carácter abusivo de la cláusula de redondeo al alza del tipo de interés remuneratorio introducida por **Caja Madrid** en los contratos de préstamo a tipo de interés variable celebrados con sus clientes y destinados a la adquisición de vivienda.

Y así, en **Sentencias de 4 de noviembre de 2010, 1 de diciembre de 2010, y 2 de marzo de 2011**, reiteró que el único requisito exigible para poder proceder al control de abusividad de una cláusula contractual era que esta no fuera el resultado de una negociación individual.

Concretamente, la **Sala 1ª de lo Civil del Tribunal Supremo**, en **Sentencia 75/2011, de 2 de marzo de 2011**, y en su **Fundamento 3º**, recogía, de manera contundente, que resultaba indiferente si se trataba o no de la fijación del precio, y ello apoyándose en la ya citada **Sentencia del TJUE de 3 de junio de 2010, asunto C-484/08**, que autorizaba que una normativa nacional pudiera someter a control de abusividad las cláusulas contractuales que se refirieran al objeto principal del contrato o a la adecuación entre precio o retribución y servicios.

Y en el citado **Fundamento 3º** se recoge que ...

Los órganos jurisdiccionales nacionales pueden apreciar en cualquier circunstancia, en el marco de un litigio relativo a un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, el carácter abusivo de una cláusula no negociada individualmente, que se refiera en particular al objeto principal de dicho contrato, incluso en supuestos en que esta cláusula haya sido redactada de antemano por el profesional de manera clara y comprensible.

Fundamento 3º
STS 75/2011, de 02-03-2011

Si con fecha **4 de noviembre de 2010**, **1 de diciembre del mismo**, y **2 de marzo de 2011**, el **Tribunal Supremo**, a partir de la **Sentencia C-484/08**, del **TJUE**, de **3 de junio de 2010**, se pronunciaba en el sentido de que los órganos jurisdiccionales nacionales pueden apreciar en cualquier circunstancia, en el marco de un litigio relativo a un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, el carácter abusivo de una cláusula no negociada individualmente, que se refiera en particular al objeto principal de dicho contrato, incluso en supuestos en que esta cláusula haya sido redactada de antemano por el profesional de manera clara y comprensible, resulta difícil de comprender que, con fecha **18 de junio de 2012** y **9 de mayo de 2013**, invoque el **artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE** para establecer que respecto a los elementos que definen el objeto principal del contrato únicamente cabe realizar un doble control de transparencia.

Desde nuestro punto de vista, el criterio establecido por el **Tribunal Supremo** supone una **INTROMISION DEL PODER JUDICIAL EN COMPETENCIAS DEL PODER LEGISLATIVO**, y ello por cuanto el **legislador español**, por voluntad política de ofrecer a sus ciudadanos un nivel de protección superior al mínimo exigido por la **Directiva 93/13/CEE**, optó de manera voluntaria y consciente por la **no transposición** del **artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE** en la medida que dicha disposición suponía una limitación del alcance del control de abusividad del clausulado integrado en un contrato suscrito por consumidores, en perjuicio del consumidor.

X.-

Acostumbran los juzgadores nacionales a invocar la **Sentencia C-26/13**, del **TJUE**, **asunto Árpád Kásler y Hajnalka Káslerné**, donde se recoge la necesidad de someter a una interpretación estricta la exclusión prevista en el **artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE**, señalando que por cláusulas que afectan al objeto principal hemos de entender las que regulan prestaciones esenciales del contrato, pero nosotros entendemos que tal **Sentencia C-26/13** ha de analizarse en su contexto, pues no cabe extender la respuesta del **TJUE** a la cuestión prejudicial concreta planteada por la **curia húngara** a la situación española, y ello por varias razones.

Hemos de partir de la base de que el **legislador húngaro**, a diferencia del español, consideró que la **Directiva 93/13/CEE** cubría suficientemente la protección deseada para sus ciudadanos, por lo que obviando la facultad recogida en el **artículo 8** de la misma, transpuso íntegramente la citada Directiva al ordenamiento interno magiar, con lo que pocas dudas caben respecto a la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales húngaros puedan apreciar el carácter abusivo de las cláusulas que definen el objeto principal cuando estas estuvieran redactadas de manera clara y comprensible, siendo así que tal limitación figura en el propio ordenamiento húngaro.

[...]

4. El hecho de que las condiciones generales de la contratación y las cláusulas de un contrato celebrado con un consumidor que no hayan sido negociadas individualmente no estén redactadas de manera clara o comprensible fundamentará de por sí su carácter abusivo.

5. Las disposiciones relativas a las cláusulas contractuales abusivas no podrán aplicarse a las estipulaciones contractuales que definan la prestación principal ni a las que determinen la equivalencia entre prestación y contraprestación, siempre que dichas estipulaciones estén redactadas de manera clara y comprensible.

Artículo 209 del Código Civil Húngaro

Como podemos observar, los **apartados 4º y 5º** del **artículo 209 del Código Civil húngaro** reflejan la transposición al ordenamiento húngaro del **artículo 4.2** de la **Directiva 93/13/CEE**, y muestran la diferencia entre un Estado Miembro, como **Hungría**, que ha transpuesto el **artículo 4.2** de la **Directiva 93/13/CEE** a su ordenamiento interno, y un Estado Miembro, como **España**, que no lo ha hecho.

Los órganos jurisdiccionales húngaros, dado que en Hungría no cabe apreciar el carácter abusivo de las cláusulas que definen el objeto principal, se encuentran, en ocasiones, con la duda de si la cláusula objeto de la controversia que les ocupa constituye una cláusula que define el objeto principal del contrato, y fué respecto de la interpretación que había de hacerse de **“cláusulas que definían el objeto principal”** sobre lo que versaban las cuestiones prejudiciales que planteó la curia húngara ante el **TJUE**, nada que ver con la cuestión que nosotros planteamos.

Concretamente, lo que planteaba la curia húngara era si una cláusula referida a un cambio de divisa incorporada a un contrato suscrito por un consumidor podía entenderse como cláusula que definía el objeto principal, - (y ello a fin de conocer si el juzgador húngaro podía realizar un control de abusividad) -, a lo que el **TJUE** respondió, en **Sentencia C-26/13**, de **30 de abril de 2014**, que la interpretación de cláusula que define el objeto principal había de ser restrictiva. Sin embargo, la cuestión que nosotros planteamos es si un órgano jurisdiccional español puede invocar una disposición, como el **artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE**, que nuestro legislador no quiso transponer a nuestro ordenamiento a fin de que el nivel de protección de nuestros consumidores fuera superior al mínimo recogido en la citada Directiva.

XI.-

Finalmente, hemos de resaltar que el Abogado General **Sr. Maciej Szpunar**, en sus Conclusiones relativas al **asunto C-421/14**, de **2 de febrero de 2016**, ha reiterado, una vez más, que el **artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE no se ha transpuesto al ordenamiento español**.

64. En cualquier caso, de la documentación transmitida al Tribunal de Justicia se desprende que el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 no ha sido objeto de transposición por parte del legislador nacional. Pese a ello, debo señalar que la falta de transposición al Derecho interno implica que, al autorizar la posibilidad de un control jurisdiccional completo del carácter abusivo de las cláusulas, como las contempladas en el artículo 4, apartado 2, de la Directiva, contenidas en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la normativa española de que se trata en el litigio principal permite garantizar al consumidor, conforme al artículo 8 de la Directiva 93/13, una protección efectiva más elevada que la prevista por esta última, aun cuando esta cláusula se refiera al objeto principal del contrato o a la relación calidad/precio de la prestación.

Conclusión 64
Abogado General Sr. Maciej Szpunar
Asunto C-421/14
02-02-2016

Resulta descorazonador observar que mientras el Abogado General **Sr. Maciej Szpunar** concluye ...

... **(1)** que la no transposición del **artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE** a nuestro Derecho interno implica la **posibilidad de un control judicial completo del carácter abusivo de cualquier cláusula**,

... **(2)** que la no transposición del **artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE**, conforme al **artículo 8** de la misma, **garantiza al consumidor una protección más elevada que la prevista por esta última, aún cuando la cláusula analizada se refiera al objeto principal del contrato o a la relación calidad/precio de la prestación**,

... la realidad es que los órganos jurisdiccionales españoles, invocando dicho **artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE**, limitan el control de abusividad a un mero control de transparencia.

De esta manera, la aplicación del **artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE**, que limita el control de abusividad de, entre otras, cláusulas como la **“cláusula suelo”**, **“cláusulas de interés variable IRPH”**, e incluso **“cláusulas de interés moratorio”**, a un mero control de transparencia, sin posibilidad de realizar un control de abusividad en relación con el **artículo 3.1 de la Directiva 93/13/CEE**, supone una importante **LIMITACION EN LAS POSIBILIDADES DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR** en beneficio de las entidades financieras.

Y así, nos venimos encontrando con juzgadores que no entran a valorar el carácter abusivo del índice **IRPH**, de los intereses de demora, de la utilización del año ficticio de 360 días para la determinación de los intereses, por entender que se trata de cláusulas que afectan al precio ...

Para ello, lo primero que debemos destacar es que en la medida en que los índices de referencia empleados en las escrituras públicas de los préstamos suscritos por el actor con la demandada, en la medida que las estipulaciones sobre los intereses (en concreto la que refiere al cálculo sobre la base de 360 días) y en la medida en que los intereses de demora forman parte del precio y por tanto, del elemento esencial del contrato, no es posible someterlos al control judicial de abusividad en cuanto a su contenido (desequilibrio de prestaciones), debiendo prevalecer el principio de libertad de precios que rige en toda economía de mercado y de liberalización de intereses, al estar ante un contrato bilateral, con causa onerosa y que genera obligaciones recíprocas para ambas partes.

Sentencia 88/2016, de 23-03-2016
Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Palma de Mallorca
Magistrado - Juez: Victor Fernández González
Letrados: Maite Ortiz y José María Erasquin

Sin embargo, ese mismo juzgador, en la misma **Sentencia 88/2016**, afirma ...

Como se aprecia, el máximo intérprete de la Directiva 93/13, que es el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, considera que las cláusulas contempladas en el art. 4.2 de la misma pueden ser analizadas por los tribunales españoles.

España, además, no ha incorporado tal apartado de la citada directiva, lo que supone que los tribunales españoles pueden analizar el objeto principal del contrato, y la adecuación entre el precio y la retribución en la forma que se ha efectuado en la presente resolución, sin que sea necesario plantear la cuestión solicitada.

**Sentencia 88/2016, de 23-03-2016, FJ7º
Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Palma de Mallorca
Magistrado - Juez: Víctor Fernández González
Letrados: Maite Ortiz y José María Erasquin**

Como verán, por un lado el juzgador entiende que no resulta necesario plantear la cuestión prejudicial por cuanto está claro que los tribunales españoles pueden analizar el objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución, para luego resolver que en la medida en que los intereses, tanto remuneratorios como moratorios, forman parte del objeto principal, concluir que no resulta posible someterlos a control judicial de abusividad en cuanto a su contenido, y desestimar íntegramente la demanda con condena en costas al afectado.

Y ello nos lleva a una realidad que probablemente el **Tribunal Supremo** desconozca, y es que las entidades de crédito, sabedoras que lo único que tienen que hacer es salvar el doble control de transparencia, están imponiendo todo tipo de abusos haciendo firmar, e incluso grabando, a los clientes, necesitados del préstamo, una declaración en la que reconocen haber sido perfectamente informados, conocer perfectamente el contenido económico de las cláusulas del contrato que firman, y lo que les pongan a firmar, evitando así que, en el futuro, estos clientes puedan reclamar el carácter abusivo de las cláusulas de su contrato, pues la incorporación de tales abusos fue clara y transparente.

En suma, el **Tribunal Supremo** ha distorsinado el objetivo de la **Directiva 93/13/CEE** haciendo que lo relevante, en relación con los elementos esenciales del contrato, ya no sea si la cláusula que los define crea un desequilibrio importante, en perjuicio del consumidor, en derechos y deberes para las partes, sino si su incorporación al contrato fue, o no, clara y transparente; es decir, hemos desplazado el foco de atención desde el desequilibrio de derechos y deberes hasta la transparencia de incorporación, con lo que a medio plazo ya no existirán cláusulas abusivas, pues todas se habrán incorporado al contrato con luz y taquígrafos.

Y en este estado de cosas cabe preguntarse que utilidad tiene la **Directiva 93/13/CEE**, de qué protege al consumidor, si resulta que las cláusulas que más daño le pueden hacer, esas que se refieren al precio, no pueden ser objeto de un control de abusividad en los términos de su **artículo 3.1**, una duda que, al igual que nosotros, también se plantea el Abogado General Sr. **Nils Wahl**

35. En primer lugar, resulta sorprendente que la Directiva 93/13, cuyo principal objetivo es proteger al consumidor, excluya al mismo tiempo que pueda apreciarse el carácter abusivo de las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente y que se sitúan en el propio núcleo del contrato. (8)

Esto explica ciertamente que determinados Estados miembros hayan elegido ampliar el nivel de protección otorgado por la Directiva 93/13, no incorporando la limitación derivada del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 en sus normas de transposición. (9)

Conclusión 35
Abogado General Sr. Nils Wahl
Asunto C-26/13
12-02-2014

XII.-

Y ello nos ha llevado a solicitar de los juzgadores el planteamiento de cuestión prejudicial ante el **TJUE** en el sentido de si puede un órgano jurisdiccional español invocar una disposición, como el **artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE**, que el legislador no ha querido transponer a nuestro ordenamiento a fin de que el nivel de protección de los consumidores españoles alcance también a las cláusulas que definen el objeto principal, y la realidad es que ninguno ha estimado nuestra propuesta.

Sin embargo, queremos comentar especialmente el **Auto** dictado por la **Sección 3ª** de la **Ilma. Audiencia Provincial de Burgos**, que tras rechazar nuestra propuesta ...

Rechazar el planteamiento de la cuestión prejudicial ante el TJUE propuesta por la parte apelante Don Roberto Dominguez Arroyo, representado por el Procurador Sr. Moliner Gutierrez, en relación con las dos preguntas enunciadas en el primer Fundamento jurídico de esta resolución, sin imposición de costas procesales.

Auto de la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 3ª
04-07-2016

... reconoce que el legislador español no transpuso el **artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE** a nuestro ordenamiento interno ... **al parecer**, por un **error en la votación parlamentaria** ...

El artículo 4.2 de la Directiva 93/13 dispone que “la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que haya de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible”.

Sin embargo, es aceptado que el legislador español no transpuso el artículo 4.2 al ordenamiento interno (al parecer por un error en la votación parlamentaria).

Auto de la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 3ª

FJ2º

04-07-2016

Aceptar que el legislador no transpuso el **artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE** a nuestro ordenamiento, pero aplicarlo en perjuicio del consumidor aludiendo a que **al parecer hubo un error en la votación parlamentaria** constituye, a nuestro modo de entender, un auténtico despropósito.

Y en relación con el legislador español añade ...

... ha tenido la oportunidad de regularizar la falta de transposición del artículo 4.2 de la Directiva en varias ocasiones con la Ley 44/2006, con el RDL 1/2007 con el que aprobó el TR de la LGDCU y con la Ley 3/2014, de 27 de marzo de transposición de la Directiva 2011/18/EU.

Auto de la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 3ª

FJ2º

04-07-2016

... sin valorar que si no lo ha hecho es porque no está interesado en incorporar tal disposición a nuestro ordenamiento; ... y concluyendo que es el propio **Tribunal Supremo** quien rectificando planteamientos anteriores, - (que eran los verdaderamente ajustados a la voluntad del legislador) -, declara aplicable el **artículo 4.2 de la Directiva**, contrariando la voluntad del legislador y ocupando, escandalosamente, su lugar, un lugar que no le corresponde por un elemental principio de separación de poderes.

Tras varias sentencias confusas derivadas de la doctrina del asunto Caja Madrid (STS 4.11.2010, 20.12.2010 y 2.3.2011), nuestro Tribunal Supremo abordó adecuadamente la cuestión por primera vez en la STS de 18 de junio de 2012 y lo confirmó en este punto en la Sentencia del Pleno de 9.5.2013 (241/2013), sobre cláusulas suelo, confirmada por otras posteriores.

Rectificando planteamientos anteriores, el TS declara aplicable el artículo 4.2 de la Directiva en una interpretación conforme con esta y veta el control sustantivo del equilibrio de las contraprestaciones. Por tanto, por regla general, no puede examinarse la abusividad del contenido de las cláusulas que regulan los elementos esenciales del contrato por el desequilibrio entre las contraprestaciones.

Auto de la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 3ª

FJ2º

04-07-2016

Muchas gracias