



ADMINISTRACIÓN  
DE  
JUSTICIA

**SECCION Nº 6 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MÁLAGA**

CIUDAD DE LA JUSTICIA.

C/ Fiscal Luis Portero García, s/n

Tlfo. 951 939 216/051 939 016. Fax. 951 939 116

**SENTENCIA Nº300/2020**

ILTMOS/AS. SRES/AS.

PRESIDENTE:

D. ANTONIO ALCALÁ NAVARRO.

MAGISTRADOS:

DOÑA INMACULADA SUAREZ-BÁRCENA FLORENCIO

DOÑA SOLEDAD JURADO RODRIGUEZ.

D. LUIS SHAW MORCILLO.

D. ENRIQUE SANJUÁN Y MUÑOZ.

DOÑA CARMEN MARÍA PUENTE CORRAL

**En Málaga, a 18 de marzo de 2020.**

**Vistos por los magistrados reseñados de la Sección Sexta de esta Audiencia Provincial en grado de apelación, RAC 206/18 , los autos procedentes del Juzgado de Primera Instancia 3 de Marbella (Málaga) , juicio ordinario 549/17 , de una como apelante**





ADMINISTRACIÓN  
DE  
JUSTICIA

representado por el/la procurador Sr/Sra. [REDACTED]  
y defendida por el/la letrado/a Sr./Sra. Gallo Domínguez, frente a [REDACTED]  
[REDACTED] representados por el/la procurador S[REDACTED]  
defendido por el/la letrado/a [REDACTED], venimos a resolver conforme a los  
siguientes.

El objeto del procedimiento ha sido condiciones generales de la contratación.

#### I. ANTECEDENTES DE HECHO.

**PRIMERO:** Por sentencia de fecha 27 de noviembre de 2017 dictada en el juicio ordinario 549/17 del Juzgado de Primera Instancia 3 de Marbella, se resolvió conforme a los siguientes:

*“Que ESTIMANDO la demanda interpuesta por [REDACTED] ntra la entidad [REDACTED], declaro la nulidad de pleno derecho de la Cláusula 3.2 sobre el tipo de interés ordinario de referencia y de la Cláusula 3.3 sobre el tipo mínimo de interés o “cláusula suelo”, todo ello de las Cláusulas Financieras de la escritura de préstamo hipotecario otorgada ante el No [REDACTED] Churruca con fecha de 20 de enero de 2.004, con el número 142 de su protocolo, en el que actuó como prestamista la dema [REDACTED] préstamo en el que se subrogó el actor Sr. Jordan mediante la Estipulación Segunda a) de la escritura de compraventa con subrogación en préstamo con garantía hipotecaria otorgada ante el N [REDACTED] 5, con el número 1.893 de su protocolo, aportadas como documentos nº 2 y 2 bis de la demanda, condenando a la demandada a eliminar dichas cláusulas del citado contrato de préstamo hipotecario, teniendo las mismas por no puestas ni incorporadas al contrato, absteniéndose de aplicarlas en el futuro, condenándola, igualmente, a la devolución al prestatario demandante de las cantidades que han sido abonadas de más por el mismo en cumplimiento*



*del contrato objeto de litis y como consecuencia de la aplicación de las cláusulas 3.2 y 3.3 declaradas nulas desde el inicio de su aplicación, sin limitación temporal, es decir, desde el principio del contrato, así como todas aquellas cantidades que en aplicación de dicha cláusula vaya cobrando la demandada durante la tramitación del procedimiento y hasta la resolución definitiva del litigio y eventual ejecución, cantidad que vendrá constituida por la diferencia entre el interés que hubiera procedido abonar según el contrato si no hubiera existido el índice de referencia de la cláusula 3.2, sin aplicar índice de referencia alguno, ni la citada "cláusula suelo", sino únicamente, en cuanto a los intereses ordinarios o remuneratorios, el diferencial convenido, y el interés efectivamente abonado, y ello conforme al cuadro de amortización del préstamo recalculado al tipo del 0,10% menos la cuota de bonificación que pudiera corresponder, sin aplicación de las cláusulas declaradas nulas, que habrá de presentar la demandada y condenada en el plazo que se le señale al efecto, y ello imputando todos los pagos efectuados por la prestataria por todos los conceptos al abono de los intereses ordinarios y a la amortización de intereses y capital del préstamo; más el interés legal de la cantidad resultante de la anterior liquidación desde la fecha de cada cobro indebido, con aplicación desde la fecha de esta sentencia de lo dispuesto en el art. 576 de la N.L.E.C.; condenando, igualmente, a la demandada al pago de las costas procesales causadas. “*

**SEGUNDO:** Con fecha 4 de enero de 2018 se interpuso recurso de apelación alegando error en la apreciación de la prueba.

**TERCERO:** Mediante escrito de fecha 26 de enero de 2018 se presentó oposición.

**CUARTO:** Elevados los Autos a esta Audiencia provincial y tras designación de ponente, quedaron vistos, tras estudio, para deliberación, votación y fallo para el día 22 de octubre de 2019.

**QUINTO:** Por Auto de fecha 8 de julio de 2019 se acordó la suspensión del mismo estando pendientes varias resoluciones al efecto del objeto del recurso por el TJUE.

**SEXTO:** Dictada resolución de fecha 3 de marzo de 2020 (Asunto C-125/18) se acordó levantar la suspensión por Providencia de fecha 12 de marzo de 2020 señalando para votación y fallo el día 18 de marzo de 2020.



En las presentes actuaciones fue designado ponente D. [REDACTED] quien expresa el parecer de la Sala.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO:

### Primero: Delimitación del objeto del recurso.

1. La parte recurrente basa su recurso de apelación esencialmente en la imposibilidad de control del referencial aplicado en el contrato de préstamo hipotecario que une a las partes de fecha 15 de abril de 2005 en relación con la de 20 de enero de 2004, en donde se establecía el IRPH entidades.
2. En concreto la citada cláusula 3.2. recoge los denominados tipos de interés aplicables a los compradores subrogados respecto del préstamo inicial.
3. El tipo medio fijado en el apartado A) es el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para la adquisición de vivienda libre del conjunto de entidades de crédito y publicado mensualmente en el BOE, como índice o tipo de referencia oficial. En su defecto o subsidiariamente se aplicaría el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años de Bancos. Se establece un mínimo de 3,5% y un diferencial de 0,10 puntos.
4. El recurrente recoge diferentes alegaciones que se concentran, no obstante, en un solo motivo cual es entender que no es revisable dicho tipo referencial bajo el prisma de la transparencia por ser un índice oficial. Así entiende que no es posible dicho control de abusividad (STS 669/17 de 14 de diciembre), que la cláusula es clara y transparente por tratarse de índice oficial, que es solo conveniencia económica de la demandante por ser un interés menor, la imposibilidad de dejar el préstamo sin intereses (SAP de Granada de 6 de junio de 2017) y la revocación de la condena en costas.
5. La parte alega de pasada en uno de ellos que el prestatario intervino mediante un representante que era abogado. Se trata de una cuestión no recogida en su contestación a la demanda y no discutida ni tratada en la sentencia por lo que se trata de una nueva alegación (*nova aperta*) que queda proscrita en esta segunda instancia. A estos efectos esta Audiencia Provincial ya ha venido a recoger los criterios aplicables en la SAP de Málaga, Sección 6ª



ADMINISTRACIÓN  
DE  
JUSTICIA

(RAC 651/18) de 28 de enero de 2020 . En la misma señalábamos lo siguiente: “La STS 605/2019 de 12 de noviembre de 2019 , ha venido a establecer como criterio que la intervención de un profesional conlleva que esta cuestión deba ser resuelta entendiendo la comprensión real o material: “...las negociaciones de la hipoteca contratada se mantuvieron con quien ocupaba ese cargo en la oficina en el momento de contratar, el padre conocía las características del producto contratado, incluida la cláusula impugnada, que la entidad llevaba años utilizando. Es decir, no se tiene en cuenta el mero hecho de que el padre del actor fuera empleado de la entidad, sino que hubiera sido precisamente subdirector de oficina, así como que su presencia debió ser decisiva para la concesión del préstamo hipotecario en atención a la situación laboral del actor y a que por esa misma razón asumía la responsabilidad de la deuda en caso de insolvencia de su hijo.” La STJUE de 15 de enero de 2015 ( C-537/13) ha puesto de manifiesto que “... el tribunal nacional ha de realizar esa apreciación teniendo en cuenta dicha naturaleza y todas las circunstancias que concurran en el momento de la celebración del contrato (véase, en ese sentido, la sentencia Aziz, C415/11, EU:C:2013:164, apartado 71, y el auto Sebestyén, C-342/13, EU:C:2014:1857, apartado 29).” La STJUE de 3 de septiembre de 2015 (C-110/14) matizó que un abogado podía considerarse como consumidor cuando actúa con un propósito ajeno a su actividad, y además que “...aunque se considere que un abogado dispone de un alto nivel de competencias técnicas (véase la sentencia Šiba, C537/13, EU:C:2015:14, apartado 23), ello no permite presumir que, en relación con un profesional, no es una parte débil. En efecto, tal como se ha recordado en el apartado 18 de la presente sentencia, la situación de inferioridad del consumidor respecto del profesional, a la que pretende poner remedio el sistema de protección establecido por la Directiva 93/13, afecta tanto al nivel de información del consumidor como a su poder de negociación ante condiciones contractuales redactadas de antemano por el profesional y en cuyo contenido no puede influir dicho consumidor.” Este mismo criterio lo seguimos en nuestra SAP de Málaga, de 23 de octubre de 2018 (Rollo 1664/17) y sigue siendo válido. Pero cuando quien actuó es el consumidor a través de un representante con competencias técnicas- como es el caso- y conocimiento del sector y dentro de la actividad del mismo , las circunstancias a tener en cuenta es que el encargo conlleva la necesidad de contrastar la información y por tanto de negociación de la misma, dado que se incluye en la función de esos representantes técnicos. Por tanto debemos señalar que existe negociación en cualquier caso. Si se trata por lo tanto



de una cláusula negociada no entra dentro de la consideración de condiciones generales de la contratación ( Ley 7/98 CGC) y por lo tanto debemos estimar el recurso interpuesto.” Nada de esto se ha alegado o probado por lo que no procede su consideración a efectos de resolver.

**Segundo: Sobre los criterios a seguir en supuestos de IRPH.**

6. La STS 991 de 14 de diciembre de 2017 vino a señalar que el IRPH, como índice, no podía ser objeto de control de transparencia, control de inclusión y claridad. En dicha resolución se refiere al denominado Índice Entidades conforme a lo siguiente: “*En tales condiciones, lo único de lo que podría haberse informado, además de lo que se informó (que el índice era el IRPH, que ese índice se publicaba en el BOE y en qué consistía), era que si el IRPH evolucionaba más desfavorablemente que el Euribor, podría ser peor para el demandante, si pese a los distintos márgenes, el resultado era superior. Pero eso era una obviedad, porque resulta evidente que siempre que existen varios índices oficiales, los prestatarios cuyos préstamos estén referenciados al índice que en el futuro se comporte mejor (en el sentido de que baje más o suba menos) saldrán ganando, y los que lo estén al índice que evolucione peor, saldrán perdiendo. Como ocurre con los préstamos fijos: si el índice al que está referenciado el préstamo a interés variable más el diferencial baja por debajo del tipo fijo, los prestatarios que hayan optado por éste saldrán perdiendo; si ocurre lo contrario, saldrán ganando. Para que en el mercado del crédito fueran competitivos los préstamos referenciados al IRPH y poder ofertar un TAE similar a los préstamos referenciados al Euribor, es claro que en aquéllos el diferencial tenía que ser menor. Lo relevante no era, pues, la diferencia en ese momento entre IRPH y Euribor, sino cuál iba a ser la evolución futura. Y eso no puede exigirse al banco que lo conociera, ni que, por tanto, lo informara; sobre todo en un préstamo con un plazo de duración de 35 años. Por último, resulta cuando menos contradictorio afirmar que el banco sabía que el IRPH le iba a ser más beneficioso”.* No obstante el voto particular del mismo recogerá que el citado índice sí podría ser analizado desde dicha transparencia tanto formal como material: “*En este contexto valorativo, no cabe poner en duda que el índice de referencia IRPH-Entidades tanto al tenor de su fórmula matemática de cálculo, como por su peculiar configuración*



*(incluye comisiones y además gasto del cliente, y se calcula por una media no ponderada) presenta una complejidad de comprensión para el consumidor medio que lo hace «idóneo» como elemento o componente susceptible del control de transparencia y, por tanto, de las exigencias derivadas para el profesional de facilitar, activamente, una información adecuada y comprensible de su aplicación y funcionamiento en el contrato de préstamo ofertado. Exigencia que ya venía implícita en el curso de su autorización legal o administrativa desde la Circular del Banco de España 8/1990, de 7 de septiembre (Anexo VII, donde expresamente se contemplaba que:«[...] en préstamos a interés variable se debería a identificar, entre otros, el tipo de interés aplicable en especificando si se trata o no de un índice de referencia oficial, su último valor disponible en y evolución durante, al menos, los dos últimos años naturales, la Tasa Anual Equivalente.»*

**7. La Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre**, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (BOE de 29 de octubre de 2011), recogía la desaparición de determinados índices oficiales si bien con régimen transitorio hasta la aprobación de una norma legal que así lo recogiera. En la nota informativa de 30 de abril de 2013 sobre la publicación de determinados tipos de interés de referencia de los préstamos hipotecarios a tipo variable, se explicaba dicha situación. Dicha orden sería modificada por el apartado 1.d), con efectos de 1 de julio de 2020, por la disposición final 3.1 de la **Orden ECE/1263/2019, de 26 de diciembre**. Ref. BOE-A-2019-18677. La norma regula los que serán tipos de interés oficiales conforme a la habilitación incluida en el artículo 48.2 de la **Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito** ( hoy recogido en la **Ley 10/2014, de 26 de junio**, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito). La modificación responde en este punto a la necesidad de adaptar los tipos de referencia a una integración de los mercados a escala europea y nacional cada vez mayor y a la necesidad de aumentar las alternativas de elección de tipos, al tiempo que se ajustan estos al coste real de obtención de recursos por las entidades de crédito En el artículo 26 se recogería que “*en el caso de préstamos concedidos a tipo de interés variable, las entidades de crédito únicamente podrán utilizar como índices o tipos de referencia aquellos que cumplan las siguientes condiciones: a) Que se hayan calculado a coste de mercado y no sean susceptibles de influencia por la propia entidad en virtud de acuerdos o prácticas conscientemente paralelas con otras entidades. b) Y que los datos que sirvan de base al*



*índice o tipo sean agregados de acuerdo con un procedimiento matemático objetivo.” Y en el artículo 27 se hace referencia a los tipos oficiales: “a) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en España. b) Tipo medio de los préstamos hipotecarios entre uno y cinco años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en la zona euro. c) Tipo de rendimiento interno en el mercado secundario de la deuda pública de plazo entre dos y seis años. d) Euribor a un año. e) Permuta de intereses/Interest Rate Swap (IRS) al plazo de cinco años. f) El Mibor, exclusivamente para los préstamos hipotecarios formalizados con anterioridad al 1 de enero de 2000 conforme a lo previsto en el artículo 32 de la Ley 46/1998, de 17 de diciembre, sobre introducción del euro.”*

8. La **Ley 14/2013 de 27 de septiembre**, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, recogía en su disposición adicional decimoquinta el régimen de transición para la desaparición de determinados índices o tipos de interés de referencia. Así y conforme a ello establecía lo siguiente: “1. Con efectos desde el 1 de noviembre de 2013 el Banco de España dejará de publicar en su sede electrónica y se producirá la desaparición completa de los siguientes índices oficiales aplicables a los préstamos o créditos hipotecarios de conformidad con la legislación vigente: a) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por los bancos. b) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las cajas de ahorros. c) Tipo activo de referencia de las cajas de ahorros. 2. Las referencias a los tipos previstos en el apartado anterior serán sustituidas, con efectos desde la siguiente revisión de los tipos aplicables, por el tipo o índice de referencia sustitutivo previsto en el contrato. 3. En defecto del tipo o índice de referencia previsto en el contrato o en caso de que este fuera alguno de los índices o tipos que desaparecen, la sustitución se realizará por el tipo de interés oficial denominado «tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en España», aplicándole un diferencial equivalente a la media aritmética de las diferencias entre el tipo que desaparece y el citado anteriormente, calculadas con los datos disponibles entre la fecha de otorgamiento del contrato y la fecha en la que efectivamente se produce la sustitución del tipo. La sustitución de los tipos de conformidad con lo previsto en este apartado implicará la novación





*automática del contrato sin suponer una alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita. 4. Las partes carecerán de acción para reclamar la modificación, alteración unilateral o extinción del préstamo o crédito como contrapartida de la aplicación de lo dispuesto en esta Disposición.”*

9. La **Ley 5/2019, de 15 de marzo**, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, vino a recoger en su artículo 21 que el tipo de interés del préstamo no podrá ser modificado en perjuicio del prestatario durante la vigencia del contrato, salvo acuerdo mutuo de las partes formalizado por escrito. De existir acuerdo, la variación del coste del préstamo se deberá ajustar, al alza o a la baja, a la de un índice de referencia objetivo, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 85.3 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre. 2. En caso de que el contrato de préstamo tenga un tipo de interés variable, los prestamistas podrán utilizar como índice o tipo de referencia objetivo para calcular el tipo aplicable aquellos que cumplan las siguientes condiciones: a) Ser claro, accesible, objetivo y verificable por las partes en el contrato de préstamo y por las autoridades competentes. b) Calcularse a coste de mercado y no ser susceptible de influencia por el propio prestamista, o en virtud de acuerdos con otros prestamistas o prácticas conscientemente paralelas. c) Los datos que sirvan de base al índice o tipo sean agregados de acuerdo con un procedimiento matemático objetivo. 3. En las operaciones con tipo de interés variable no se podrá fijar un límite a la baja del tipo de interés. 4. El interés remuneratorio en dichas operaciones no podrá ser negativo. Es por ello que el artículo 5 de la citada Ley 10/2014 recogerá que *“Sin perjuicio de la libertad contractual, el Ministerio de Economía y Competitividad podrá efectuar, por sí o a través del Banco de España, la publicación regular, con carácter oficial, de determinados índices o tipos de interés de referencia que puedan ser aplicados por las entidades de crédito a los préstamos a interés variable, especialmente en el caso de créditos o préstamos hipotecarios”*.

10. Es un límite a todo lo anterior lo recogido en los artículos 86 y ss **TRLGCU 1/2007** y concordantes sobre las cláusulas abusivas en perjuicio del consumidor.



11. La reciente **STJUE de 3 de marzo de 2020 (Asunto C-125/18)** ha venido a pronunciarse al respecto del planteamiento de la interpretación de una cláusula que fija el interés referenciado a uno de estos índices (IRPH-Cajas) que fue sustituido con posterioridad y según las normas citadas por otro concreto índice con carácter imperativo (IRPH Entidades). Una de las conclusiones del Tribunal , a partir de la aplicabilidad del artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, a efectos de incorporación y transparencia en elementos esenciales del contrato, es que *“El artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que sí está comprendida en el ámbito de aplicación de esa misma Directiva la cláusula de un contrato de préstamo hipotecario celebrado entre un consumidor y un profesional que estipule que el tipo de interés aplicable al préstamo se base en uno de los índices de referencia oficiales establecidos por la normativa nacional y que las entidades de crédito pueden aplicar a los préstamos hipotecarios, cuando esa normativa no establezca ni la aplicación imperativa del índice en cuestión con independencia de la elección de las partes en el contrato ni su aplicación supletoria en el supuesto de que las partes no hayan pactado otra cosa.”*

11.1. La primera conclusión por lo tanto parte de que la normativa no establezca ni la aplicación imperativa del índice en cuestión (como por ejemplo se ha realizado en supuestos de viviendas de protección oficial) ni su aplicación supletoria en el supuesto de que las partes no hayan pactado otra cosa. Si no es así *“...los tribunales de un Estado miembro están obligados a examinar el carácter claro y comprensible de una cláusula contractual que se refiere al objeto principal del contrato, con independencia de la transposición del artículo 4, apartado 2, de dicha Directiva al ordenamiento jurídico de ese Estado miembro”* y por lo tanto deben comprobar los requisitos de incorporación y transparencia.

11.2. Para comprobar dichos requisitos *“...no solo debe ser comprensible en un plano formal y gramatical, sino también permitir que el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, esté en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo del referido tipo de interés y de valorar así,*



*basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras.”*

*11.3. Constituyen elementos especialmente pertinentes para la valoración que el juez nacional debe efectuar a este respecto, por un lado, la circunstancia de que los elementos principales relativos al cálculo del mencionado tipo de interés resulten fácilmente asequibles a cualquier persona que tenga intención de contratar un préstamo hipotecario, dada la publicación del modo de cálculo de dicho tipo de interés, y, por otro lado, el suministro de información sobre la evolución en el pasado del índice en que se basa el cálculo de ese mismo tipo de interés.”* En este apartado los considerandos 53 y 54 de la citada sentencia recogen, a modo ejemplificativo lo siguiente: (1) La circunstancia de que los elementos principales relativos al cálculo del IRPH de las cajas de ahorros resultaban fácilmente asequibles a cualquier persona que tuviera intención de contratar un préstamo hipotecario, puesto que figuraban en la Circular 8/1990, publicada a su vez en el Boletín Oficial del Estado. Esta circunstancia permitía a un consumidor razonablemente atento y perspicaz comprender que el referido índice se calculaba según el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda, incluyendo así los diferenciales y gastos aplicados por tales entidades, y que, en el contrato de préstamo hipotecario en cuestión, ese índice se redondeaba por exceso a un cuarto de punto porcentual, incrementado en el 0,25 %. (2) También resulta pertinente para evaluar la transparencia de la cláusula controvertida la circunstancia de que, según la normativa nacional vigente en la fecha de celebración del contrato sobre el que versa el litigio principal, las entidades de crédito estuvieran obligadas a informar a los consumidores de cuál había sido la evolución del IRPH de las cajas de ahorros durante los dos años naturales anteriores a la celebración de los contratos de préstamo y del último valor disponible. Tal información también puede dar al consumidor una indicación objetiva sobre las consecuencias económicas que se derivan de la aplicación de dicho índice y constituyen un término útil de comparación entre el cálculo del tipo de interés variable basado en el IRPH de las cajas de ahorros y otras fórmulas de cálculo del tipo de interés.

12. Al interpretar la aplicación del índice sustitutivo en caso de declaración de nulidad la referida sentencia se hace eco de la DA15 que hemos señalado. A tal efecto señala lo



ADMINISTRACIÓN  
DE  
JUSTICIA

siguiente: “...en el supuesto de que el juzgado remitente constatará, en primer lugar, el carácter abusivo de la cláusula controvertida; en segundo lugar, que el contrato de préstamo hipotecario sobre el que versa el litigio principal no podría sobrevivir sin tal cláusula, y, en tercer lugar, que debido a la anulación del contrato el demandante en el litigio principal quedaría expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales, podría reemplazar la cláusula controvertida por el índice sustitutivo contemplado en la Ley 14/2013, siempre que pueda considerarse que con arreglo al Derecho nacional el referido índice tiene carácter supletorio”. El Tribunal Supremo ha estudiado también el supuesto de supervivencia del contrato; en la primera de sus sentencias sobre vencimiento anticipado (STS, Civil sección 991 del 11 de septiembre de 2019 ( ROJ: STS 2761/2019) vino a señalar lo siguiente: “ Bajo la consideración del contrato de préstamo hipotecario como un negocio jurídico unitario o complejo, a la luz del apartado 32 de la STJUE Perenicová , del apartado 68 de las conclusiones de la Abogada General en ese asunto, y de las SSTJCE de 1 de abril de 2004, 14 de marzo de 2013 y 26 de enero de 2017, el fundamento de la celebración del contrato para ambas partes fue la obtención de un crédito más barato (consumidor) a cambio de una garantía eficaz en caso de impago (banco). De ser así, no puede subsistir un contrato de préstamo hipotecario de larga duración si la ejecución de la garantía resulta ilusoria o extremadamente dificultosa. Parece claro que, si el contrato solo fuera un préstamo, la eliminación de la cláusula de vencimiento anticipado no impediría la subsistencia del contrato. Pero si es un negocio jurídico complejo de préstamo con una garantía hipotecaria, la supresión de la cláusula afecta a la garantía y, por tanto, a la economía del contrato y a su subsistencia. El negocio jurídico tiene sentido si es posible resolver anticipadamente el préstamo y ejecutar la garantía para reintegrarse la totalidad del capital debido y los intereses devengados, en caso de que se haya producido un impago relevante del prestatario.” Al configurar los préstamos mercantiles, el Código de Comercio viene a recoger (artículo 314 Cco) que los mismos no devengarán interés si no se hubiere pactado por escrito. La práctica bancaria ha hecho que el mismo se desarrolle a partir del mercado interbancario esencialmente y por lo tanto como aquella actividad mediante la cual la entidad autorizada entrega una cantidad de dinero a cambio de un precio que se determina mediante el interés. Es decir el interés remuneratorio es un elemento estructural o esencial de ese préstamo en donde impera la libertad contractual de las partes, pero con límites a efectos de proteger al consumidor tal y como lo hemos definido anteriormente. En consecuencia y a



partir de ello la eliminación del interés afectaría (1.261 Cc) a la nulidad de dicho contrato y por tanto a que el mismo no pudiera subsistir ( con efecto ex-tunc) sin ese elemento. Ello nos lleva a aplicar el artículo 65 TR1/2007 LGCU, 57 Cco y 1258 CC y por tanto los usos y la buena fe.

13. De conformidad a lo anterior tendremos por tanto que considerar que ese elemento que las partes inicialmente tenían determinado en el contrato y que se ha declarado nulo como consecuencia del análisis necesario que hemos referido, debe conllevar (también por lo interpretado por la citada STJUE) la sustitución del mismo una vez declarado nulo. Para ello deberemos atender entonces a: 1º. La existencia de acuerdo entre las partes. 2º. En defecto de lo anterior a fijar un precio conforme a los criterios de las normas internas que hemos señalado.

14. El anterior punto nos lleva a analizar si el índice sustitutivo a aplicar será siempre en estos casos el IRPH Entidades o es posible su sustitución por otro, en defecto de acuerdo entre las partes, en función de lo pedido en la demanda o por ser más favorecedor al consumidor y equilibrado entre las partes por las circunstancias que lo rodean. Y en este punto debemos distinguir nuevamente:

14.1. Por un lado, aquellos préstamos que nacieron inicialmente con un concreto índice IRPH entidades. En estos supuestos debemos entender que opera la valoración realizada por el TJUE y el resto de nuestra normativa de igual forma. Es decir, habrá que analizar si es *comprensible* en un plano formal y gramatical, y si permite que el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, esta en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo del referido tipo de interés y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras. Valorando las mismas circunstancias señaladas se llegará a igual o diferente conclusión y por tanto de no cumplirse las mismas deberá ser declarado nulo y sustituido por otro.

14.2. Por otro lado aquellos préstamos que, por imperativo legal, cambiaron de IRPH-CAJAS a IRPH ENTIDADES. En este supuesto la interpretación puede ser en



principio distinta: Por un lado, entender que como ha sido sustituido por imperativo legal resultará por ello que esa inicial remuneración abusiva ha dejado de existir por ello. Por otro lado, entender que el consumidor se ha visto vinculado a este índice fijado por imperativo legal precisamente por esa nulidad anterior y que por tanto puede ser sustituido por el juzgador conforme a la misma valoración que para el anterior supuesto. En este segundo supuesto debemos indagar más en la norma. La Ley 14/2013 recoge en su exposición de motivos el porqué de dicha sustitución: *“Por último, se regula el régimen de transición para la completa desaparición de determinados índices o tipos de referencia privados de carácter oficial por la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente bancario.”* La citada orden lo justificó también conforme a lo siguiente: *“ La modificación responde en este punto a la necesidad de adaptar los tipos de referencia a una integración de los mercados a escala europea y nacional cada vez mayor y a la necesidad de aumentar las alternativas de elección de tipos, al tiempo que se ajustan estos al coste real de obtención de recursos por las entidades de crédito.”* De entre las razones dadas las dos últimas son interesantes: 1º. Por un lado, la necesidad de dar alternativas. 2º. Por otro lado adaptar los mismos al coste real de las entidades de crédito. En este sentido el artículo 29.1.5º de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, motivadora de todo ello, vino a recoger que *“Igualmente, de acuerdo con lo previsto en la legislación vigente, las entidades facilitarán a los consumidores, de manera accesible y, en especial, a través de la oportuna información precontractual, las explicaciones adecuadas para que puedan evaluar si todos los productos bancarios que les ofrecen, en particular los depósitos a plazo y los créditos o préstamos hipotecarios o personales, se ajustan a sus intereses, necesidades y a su situación financiera, haciendo especial referencia a las características esenciales de dichos productos y los efectos específicos que puedan tener sobre el consumidor, en especial las consecuencias en caso de impago.”* Al recoger la adicional decimoquinta la sustitución de los anteriores a la misma por los nuevos referentes recoge, tal y como ya hemos señalado , lo siguiente: *“En defecto del tipo o índice de referencia previsto en el contrato o en caso de que este fuera alguno de los índices o tipos que desaparecen, la sustitución se realizará por el tipo de interés oficial denominado «tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en España», aplicándole un diferencial equivalente a la media aritmética de las diferencias entre el tipo que desaparece y el citado anteriormente,*



calculadas con los datos disponibles entre la fecha de otorgamiento del contrato y la fecha en la que efectivamente se produce la sustitución del tipo.” Por lo tanto nos remite en primer lugar a lo pactado. De esta forma si lo pactado no lo fue porque ha sido declarado nulo precisamente por tratarse de una condición general de la contratación y tras ello abusiva , no es posible atender a lo que allí se establezca. La consecuencia no puede ser la aplicación sustitutiva necesariamente sino aquella que pudiera el Tribunal establecer a petición de parte, en defecto de pacto, y en protección del consumidor. Evidentemente entre ellas podría situarse el que se ha previsto como sustitutivo atendiendo a dicha protección.

14.3. Lo anterior es consecuente con lo previsto en el considerando 67 de la citada Sentencia de 3 de marzo de 2020 del TJUE: “...deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que, en caso de declaración de nulidad de una cláusula contractual abusiva que fija un índice de referencia para el cálculo de los intereses variables de un préstamo, el juez nacional lo sustituya por un índice legal aplicable a falta de acuerdo en contrario de las partes del contrato, siempre que el contrato de préstamo hipotecario no pudiera subsistir tras la supresión de la cláusula abusiva y que la anulación del contrato en su totalidad dejara al consumidor expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales.” Por tanto en caso de esa nulidad primará: 1º. En primer lugar el acuerdo de las partes. Y 2º. En segundo lugar el índice legal a falta de acuerdo de las partes.

15. Lo anterior por tanto nos lleva a esos efectos que han de determinarse y en concreto al interés aplicable, por un lado, al diferencial por otro y a la devolución posible de cantidades que pudiera determinar su nueva remuneración.

15.1. Al evaluar la bondad o no de los índices de referencia aplicable debemos estar al ya citado artículo 27 de la orden de 2011 en donde se recogen diferentes. El Banco de España ya recoge y reconoce ( ver por todas la Nota de prensa de 1 de julio de 2019 al respecto y los estudios que así lo avalan) que “El principal índice de referencia de los préstamos hipotecarios es el euríbor. ([https://www.bde.es/f/webbde/GAP/Secciones/SalaPrensa/NotasInformativas/19/presbe2019\\_41.pdf](https://www.bde.es/f/webbde/GAP/Secciones/SalaPrensa/NotasInformativas/19/presbe2019_41.pdf)). El euríbor se calcula con los datos de las principales entidades de la zona del euro y consiste en el tipo de interés medio de contado que ofrecen las entidades para las



operaciones de depósito de euros a plazo de un año y no a tres o a cinco como pueden recogerse otros y que ponderan más una situación que mezcla posibles subidas y bajadas más a largo plazo. Si atendemos al objetivo de dicha Orden, que ya hemos citado, se trata de armonizar lo más posible ( era la primera razón para la eliminación) el mercado europeo de este tipo de productos. Por lo tanto, el que determina el tipo medio en España sería directamente excluido. Esa armonización, tratándose de una valoración a un año, supone un mejor acercamiento y protección para el consumidor.

10.2. Respecto del diferencial las partes podrían haber recogido alguno, pero en cualquier caso ocurre igual que con el anterior principal y es que al ser declarado nulo partimos de una condición general de la contratación que sería abusiva, en su caso, lo que nos lleva a que tampoco el consumidor tuvo nada que decir aquí. No es posible por tanto aplicar el mismo en tanto no suponga – conforme hemos señalado- adecuar el mercado al coste efectivo y real del producto. La norma sustitutiva recogería en este caso que el mismo sería conforme a lo siguiente: *aplicándole un diferencial equivalente a la media aritmética de las diferencias entre el tipo que desaparece y el nuevo, calculadas con los datos disponibles entre la fecha de otorgamiento del contrato y la fecha en la que efectivamente se produce la sustitución del tipo*. El índice aplicado en la revisión de la cuota del préstamo será el resultado de sumar el diferencial obtenido con dicho cálculo al tipo medio de los préstamos hipotecarios así referenciados, al que se deberá añadir el diferencial que tuviese en su escritura de préstamo hipotecario. ( Para su cálculo el Bde pone a disposición un simulador). Pero, en principio, parecería contradictorio establecer que la suma a la que se refiere es la correcta, porque por un lado toma en cuenta la media considerando el sustitutivo recogido en la Ley 14/2013 y la Orden de 2011 y por otro el que las partes tuvieran que, como hemos dicho, queda fuera de pacto. No obstante, hemos señalado que una de las posibilidades previstas legalmente, en interpretación del TJUE es también la aplicación del índice IRPH Entidades, por ser legalmente establecido. Ello dependerá, como hemos señalado, de la voluntad de las partes y en su defecto de aquello que favorezca al consumidor y las circunstancias del producto. Pero no es posible la suma, a dicho diferencial así calculado, del que las partes tuvieran en dicho contrato pues el mismo ha quedado inutilizado por dicha declaración de nulidad. Por lo tanto, esa media del nuevo pondera bien sin más. Lo que ha querido la norma es ponderar el desaparecido por el nuevo con la media





aritmética de las diferencias, pero partiendo de la validez de los mismos. Una opción sería aplicar la media del diferencial en supuestos de Euribor y otra el cálculo del diferencial conforme a dichos criterios y considerando el tipo existente en el contrato. En estos supuestos es más conveniente atender al tipo fijado en sustitución ( la media desde constitución del contrato hasta sentencia) de forma exclusiva pues la media del diferencial se adecúa más al coste real a este tipo para las entidades financieras y por tanto al precio que debió fijarse por el producto. De otra forma al ser superior el interés fijado el diferencial resultaría en ocasiones incluso negativo, algo que proscriben nuestras normas tras la regulación señalada de la LCCI.

10.3. El nuevo índice aplicable (referencial) al que se le suma el diferencial que hemos señalado en el punto anterior nos dará el interés que debió ser aplicable en cualquier caso desde que se aplicaba el anulado. Por tanto, la diferencia de cantidades pagadas entre el anterior y el nuevo nos dará la cuantía que se ha cobrado, en su caso, de más al consumidor y por lo tanto determina la condena al pago de la misma que deberá en cualquier caso calcularse en ejecución de sentencia.

11. En la SAP de Málaga ( Sección 6ª) de 26 de marzo de 2019 ( RAC 129/19) dijimos: Que a ello se le apliquen los intereses en la forma prevista en la sentencia obedece al criterio que hemos señalado: quien impone y predispone una cláusula de este tipo está desplazando el pago ilícitamente desde su lado al lado del consumidor y por lo tanto aunque estos pagos se realicen a terceros se trata de una deuda de valor que debe actualizarse conforme a dichos intereses y por lo tanto vendrá igualmente responsable quien debió pagarlos y no lo hizo en la forma y cuantía en que debió hacerlo. Se trata de una aplicación de la doctrina general de las obligaciones que además ya ha sido resuelta también por el TS en la STS 725/18 de 19 de diciembre :” En consecuencia, para dar efectividad al tan mencionado art. 6.1 de la Directiva, en lo que respecta a los intereses que han de devengar las cantidades que debe percibir el consumidor, resulta aplicable analógicamente el art. 1896 CC, puesto que la calificación de la cláusula como abusiva es equiparable a la mala fe del predisponente. Conforme a dicho precepto, cuando haya de restituirse una cantidad de dinero deberá abonarse el interés legal desde el momento en que se recibió el pago indebido -en este caso, se produjo el beneficio indebido- (sentencia 727/1991, de 22 de octubre). A su vez, la



sentencia 331/1959, de 20 de mayo, declaró, en un supuesto de pago de lo indebido con mala fe del beneficiado, que la deuda de éste se incrementa con el interés legal desde la recepción, así como que la regla específica de intereses del art. 1896 CC excluye, «por su especialidad e incompatibilidad», la general de los arts. 1101 y 1108 CC (preceptos considerados aplicables por la sentencia recurrida).” Este es el mismo criterio seguido, entre otras por la STS 49/19 de 23 de enero cuando señala: “El art. 83 TRLCU prohíbe la denominada reducción conservadora de la validez, o integración del contrato. Ahora bien, según su propio tenor, el contrato seguirá subsistente si puede sobrevivir sin la cláusula declarada abusiva. Como ya hemos indicado antes, cuando hablamos de gastos de la operación no se trata de cantidades que el consumidor haya de abonar al prestamista, como intereses o comisiones, sino de pagos que han de hacerse a terceros, bien en concepto de honorarios por su intervención profesional en la gestación, documentación o inscripción del contrato, bien porque el mismo está sujeto al devengo de determinados tributos. Y la declaración de abusividad no puede conllevar que esos terceros dejen de percibir lo que por ley les corresponde. Al atribuir a una u otra parte el pago de los gastos, tras la declaración de abusividad de la cláusula que se los impone en todo caso al consumidor, no se modera la estipulación contractual con infracción del efecto disuasorio de la Directiva 93/13 y en el art. 83 TRLGCU, sino que, por el contrario, decretada la nulidad de la cláusula y su expulsión del contrato, habrá de actuarse como si nunca se hubiera incluido (rectius, predispuesto), debiendo afrontar cada uno de los gastos discutidos la parte a cuyo cargo corresponde, según nuestro ordenamiento jurídico. El efecto restitutorio derivado del art. 6.1 de la Directiva y previsto en el art. 1303 CC no es directamente aplicable, en tanto que no son abonos hechos por el consumidor al banco que éste deba devolver, sino pagos hechos por el consumidor a terceros (notario, registrador de la propiedad, gestoría, etc.), en virtud de la imposición contenida en la cláusula abusiva. No obstante, como el art. 6.1 de la Directiva 93/13 exige el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula, debe imponerse a la entidad prestamista el abono al consumidor de las cantidades, o parte de ellas, que le hubieran correspondido abonar a ella de no haber mediado la estipulación abusiva. En palabras de las sentencias 147/2018 y 148/2018, anulada la condición general, debe acordarse que el profesional retribuya al consumidor por las cantidades indebidamente abonadas. Como dice la STJUE de 31 de mayo de 2018, C-483/2016: "34. [...]la declaración del carácter abusivo de la cláusula debe permitir que se



restablezca la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido tal cláusula abusiva, concretamente mediante la constitución de un derecho a la restitución de las ventajas obtenidas indebidamente por el profesional en detrimento del consumidor en virtud de la cláusula abusiva". Hemos dicho en la sentencia de pleno 725/2018, de 19 de diciembre, que aunque en nuestro Derecho nacional no existe una previsión específica que se ajuste a esta obligación de restablecimiento de la situación jurídica y económica del consumidor, se trataría de una situación asimilable a la del enriquecimiento injusto, en tanto que el banco se habría lucrado indebidamente al ahorrarse unos costes que legalmente le hubiera correspondido asumir y que, mediante la cláusula abusiva, desplazó al consumidor. Y también tiene similitudes analógicas con el pago de lo indebido, en cuanto que el consumidor hizo un pago indebido y la entidad prestamista, aunque no hubiera recibido directamente dicho pago, se habría beneficiado del mismo, puesto que, al haberlo asumido indebidamente el prestatario, se ahorró el pago de todo o parte de lo que le correspondía.”

12. Resumiendo. Declarada la nulidad del índice y diferencial aplicables por ser condición general de la contratación, el índice legal que debe y debió ser aplicado desde el principio en lugar del mismo será el euribor por ser el mayormente utilizado en el mercado europeo. A este se le sumará el diferencial calculado conforme señala la disposición adicional decimoquinta de la Ley 14/2013 si bien a este no se le podrá sumar el diferencial que las partes tuvieran en el contrato. Todo ello deberá adecuarse a los efectos de las cantidades pagadas de más desde el principio del contrato en cuanto a las diferencias entre uno y otro y conllevaran los intereses aplicables conforme al artículo 1303 del Cc desde que efectivamente se abonó por haberlo establecido así el Tribunal Supremo.

13. En el presente supuesto la parte recurrente solo indica, como hemos señalado, que nos encontramos ante un índice no revisable por los tribunales. Siendo contrario esto a lo señalado por el TJUE procede entrar en dicha revisión como se ha realizado.

No obstante, la STJUE que hemos analizado también recoge que esto lo será en defecto de acuerdo entre las partes por lo que necesariamente debemos considerar esta posibilidad y subsidiariamente para el caso en que las mismas no lo establezcan será aplicable el que hemos señalado. Si bien la referencia puede realizarse a que exista índice sustitutivo o no en



el propio contrato o a que este acuerdo llegue con posterioridad a la anulación lo cierto es que caben ambas interpretaciones. Conforme al texto de la citada resolución: *“Los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que, en caso de declaración de nulidad de una cláusula contractual abusiva que fija un índice de referencia para el cálculo de los intereses variables de un préstamo, el juez nacional lo sustituya por un índice legal aplicable a falta de acuerdo en contrario de las partes del contrato, siempre que el contrato de préstamo hipotecario no pudiera subsistir tras la supresión de la cláusula abusiva y que la anulación del contrato en su totalidad”*

**Cuarto: Costas y depósitos.**

Procede la aplicación del artículo 394 LEC en primera instancia. Dado que en el presente supuesto se han tratado como objeto dos cláusulas y ambas han sido estimadas , debe primar el principio de vencimiento.

Procede la aplicación del artículo 398 de la LEC en costas y el destino que legalmente corresponda a los depósitos para recurrir.

*De conformidad a los anteriores hechos y fundamentos de derecho venimos a resolver.*

**FALLAMOS**

**Que DEBEMOS ESTIMAR Y ESTIMAMOS** parcialmente el recurso de apelación interpuesto frente a la sentencia de fecha 27 de noviembre de 2017 dictada en el juicio ordinario 549/17 del Juzgado de Primera Instancia 3 de Marbella y en consecuencia **DEBEMOS REVOCAR Y REVOCAMOS** también parcialmente la misma en cuanto al índice aplicable que será , en defecto de acuerdo entre las partes, el Euribor más el diferencial conforme se ha recogido en fundamentos de derecho y por tanto afectando a la liquidación a presentar, conforme a la sentencia, considerando la diferencia entre el





ADMINISTRACIÓN  
DE  
JUSTICIA

aplicable y el que resulta anulado más intereses en la forma fijada en la misma. Todo ello sin expresa imposición de costas en esta instancia.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Firme la presente resolución, devuélvanse los autos originales al Juzgado de 1ª Instancia de procedencia, con testimonio de la presente resolución, para su conocimiento y efectos .

**Información sobre recursos.**



**Recursos.-** Conforme al art. 466.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, contra las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en la segunda instancia de cualquier tipo de proceso civil podrán las partes legitimadas optar por interponer el recurso extraordinario por infracción procesal por el recurso de casación, por los motivos respectivamente establecidos en los arts. 469 y 477 de aquella.

**Órgano competente.-** es el órgano competente para conocer de ambos recursos –si bien respecto del extraordinario por infracción procesal sólo lo s con carácter transitorio- la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo.

**Plazo y forma para interponerlos.-** Ambos recursos deberán interponerse mediante escrito presentado ante esta Audiencia Provincial en el plazo de veinte días a contar desde el siguiente a la notificación de la sentencia, suscrito por Procurador y autorizado por Letrado legalmente habilitados para actuar ante este Tribunal.

**Aclaración y subsanación de defectos.-** Las partes podrán pedir aclaración de la sentencia o la rectificación de errores materiales en el plazo de dos días; y la subsanación de otros defectos u omisiones en que aquella incurriere, en el de cinco días.



- No obstante lo anterior, podrán utilizar cualquier otro recurso que estimen oportuno.

- Debiéndose acreditar, en virtud de la disposición adicional 15ª de la L.O. 1/2009 de 3 de Noviembre, el justificante de la consignación de depósito para recurrir en la cuenta de esta sección de la Audiencia Provincial, debiéndose especificar la clave del tipo de recurso

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada ha sido la anterior resolución, por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, en el mismo día de su fecha, estando este Tribunal constituido en Audiencia Pública. **CERTIFICO.**

